**ORGANIZADORES**

Handel Martins Dias

Anizio Pires Gavião Filho

Rogério Gesta Leal

# COLETÂNEA DO IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL

# TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

## Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais

VOLUME 2

DIALÉTICA
EDITORA

## CONSELHO EDITORIAL




Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabíola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Raphael Silva Rodrigues
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

# COLETÂNEA DO

# IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL

# TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

## Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais

Volume 2

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

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

DIALÉTICA
EDITORA

/editoradialetica
@editoradialetica
www.editoradialetica.com

**EQUIPE EDITORIAL**

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

**Coordenadora Editorial**
Kariny Martins

**Produtora Editorial**
Júlia Noffs

**Controle de Qualidade**
Maria Laura Rosa

**Capa**
Clara Lima

**Diagramação**
Clara Lima

**Preparação de Texto**
Miguel Sanches

**Revisão**
Responsabilidade do autor

**Auxiliar de Bibliotecária**
Laís Silva Cordeiro

**Assistentes Editoriais**
Agatha Tomassoni Santos
Ludmila Azevedo Pena

**Estagiários**
Beatriz Mattos
Rayane de Souza Tavares



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

C694s Coletânea do IX Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis – Volume 2 : Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. – São Paulo : Editora Dialética, 2024.
808 p. = (v. II)

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-5393-4

1. Direitos indisponíveis. 2. Tutela jurisdicional. 3. Justiça. I. Título.

CDD-340.115

**Mariana Brandão Silva - Bibliotecária - CRB -1/3150**

# SUMÁRIO


**DA "INDISPONIBILIDADE" DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO AOS INSTRUMENTOS PARA SUA EFETIVAÇÃO EM MOÇAMBIQUE** 11

Almeida Zacarias Machava

**CRITERIOS VINCULANTES PROPIOS DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN CUANTO AL DICTAMEN DE EXPERTOS** 33

Diego Enrique Cruz Mahecha

Walter Gerardo Valencia-Jiménez

**PROCESOS COLECTIVOS A LA LUZ DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES EN MÉXICO** 51

Hugo Carlos Carrasco Soulé López

**ACERCA DE LA SOSTENIBILIDAD Y LA AGENDA 2030. ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR Y DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES** 77

Jorge Isaac Torres Manrique

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO** 99

Carine Labres

**EL DERECHO AL CUIDADO COMO DERECHO HUMANO: UN ANÁLISIS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS** 123

Marco Antonio Ruiz Nieves

**MARGEM DE APRECIAÇÃO EM CONTEXTO INTERNO: DISTENSIONAMENTO ENTRE O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL** 141

Jenifer Castellan de Oliveira

**TESTE DE PROPORCIONALIDADE: SUBTESTE DA LEGITIMIDADE DO FIM SOB A PERSPECTIVA DE AHARON BARAK** 169

Vitória Larissa Zang

Tamara da Silveira Batista

**DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA DO TEMA 786 DO STF SOB O CRIVO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE** 189

Caroline Teles Witt

**A APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE COMO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE OU OMISSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS** 215

Cláudio Rafael Morosin Rodrigues

**LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y SUS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO** 235

Luis Manuel Martínez Vela

**O CÓDIGO DO CONSUMO: A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS E O PANORAMA LEGAL ATUAL** 249

Agda Aparecida Gaudencio de Oliveira

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

**A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR ON-LINE E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO INFLUENCIADOR DIGITAL COMO FORNECEDOR EQUIPARADO: UMA ANÁLISE À LUZ DO FATOR GERACIONAL DO PÚBLICO-ALVO** 267

Júlia Farias Mertins

**ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): DAS PLATAFORMAS GOVERNAMENTAIS E PRIVADAS AO PROCESSO JUDICIAL** **289**

Lara de Sousa Duarte

**A DESJUDICIALIZAÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO FISCAL COMO MEDIDA DE DESCONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO** **309**

Fábio Weber Ludwig

**A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO CIVIL DESJUDICIALIZADA** **329**

Felipe Dutra de Freitas

**A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS** **355**

Ana Paula Czadotz de Oliveira

**REFLEXÕES SOBRE O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICAL PARA REDUÇÃO DO ESTOQUE PROCESSUAL EM CORTES SUPERIORES FRENTE ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS DAS PARTES** **373**

Gabriel Pessotti da Silva

Victória Barboza Sanhudo

**LOS DESAFÍOS DE LA ABOGACÍA FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO** **395**

Jorge Iván Guerra Fuentes

Oiden Moisés Peña Pérez

Óscar Alfonso Jimenez Viloria

**O JUSTO RECONHECIMENTO: A NECESSÁRIA INCLUSÃO DO TRABALHO INVISÍVEL NAS POLÍTICAS DE APOSENTADORIA** **411**

Bárbara Aparecida Nunes Souza

**ANÁLISE DO "MOVIMENTO DESCONECTA" SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES FRENTE À ERA DIGITAL 431**

Paula Motta de Souza

**A RELATIVIZAÇÃO DA PUBLICIDADE NOTARIAL DAS ESCRITURAS DE DIVÓRCIO DIANTE DA LGPD: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 42 DA RESOLUÇÃO 35 DO CNJ 461**

Gabriel Delving Ely

Thaís Carnieletto Müller

**PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DIVORCIO: RECONOCIENDO Y VALORANDO EL TRABAJO INVISIBLE 481**

Neidaly Espinosa Sánchez

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

**CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO 511**

Marina Silva Pereira

Marina Mayer Pereira

**DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS LEGAIS E BIOÉTICOS PARA ASSEGURAR A DIGNIDADE HUMANA E EVITAR CONFLITOS FAMILIARES 537**

Edenise Andrade da Silva

**ENVELHECIMENTO NA ERA VIRTUAL E O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL: DESAFIOS E RESPONSABILIDADES 563**

Angelis Lopes Briseno de Souza

Luana Bartz de Sá

Rafaela de Vargas Pereira

**DESFILIAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO E MANUTENÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA** 583

Ana Paula Brudnicki Barbosa

**INDIGNIDADE POR ABANDONO AFETIVO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS SUCESSÓRIOS: A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL** 605

Alexandra Neves Pinheiro

Desyrrê Moraes Lemes Mota

Helena Gil Klein

**A DIGNIDADE HUMANA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO TERMO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.159.242-SP** 627

Helena de Azeredo Orselli

Júlia Mogk

**O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA PESSOAS ACIMA DOS 70 ANOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL À LUZ DA DECISÃO DO ARE 1.309.642 - STF** 653

Bárbara Dariva

**ESCOLHA DO REGIME DE BENS POR PESSOAS COM SETENTA ANOS OU MAIS: ANÁLISE DO TEMA 1236** 671

Dálety Azevedo de Castro Eleuthério

Carolina D'Amorim Barreto

**APONTAMENTOS ACERCA DAS QUESTÕES DE GÊNERO E SUA INTERSECÇÃO COM A TUTELA CONFERIDA À PESSOA IDOSA PELO MICROSSISTEMA PROTETIVO PRÓPRIO** 693

Luiza Tramontini Benites

Victória Barboza Sanhudo

**PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO AO ABORTO: ANÁLISE DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ** **721**

Geórgia Manfroi

Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha

**SEXTING: UMA VIOLAÇÃO AO DEVER DE FIDELIDADE? UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO CONTRATO PARACONJUGAL** **741**

Judith Fernanda Oliveira de Cerqueira

**MENOS FILHOS, MAIS PETS E A INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO CIVIL COM AS FAMÍLIAS MULTIESPÉCIES** **765**

Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches

Helena de Azeredo Orselli

**HERANÇA DIGITAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA AMÉRICA LATINA: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E DOMINICANA** **783**

Conrado Paulino da Rosa

Luana Bartz de Sá

# DA "INDISPONIBILIDADE" DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO AOS INSTRUMENTOS PARA SUA EFETIVAÇÃO EM MOÇAMBIQUE

Almeida Zacarias Machava[1]

## 1 INTRODUÇÃO

O direito ao desenvolvimento como um direito humano é tido como uma realidade recente, a ponto de em muitas realidades jurídicas a perceção individual ou coletiva e até dos poderes públicos instituídos, com destaque para os poderes executivo e legislativo, seja diminuta. Esta última situação é a caracterizadora do estágio em Moçambique. De facto, a perceção do desenvolvimento como um direito humano em Moçambique é quase inexistente, não só porque não existem instrumentos legais que expressamente o consagram, mas porque a ação governativa não tem concebido as suas políticas e programas de desenvolvimento tendo como pressuposto o conceito de direito ao desenvolvimento como um direito humano.

A "Carta" moçambicana dos direitos fundamentais acha-se especialmente consagrada no Título III, artigos 35 a 95 da Constituição da República de Moçambique, mas em várias outras disposições da Lei-mãe, incluindo o seu Preâmbulo, a referência aos direitos fundamentais e seus princípios orientadores é notada. Porém, em nenhuma dessas disposições constitucionais se acha expressamente previsto o direito ao

1 Doutorado em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Professor Auxiliar de Pesquisa, Professor de Pós-Graduação, e-mail: amachava@um.edu.mo

desenvolvimento, daí alguma dúvida sobre se o mesmo deverá ou não ser considerado um direito fundamental na ordem jurídica moçambicana.

Por outro lado, enquanto direito humano o enquadramento do direito ao desenvolvimento está em volto em outras dúvidas, em particular as relativas à sua qualificação como direito indisponível, dada a sua relatividade.

Partindo dos questionamentos ou dúvidas acima, o presente estudo, intitulado *"Da "indisponibilidade" do direito ao desenvolvimento aos instrumentos para sua efetivação em Moçambique"*, objetiva debater a afirmação e enquadramento do direito ao desenvolvimento como direito humano reconhecido na ordem jurídica moçambicana ao mesmo tempo que analisa a sua qualificação como como direito humano fundamental indisponível. Noutra dimensão, partindo da premissa de se tratar de um direito fundamental de dimensão social que impõe ações afirmativas de vários atores, em particular dos poderes públicos, o estudo procura avaliar até que ponto as políticas públicas moçambicanas permitem a efetiva realização do direito ao desenvolvimento.

Para o efeito, o estudo assenta numa abordagem metodológica qualitativa e analítica, que através de um exercício interpretativo ao quadro jurídico-constitucional moçambicano e uma abordagem factual que estuda políticas públicas moçambicanas procurou ensaiar as respostas às principais indagações que motivaram o seu desenvolvimento.

## 2 DA (IN)DISPONIBILIDADE DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A afirmação do direito ao desenvolvimento como direito humano é recente e ele representa um dos marcos para a efetivação de outros direitos, em particular os direitos económicos, sociais e culturais. Com efeito, não obstante as primeiras reflexões sobre o direito ao desenvolvimento terem se registado na década 70 do século XX, tendo como percursor Etiene Kelba M´Baye, que em 1972 defendeu que "o desenvolvimento é um direito de todo o Homem", ou seja, *"(...) Le droit au*

*développement intègre les droits et libertés publiques. Il est un droit de l´homme*" (Kleinmayer; Neves, 2009, p. 44), no plano formal só seis anos mais tarde a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas viria a adotar a Resolução 4 (XXXV) de 4 de março de 1979 da Assembleia Geral da ONU, instando o Conselho Económico e Social e o Secretário-Geral da ONU para, em conjunto, analisarem o direito ao desenvolvimento em suas dimensões regionais e internacionais, dando ênfase especial à questão dos obstáculos a sua concretização nos países subdesenvolvidos (Kleinmayer; Neves, 2009, p. 44).

Entretanto, foram precisos mais de cinco anos para que, através da Resolução número 41/28, de 4 de Dezembro de 1986, a Organização das Nações Unidas viria a adotar a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, consagrando-o como "*um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento económico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados*" (artigo 1).

Analisado esta definição, Piovesan, conclui que a mesma encerra três dimensões distintas, designadamente, uma *dimensão participativa*, em que o cidadão aparece como um ator-chave no processo de conceção de políticas de desenvolvimento no qual conceitos como transparência, democratização e *accountability* ganham maior expressão; uma *dimensão protetora*, em que o cidadão como uma entidade necessitada, que deve ser protegido das necessidades básicas de justiça social, daí que deverá estar no centro de todas as ações relacionadas com o desenvolvimento; por fim, uma *dimensão orientadora*, em que demanda a adoção de políticas e programas nacionais e internacionais dirigidos à promoção do desenvolvimento (Associação Centro de Direitos Humanos, 2019).

Estas três dimensões evidenciam as duas perspetivas em que o direito ao desenvolvimento pode ser visto. Por um lado, a perspetiva da coletividade, em que o direito ao desenvolvimento é visto do lado dos cidadãos, enquanto destinatários primários da atuação do Estado. Por outro lado, a

perspetiva estadual, em que o direito ao desenvolvimento é apresentado como um direito-dever, na medida em que, nos termos do Parágrafo 3 do artigo 2 da Declaração, os Estados *têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos.*

A ideia principal é de que os Estados devem tomar medidas económicas e sociais capazes de oferecer igualdade de oportunidades para todos em acesso aos recursos básicos, educação, serviço de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa das riquezas (Wolkmer; Wolkmer, 2005, p. 90).

A natureza tridimensional do direito ao desenvolvimento e as consequentes perspetivas de abordagem do direito ao desenvolvimento estão intrinsecamente ligadas à relatividade que o conceito de desenvolvimento encerra. Com efeito, apesar de "desenvolvimento" ser um termo comummente conhecido e aceite, ainda está longe de ser um conceito uniforme, não obstante a ideia comum de que o mesmo se reporta a uma evolução, crescimento, uma mudança vertical.

Aliás, se nos ativermos à própria Declaração das Nações de Unidas sobre o direito ao desenvolvimento iremos ver que é nessa perspetiva de evolução que o desenvolvimento é apresentado quando no seu Preâmbulo declara ser *um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos.*

Ora, a evolução conceptual veio demonstrar que, na realidade, o termo desenvolvimento encerra um conteúdo muito mais amplo que a ideia de crescimento. Nisto é oportuno destacar a tese de Amartya SEN (2001, pp. 3-11) que defende o conceito de desenvolvimento como *liberdade*. Para SEN "o desenvolvimento só poderia ocorrer se fossem garantidos, a todas as pessoas, os seus direitos individuais, que consequentemente efetivariam a sua liberdade. A liberdade nesse caso não poderia se restringir as questões econômicas, devendo envolver também questões sociais e culturais" *(*Kleinmayer; Neves, 2009). Em outras palavras,

*"development requires the removal of major sources of unfreedom: poverty as well as tyranny, poor economic opportunities as well as systematic social deprivation, neglect of public facilities as well as intolerance or overactivity of repressive states"* (Sen, 2001, p. 3).

Com isto, à natureza ampla do conceito, Sen acrescenta a sua clara relatividade, ou seja, a garantia dos direitos individuais numa perspetiva de crescimento económico, social e cultural mostra-se dependente das considerações subjetivas ou particulares, mesmo quando enquadrado num contexto de grupo, aliás, não se pode perder de vista que o direito ao desenvolvimento, enquanto direito humano, está integrado nos chamados direitos de terceira geração, que abrange os direitos coletivos ou difusos, ou seja, aqueles em que a dimensão individual verga-se à coletiva (Machava, 2020, p. 97), sem, contudo, o apartar do seu objetivo final de alcançar a dignidade da pessoa humana.

Referimos anteriormente que na perspetiva estadual o direito ao desenvolvimento seria um direito-dever, no sentido de que *têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos.* Ora, esta apresentação vem igualmente suportar a relatividade que o conceito desenvolvimento encerra, na medida em que a atuação dos Estado não será uniforme, ela vai depender do contexto próprio ou local.

## 2.1 A "indisponibilidade" do direito ao desenvolvimento

Um dos aspetos de realce no debate sobre os direitos fundamentais é a sua disponibilidade ou indisponibilidade, ou seja, a sua divisão em direitos fundamentais disponíveis e direitos fundamentais indisponíveis. Este debate ganha maior relevo quando em causa está o direito ao desenvolvimento dada a relatividade que lhe é característica.

Na caracterização dos direitos fundamentais é já tradicional a sua apresentação como direitos *indisponíveis.* Entretanto, isso não invalida,

como expende Martel (2010, p. 336), que essa característica da indisponibilidade dos direitos fundamentais é confusa, quer pelo próprio entendimento do que é direito e de qual é o seu objeto, quer pela imprecisão quanto ao sentido de indisponibilidade. Por outro lado, acrescenta Martel, a indisponibilidade dos direitos fundamentais ocorre em dois planos, sendo o primeiro o plano conceitual-descritivo, que sustenta que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental, ou seja, é intrínseca ao direito. O segundo plano é o normativo, no qual a assertiva é de que os direitos fundamentais *devem ser* indisponíveis, daí a justificação da intervenção estatal para reprimir a disposição dos direitos fundamentais.

A doutrina dominante na caracterização dos direitos fundamentais como direitos indisponíveis tem nessa dimensão conceitual-descritiva a sua principal base de sustentação, pois só assumindo-se que a indisponibilidade é intrínseca ao direito se justificará a sua caracterização como indisponíveis, considerando-se, maioritariamente, a indisponibilidade no sentido de não estarem ao alcance do seu titular, de não poder modificá-los, criar ou extinguir as relações a eles subjacentes de modo a sair do polo dominante da relação (Martel, 2010, p. 336), ou seja, quando a lei não permite a sua livre disposição pelo titular, porque sua proteção, na verdade, interessa a toda a coletividade (Oliveira, 2021, pp. 9-10).

Entretanto, o estudo realizado por Martel (2010) sobre a (in)disponibilidade dos direitos fundamentais sustenta, colhendo o nosso apoio, que por detrás da ideia da caracterização dos direitos fundamentais como indisponíveis há um problema que reside não só no conceito de indisponível, mas também no de direito fundamental. Com isto, se a indisponibilidade pode ser vista quer no plano conceitual-descritivo quer no plano normativo, resultando em falta de clareza ou precisão conceitual (comprovada, segundo Martel, pela divergência entre a doutrina e a jurisprudência brasileira), os direitos fundamentais também comportam duas dimensões/perspetivas: *a subjetiva*, que traduzirá direitos fundamentais em "direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público" (Sarlet, 2018, p. 149). Em outras palavras, os direitos fundamentais

na perspetiva subjetiva irão traduzir a "possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão" (Sarlet, 2018, p. 160). É nessa perspetiva subjetiva, que, por exemplo, Jorge Miranda (1999, p. 11) define os direitos fundamentais como "*os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*".

Já na perspetiva *objetiva*, os direitos fundamentais também "constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos" (Sarlet, 2018, p. 149), ou seja, "um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos" (Luño *apud* Sarlet 2018, p. 149). Significa isto que os direitos fundamentais estabelecem comandos a serem seguidos para, nas palavras de Sarlet (2018, p. 157), a garantia de uma liberdade efetiva para todos, traduzido em "deveres de conformação institucional e de organização e procedimento, bem como de deveres de prestações e de proteção que impendem objetivamente sobre o Estado" (Novais *apud* Martel, 2010, P. 354).

Como se pode depreender, a questão da indisponibilidade está longe de se considerar ultrapassada e os debates permanecerão abertos até porque, emprestando as palavras de Sarlet, o exercício interpretativo poderá conduzir à incorporação de novos conteúdos na dogmática jurídica dos direitos fundamentais, daí que essa consideração sobre a (in)disponibilidade dos direitos fundamentais deverá ser ponderada casuisticamente.

É dentro deste contexto que levantamos a situação do direito ao desenvolvimento. Com efeito, a (in)disponibilidade do direito ao desenvolvimento, enquanto direito humano fundamental suscita algumas reflexões relevantes.

Pela redação da primeira parte do parágrafo primeiro do artigo 1 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento parece resultar inequívoca a consideração do direito ao desenvolvimento como um direito indisponível. Com efeito, a sua apresentação como *direito humano inalienável* remete à ideia de que os seus titulares não podem dele dispor, dentro da lógica tradicional de a indisponibilidade dos direitos fundamentais consistir na irrenunciabilidade, ou seja, em os titulares não poderem limitar o seu gozo por qualquer ato voluntário.

Esta assertiva parece não ser tão absoluta quanto possa parecer. Desde logo, a relatividade que caracteriza o direito ao desenvolvimento enquanto direito e dever, que incide quer sobre o Estado (poderes públicos) quer sobre as pessoas (individual ou coletivamente consideradas) tem um impacto na forma como a questão da sua disponibilidade é ou não encarrada.

Na prática constata-se que, por exemplo, em defesa da autodeterminação dos povos indígenas, o direito ao desenvolvimento, autonomamente considerado, vê-se relegado para o segundo plano. O artigo 3 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 2007, veio estabelecer que *"os povos indígenas têm direito à autodeterminação"*, atribuindo-lhes a autonomia para livremente definirem o seu modo de vida em vários domínios, incluindo a autonomia para livremente buscarem o *seu desenvolvimento económico, social e cultural*. Disto decorre que nos termos da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o direito à autodeterminação tem um conteúdo bastante amplo, que integra também o direito ao desenvolvimento, na medida em que fica reservado aos povos indígenas o direito de definirem as suas estratégias de desenvolvimento, traduzindo, assim, a possibilidade de este grupo poder ter uma dimensão do direito ao desenvolvimento distinta quer da perspetiva estadual, ou seja, o significado de desenvolvimento para os povos indígenas poderá não ser, e geralmente não é, o mesmo dos demais grupos socioculturais (Machava, 2020, pp. 97-98), como da perspetiva individual, nos termos proclamados na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, reforçando-se a tese da relatividade do direito ao desenvolvimento.

O caso *Endorois Welfare Council v. Kenya (276 / 2003 – Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya)*[2] é um dos marcos, não só da relatividade do direito ao desenvolvimento, como também poderá ser visto como marcando o desvio à ideia da sua indisponibilidade, ainda que, em relação a esta seja de admitir que a oposição da comunidade *Endorois* represente não a disposição do direito ao desenvolvimento, mas sim o seu exercício através do direito à autodeterminação. Entretanto, o facto de a comunidade ter "renunciado" ao direito desenvolvimento, na perspetiva estatal, suportada pelo § 3 do artigo 2 e do artigo 4 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, ao contestar a expropriação das suas terras para a criação de uma reserva e desenvolver projetos de turismo com impacto no desenvolvimento do país, ilustra a ideia inicial de que a disponibilidade ou indisponibilidade do direitos fundamentais, no caso do direito ao desenvolvimento, deverá ser aferido casuisticamente.

Porém, não passará despercebido fato de essas situações de relatividade do direito ao desenvolvimento terem maior impacto numa perspetiva coletiva, ou seja, de se olhar o direito ao desenvolvimento como um direito coletivo. Esta consideração tem um alcance prático enorme no debate em curso sobre a (in)disponibilidade do direito ao desenvolvimento, na medida em que a possibilidade de renúncia ao direito só será valida, no caso concreto, se resultaras de uma manifestação expressa da coletividade como um todo e não da ação individual, ou seja, a renúncia ao direito individual ao desenvolvimento nunca deverá sobrepor-se a exercício coletivo do mesmo direito. Daí que em confronto com o direito coletivo ao desenvolvimento, na dimensão individual será um direito indisponível.

2 A descrição do caso, incluindo os argumentos das partes e a decisão da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos podem ser encontrados em https://shre.ink/b5Qe acesso em 22.set.2024.

## 3 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO EM MOÇAMBIQUE

Conforme descrito acima, o direito ao direito ao desenvolvimento é hoje um direito humano fundamental que integra a categoria dos direitos indisponíveis, ou seja, aqueles direitos que, estando ligados à pessoa ela não pode livremente dispor deles, caracterizando-se pela irrenunciabilidade e intransmissibilidade. Com efeito, integrando o conteúdo do direito ao desenvolvimento a busca constante do bem-estar individual e coletivo, certamente não estará na disponibilidade do indivíduo o seu gozo ou não.

Nos termos da Constituição da República de Moçambique (CRM), a independência do país representou, entre outros aspetos a reconquista dos direitos e liberdades fundamentais, daí que o respeito e garantia desses direitos e liberdades fundamentais apresenta-se como um dos seus princípios estruturantes, conforme atesta o seu Preâmbulo. É dentro deste contexto que a Constituição moçambicana consagra no Título II, um extenso catálogo de direitos, deveres e liberdades fundamentais (artigos 35 a 95), quer coletivos quer individuais. Entretanto, é nossa convicção de que o gozo dos direitos e liberdades fundamentais em Moçambique não se deve bastar por esse catálogo, devendo, portanto, ser tido por exemplificativo. Desde logo, porque resulta do artigo 42 da CRM que esse catálogo constitucional *não exclui quaisquer outros constantes das leis* e, nos termos do artigo 43 da mesma CRM, a sua interpretação e integração deverão ser feitas de *harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.*

O catálogo dos direitos fundamentais da Constituição moçambicana, não apresenta, expressamente, o direito ao desenvolvimento como direito fundamental. Entretanto, sendo o conteúdo do direito ao desenvolvimento vasto, no sentido de que se traduz num processo tendente ao bem-estar individual e coletivo, não restarão dúvidas em relação à sua consagração indireta na Constituição de Moçambique, até porque, como se destacou acima, o desenvolvimento poderá estar associado à

realização dos demais direitos fundamentais com o objetivo de se alcançar a dignidade da pessoa humana. Com efeito, a realização dos direitos económicos, sociais e culturais consagrados nos artigos 82 e seguintes da CRM concorre, igualmente, para a materialização do direito ao desenvolvimento, em particular na sua dimensão protetora.

A dimensão constitucional do direito ao desenvolvimento, como direito fundamental em Moçambique encontra, igualmente, amparo no artigo 43 da CRM, quando remete a interpretação e integração das normas constitucionais sobre os direitos fundamentais para a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Com efeito, o artigo 43 da CRM traduz a elevação deste instrumento de Direito Internacional à dimensão constitucional, colocando-o hierarquicamente no mesmo nível da própria Constituição da República de Moçambique, à par da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 43 da CRM), da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta Africana (artigo 17 nº 2 da CRM), marcando o desvio constitucional à posição das normas do direito internacional na hierarquia das fontes, definida no número 2 do artigo 18 da CRM, que as coloca numa posição infraconstitucional, reiterando a ideia de a CRM estar no topo da hierarquia das fontes, nos termos do seu artigo 2.

Considerando que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1981 e ratificada por Moçambique através da Resolução nº 9/88, de 12 de Maio, expressamente consagra o desenvolvimento como um direito dos povos, nas suas dimensões económica, social ou cultural (artigo 22), em Moçambique o direito ao desenvolvimento, enquanto direito humano fundamental, encontrará na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos a sua dimensão constitucional por força do artigo 43 da CRM.

Releva lembrar, por um lado, que, pelo seu conteúdo, o direito ao desenvolvimento é tanto um direito individual como coletivo, desde logo porque a sua dimensão orientadora demanda uma intervenção do Estado para a definição de políticas ou programas públicos para a sua materialização, sem que esteja a olhar para determinado indivíduo em particular. Disto decorre, por outro lado, que a consagração do direito

ao desenvolvimento como um direito dos povos na Carta Africana, não deve ser vista como excludente da sua natureza de direito humano, em sentido restrito, até porque, como elucida Wladimir Brito (2018, p. 24), na Carta Africana o conceito de povo pode permitir distintas interpretações, uma situação comprovada pela própria Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que, sublinha o autor.

> no caso das fronteiras, a Comissão convoca a ideia de soberania para interpretar o conceito de povo como Estado e para confirmar o princípio de *uti possidetis;* no caso da igualdade existência dos povos, estes foram entendidos como grupos ou minorias étnico-religiosas e até mesmo indivíduos; no caso do direito à existência, o conceito de povo foi referido à ideia de grupos nacionais (p. 26).

Ademais, a indissociabilidade, nos termos do Preâmbulo da Carta Africana, dos direitos civis e políticos dos direitos económicos, sociais e culturais, onde o direito ao desenvolvimento ganha maior expressão, estando a satisfação destes últimos (direitos económicos, sociais e culturais) a garantia do gozo daqueles (civis e políticos), não só reforça a dupla natureza do direito ao desenvolvimento, como, nas palavras de Mojana Vargas (2018, p. 231) fica claro que o desenvolvimento, enquanto direito, é a pedra de toque da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o que, em consequência, deverá transportar-se para o contexto domésticos dos Estados signatários da Carta Africana, tal é o caso de Moçambique.

## 4 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO EM MOÇAMBIQUE

Assente que o direito ao desenvolvimento é, no Direito moçambicano, um direito humano fundamental, quer de natureza individual quer coletiva, relevam as ações que o Estado moçambicano, no âmbito da *dimensão orientadora*, ou seja, da demanda pela adoção de políticas e programas nacionais e internacionais dirigidos à promoção do

desenvolvimento, tem colocado em prática para a realização desse direito humano, nos termos do parágrafo 3 do artigo 2, do parágrafo 1 do artigo 3 e ainda do artigo 8 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Moçambique é um país subdesenvolvido, que segundo dados do Instituto Nacional de Estatística (INE) conta com uma população de mais de 33 milhões de habitantes, com uma esperança de vida de cerca de 56,5 anos. Teve um PIB per capita de 646 Dólares americanos, em 2023, com um índice de desenvolvimento humano baixo, situado em cerca de 0,461 em 2022, situando-se na posição 183 entre 193 países, ou seja, Moçambique posicionou-se no nono lugar do *ranking* dos países com baixo desenvolvimento humano (United Nations Development Programme, 2024, p. 276).

Os indicadores económicos e sociais de moçambique colocam-no abaixo da média regional (África subsaariana), uma situação prevalecente dos últimos 30 anos. Para inverter este cenário o Governo de Moçambique tem colocado em prática várias iniciativas ou políticas públicas que, com o objetivo de impulsionar o desenvolvimento económico e social do país, potencialmente concorrem para a consequente materialização do direito ao desenvolvimento.

Uma das primeiras políticas públicas com impacto para a realização do direito ao desenvolvimento em Moçambique é o *Fundo de Desenvolvimento Distrital* (FDD). Criado pelo governo de Moçambique em 2005, dentro da nova abordagem de desenvolvimento em que o Distrito passa a ser o polo do desenvolvimento nacional. Com esta iniciativa o governo moçambicano procurou alocar fundos do Orçamento Geral do Estado aos distritos para financiar *"projectos de geração de rendimento, emprego, auto-emprego e produção de alimentos a nível local, com vista a promover o desenvolvimento rural"*[3], no quadro da política de redução da pobreza.

A definição do distrito como base de planificação do desenvolvimento económico e social, conforme a Lei nº 08/03, de 19 de maio e o respetivo Regulamento aprovado pelo Decreto 11/05, de 10 de junho,

3 Ver a Fundamentação da Lei do Orçamento do Estado para o Ano Económico de 2011, disponível em http://www.dno.gov.mz/#nogo, em 15 de fevereiro de 2013.

representou, diríamos, a manifestação da *dimensão participativa* do direito ao desenvolvimento, dentro da lógica de Piovesan (*supra*) de que o cidadão aparece como um ator-chave no processo de conceção de políticas de desenvolvimento. Com efeito, através desses instrumentos legais, institucionalizou-se os conselhos locais que

> constituem expressão da consulta e participação comunitária no processo de desenvolvimento local. Neste sentido, a inclusão dos conselhos locais nos processos de tomada de decisões aos níveis de distrito, posto administrativo, localidade e povoação, pretende ser uma certa ruptura com o modelo de planificação centralizada em que o processo de definição das prioridades das populações locais depende inteiramente das administrações locais. Os conselhos locais exteriorizam, assim, a ideia segundo a qual a descentralização administrativa pode conduzir à redução da pobreza através da criação de espaços de participação e inclusão das populações locais no processo de desenvolvimento, ou seja, espaços de construção de cidadania a nível local. (Forquilha, 2010, p. 31)

Entretanto, essas medidas legislativas não eram por si suficientes. Foi, pois, necessário dotar o distrito de capacidade financeira para levar avante este desafio. Deste modo, em 2005, através da Lei nº 12/05, de 23 de dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2006, estabeleceu-se a alocação de fundos de investimentos aos Governos Distritais, no que ficou conhecido como Orçamento de Investimento de Iniciativa Local (OIIL), popularmente conhecido por "7 Milhões", uma vez que, em geral, esse era o valor alocado aos distritos, apesar de haver diferenças, de acordo com determinados critérios (Forquilha, 2010, p. 38).

Em 2009, o OIIL foi rebatizado e passou a ser Fundo de Desenvolvimento Distrital (FDD), sob tutela do Governador Provincial, mas dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira, gerido localmente (Sande, 2011, p. 216), embora continuando essencialmente o mesmo que o OIIL (Orre; Forquilha, 2012, p. 169) e surge como uma resposta do sistema político moçambicano às exigências internas

oriundas principalmente das comunidades locais a favor de uma maior intervenção do Governo Central nos esforços de combate à pobreza absoluta e mais especificamente da geração de empregos e fontes de rendimentos. Assim, o FDD seria "um instrumento formal criado pelo Estado para atingir objectivos patentes em documentos estratégicos formais para a redução da pobreza, redução de assimetrias regionais, promover a participação activa dos cidadãos, etc" (Sande, 2011, p. 216). Em outras palavras, enquanto política pública, o FDD representará a materialização do mandato atribuído aos Estado, enquanto seu dever de desenvolvimento, proclamado pelo do parágrafo 3 do artigo 2, parágrafo 1 do artigo 3 e ainda pelo artigo 8 da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Numa perspetiva mais particular, o governo de Moçambique desenhou e colocou em prática o "Sustenta", um programa nacional de integração da agricultura familiar em cadeias de valor produtivas, com o objetivo melhorar a qualidade de vida dos agregados familiares rurais através da promoção de agricultura social, económica e ambientalmente sustentável (Ministério da Agricultura e Desenvolvimento Rural, 2020, p. 2).

Através do programa "Sustenta", a expetativa era de que o mesmo tenha impacto na visa socioeconómica das famílias moçambicanas que têm a agricultura a sua base de sustento, designadamente, (i) através da duplicação da renda familiar rural, para cerca de 73500 meticais por ano; (ii) através da criação de mais de 1.600.000 empregos até finais de 2024; (iii) através do alcance do equilíbrio da balança de pagamentos agrícola, em que as exportações superam em mais de ¼ as importações, até finais de 2024, contrariamente ao cenário inicial em que o desequilíbrio da balança de pagamentos agrícolas apresentava as exportações em défice de mais de 50% em relação às importações; (iv) redução do índice de pobreza rural para níveis abaixo da linha de base (46,1%), fixando-se em cerca de 31,2% até finais de 2024; (v) redução do índice de desnutrição crónica no país para baixo da linha de base (43%), fixando-se em cerca de 35% até finais de 2024, entre outros impactos económicos e sociais (Ministério da Agricultura e Desenvolvimento Rural, 2020, pp. 24-29).

Conforme se pode depreender, através do programa "Sustenta", o governo de Moçambique procurou, com foco nas comunidades agrícolas rurais, assegurar o acesso aos recursos básicos, à alimentação, ao emprego e a uma justa distribuição dos rendimentos, bem como que as mulheres desempenhem um papel ativo no processo de desenvolvimento, visando *uma constante melhoria do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base na sua participação ativa, livre e significativa no processo de desenvolvimento e numa justa distribuição dos benefícios dele derivados,* aparentemente estando assim em linha com o seu mandato para a garantia da realização do direito ao desenvolvimento, nos termos da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (artigos 2, nº 3 e 8, nº 1).

De um modo geral, a situação económica e social de Moçambique enquanto país subdesenvolvido faz com que a busca do desenvolvimento nas suas mais variadas vertentes esteja sempre presente na ação governativa daí que à semelhança do FDD e do Sustenta, vários outros pogramas ou políticas públicas têm sido desenvolvidos e colocados em prática sob o manto de busca ou impulso do desenvolvimento quer na perspetiva estatal como da população, num aparente contexto de realização do direito ao desenvolvimento.

O desenho de políticas públicas capazes de impulsionar a efetivação do direito ao desenvolvimento em Moçambique, enquanto direito fundamental, é um dever do Estado resultante quer da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, quer da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, que o governo moçambicano estaria procurado cumprir. Entretanto, a sua operacionalização tem se mostrado desastrosa e os objetivos de materializar o direito fundamental ao desenvolvimento em Moçambique não se cumprem, ou seja, os instrumentos de políticas públicas colocados em prática pelo governo moçambicano não têm sido plenamente eficazes para a materialização do direito ao desenvolvimento, não obstante alguns registos positivos (Rosário; Kuhn, 2020, p. 73-76; Capaina; Nova; Mosca, 2024, p. 16-32). Curiosamente, vários estudos realizados sobre a avaliação dessas políticas públicas e os seus impactos

(Forquilha, 2010; Sande, 2011; Orre; Forquilha, 2012; Rosário; Kuhn, 2020; Capaina; Nova; Mosca, 2024) apontam para fatores relacionados com o subdesenvolvimento como estando na origem da ineficácia das políticas públicas para a efetivação do direito ao desenvolvimento, como são os casos da pobreza, baixo nível de escolaridade, mas também a fraca capacidade institucional, associada a questões de natureza política, para assegurar o sucesso pleno das políticas públicas para o desenvolvimento.

Porém, acreditamos que a ineficácia dessas políticas públicas viradas para o desenvolvimento, no que tange à efetivação do direito ao desenvolvimento decorre da má conceção das políticas. Com efeito, as políticas públicas de desenvolvimento adotadas em Moçambique não têm por base a conceção do desenvolvimento como um direito, mas sim como uma simples manifestação do progresso económico do país. O desenvolvimento é, assim, visto como um instrumento político, que levará à melhoria da qualidade de vida da população como consequência indireta. Aliás, as Estratégias Nacionais de Desenvolvimento 2015-2035 e 2025-2024 são o reflexo dessa visão "política" em que o desenvolvimento não é encarrado como um direito, mas antes como um mero instrumento para "um País próspero, competitivo, sustentável, seguro e de inclusão" (República de Moçambique, 2014, p. 17), não estranhando que em nenhum momento esses instrumentos estratégicos se referirem ao direito ao desenvolvimento.

Ora, assim colocado a realização do direito ao desenvolvimento estará condenada a enfrentar enormes dificuldades. É que esta abordagem evidencia que a busca do desenvolvimento pelo poder público moçambicano privilegia a dimensão do direito dos Estados ao desenvolvimento e menos à dimensão do dever, na perspetiva de que só depois da materialização do seu direito ao desenvolvimento serão capazes de cumprir com o seu dever de desenvolvimento, permitindo que os indivíduos realizem o seu direito ao desenvolvimento. (Machava, 2020, p. 97).

Não se deve perder de vista que, conforme expendem Capaina, Nova e Mosca (2024, p. 2) a política pública compreende acções e opções, que manifestam opções políticas e estratégias de intervenção do Estado

relativamente a uma questão que suscita a atenção, o interesse e mobilização de outros atores e que depende da interação e dinâmicas de todas as forças vivas da sociedade. Pelo que a mudança de paradigma na conceção e implementação de políticas públicas de desenvolvimento, assumindo-se este como um verdadeiro direito humano e fundamental é uma necessidade.

Recorde-se que o desenvolvimento é um direito-dever, no sentido de que a sua materialização apela ao engajamento de todos, o que, no contexto africano, no qual Moçambique se insere, tem um significado maior visto que exalta a "ética *ubuntu*, uma tradição do pensamento africano que enfatiza a importância da solidariedade, generosidade e respeito por todos os membros da comunidade humana" (Mac Crorie, 2018, p. 82), daí que a conceção de políticas públicas para o desenvolvimento ignorando a consideração do desenvolvimento como um direito-dever de todos retira o engajamento social para a sua materialização.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza fundamental do direito ao desenvolvimento em Moçambique é, para nós, indiscutível, não obstante a sua não consagração expressa no catálogo dos direitos fundamentais. Com efeito, uma interpretação sistemática das disposições constitucionais de promoção e tutela dos direitos fundamentais sustenta essa assertiva, não só porque permite desaguar na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, mas também porque o conteúdo de várias disposições constitucionais reflete as várias dimensões que o desenvolvimento encerra.

Enquanto direito social que, parafraseando as palavras de Mac Crorie (2018, p. 81) sobre a dignidade da pessoa humana, cuja efetiva realização pressupõe também um papel activo dos Estados, que têm a obrigação de criar condições para a concretização desse mesmo desenvolvimento, remetendo para a relação necessária entre desenvolvimento e criação de capacidades, já que da consagração do direito ao desenvolvimento decorre também um dever dos Estados de assegurar pelo menos

as condições mínimas para que esse desenvolvimento se possa realizar, o que pode inclusivamente implicar que estes tenham de garantir prestações positivas aos cidadãos. Aliás, é essa a orientação que quer da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de que Moçambique é parte quer da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento consagram na afirmação do direito ao desenvolvimento como um direito humano. Porém, o Estado moçambicano não estará a cumprir com essa obrigação, não porque não tem estado a ensaiar medidas para o efeito, através das várias políticas públicas que tem desenvolvido, mas pela má abordagem conceptual do desenvolvimento que consagra.

Com efeito, o desenho e a operacionalização de políticas públicas de desenvolvimento, como os casos do Fundo de Desenvolvimento Distrital e o programa "Sustenta", sem a abordagem do desenvolvimento como um direito, não tem permitido a devida mobilização dos cidadãos, enquanto titulares do direito ao desenvolvimento, para a sua participação ativa no processo de implementação dessas políticas públicas, remetendo a sua eficácia ao fracasso. Por melhores que sejam os objetivos das políticas públicas ou os seus fundamentos teóricos e até práticos, quando na sua conceção ocorrem falhas de abordagem conceptual a sua eficácia estará comprometida, e é o que de alguma forma se verificou em Moçambique com as políticas de desenvolvimento aqui referidas. Daí que é importante a mudança de paradigma não só conceptual na conceção de política públicas de desenvolvimento, tendo por base a ideia de desenvolvimento como um direito humano fundamental a ser efetivado, mas também como um dever individual e coletivo, que vai demandar ações afirmativas de todos os intervenientes, o Estado, os indivíduos e a sociedade em geral, para a sua realização.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO CENTRO DE DIREITOS HUMANOS. **Manual de Lições de Direitos Humanos**. 2ª Edição. Maputo. 2019.

BRITO, Wladimir. Comentário ao Preâmbulo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**.** *In:* JERÓNIMO Patrícia; GARRIDO, Rui; PEREIRA, Maria de Assunção do Vale (coords.). **Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.** Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar. 2018

CAPAINA, Nelson; NOVA, Yara; MOSCA, João. Análise do Projecto Sustenta (2017-2019). **OBSERVADOR RURAL** Nº 141, Fevereiro 2024. Observatório do Meio Rural. Disponível em https://omrmz.org/wp-content/uploads/2024/02/OR-141-4.pdf acesso em 24.set.2024.

DOS ANJOS FILHO, Robério Nunes. **Direito ao Desenvolvimento**. Editora Saraiva. 2017.

FORQUILHA, Salvador C. Reformas de Descentralização e Redução da Pobreza num Contexto de Estado Neo-patrimonial. Um olhar a partir dos conselhos locais e o OIIL em Moçambique. *In:* BRITO, Luís; CASTEL-BRANCO, Carlos Nuno; CHICHAVA, Sérgio; FRANCISCO, António (orgs.). **Pobreza, Desigualdade e Vulnerabilidade em Moçambique 2010**. Maputo: IESE. pp. 19-48.

GOVERNO DA REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Estratégia Nacional de Desenvolvimento (2025-2044)**. Ministério da Economia e Finanças. Maputo. 2024. Disponível em https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/estrategias/2184-estrategia-nacional-de-desenvolvimento-2025-2024/file acesso em 24.set.2024.

KLEINMAYER, Luiz Augusto Martins; NEVES, Lafaiete Santos. O Direito ao Desenvolvimento como um Mecanismo Jurídico Internacional de Auxílio à Redução da Desigualdade e da Pobreza**. Revista Desenvolvimento Social Montes Claros** - Nº 3 - jul 2009.

MAC CRORIE, Benedita. Comentário ao Artigo 5.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. *In:* JERÓNIMO Patrícia; GARRIDO, Rui; PEREIRA, Maria de Assunção do Vale (coords.). **Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.** Observatório Lusófono dos Direitos Hu-

manos da Universidade do Minho: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar. 2018.

MACHAVA, Almeida Zacarias. **Direito ao Desenvolvimento e a Autodeterminação das Comunidades Indígenas: um dilema insuperável?**. *In:* MAY, Yduan de Oliveira (Org.) **Direito e Inclusão Sócioeconómica**. Coleção Biblioteca DISE. Vol. III. Editora CRV. Curitiba-Brasil. 2020.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de Direitos Fundamentais: Conceito lacônico, Consequências Duvidosas. **Joaçaba.** v. 11, n. 2. p. 334-373. jul./dez. 2010.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E DESENVOLVIMENTO RURAL. **Moçambique Sustenta**: transformando vidas. Maputo. 2020. Disponível em https://www.fnds.gov.mz/index.php/pt/nossos-projectos/listagem-de-projectos/21-desenvolvimento-sustentavel/129-programa-sustenta, acesso em 24.set.2024.

OLIVEIRA, Maria Célia Néri de. **Por dentro do MPF: conceitos, estrutura e atribuições**. Ministério Público Federal. Secretaria de Comunicação Social. – 7. ed. – Brasília: MPF. 2021.

ORRE, Aslak; FORQUILHA, Salvador C.. Uma Iniciativa Condenada ao Sucesso. O Fundo Distrital dos 7 Milhões e suas Consequências para a Governação em Moçambique. *In*: WEIMER, Bernhard. **Moçambique: Descentralizar o Centralismo. Economia Política, Recursos e Resultados**. 168-196. Maputo: IESE. 2012.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Estratégia Nacional de Desenvolvimento (2015-2035)**. Maputo. 2014. Disponível em https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/estrategias/397-estrategia-nacional-de-desenvolvimento/file acesso em 23.set.2024.

ROSÁRIO, Nelson Maria; KÜHN, Daniela Dias. O Fundo Distrital de Desenvolvimento e a Agricultura: o caso de estudo das comunidades no distrito de Chibuto, Moçambique. **Extensão Rural**. DEAER – CCR – UFSM Santa Maria. v.27, n.1. jan./mar. 2020. https://doi.org/10.5902/2318179637099.

SANDE, Zaqueo. '7 milhões'. Revisão do Debate e Desafios para Diversificação da Base Produtiva. *In*: BRITO, Luís de, CASTEL-BRANCO, Carlos Nuno, CHICHAVA, Sérgio; FRANCISCO, António (org.). **Desafios para Moçambique**. pp.

207-228. Maputo: IESE. 2011. Disponível em https://www.iese.ac.mz/lib/publication/livros/ des2011/IESE_Des2011_9.SetMil.pdf

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 13ª Edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.

SEN, Amartya. **Development as Freedom.** Oxford University Press. Nova Iorque. 2001.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human Development Report 2023/2024**: Breaking the Gridlock – Reimagining cooperation in a polarized world. New York. 2024.

VARGAS, Mojana. Comentário ao Artigo 22 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. In: JERÓNIMO Patrícia; GARRIDO, Rui; PEREIRA, Maria de Assunção do Vale (coords.). **Comentário Lusófono à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.** Observatório Lusófono dos Direitos Humanos da Universidade do Minho: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar. 2018.

WOLKMER, António Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima. Direitos humanos e Desenvolvimento. *In*: BARRAL, Welber (Org.). **Direito e Desenvolvimento:** Análise da Ordem Jurídica Brasileira sob a Ótica do Desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.

# CRITERIOS VINCULANTES PROPIOS DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN CUANTO AL DICTAMEN DE EXPERTOS[1]

Diego Enrique Cruz Mahecha[2]
Walter Gerardo Valencia-Jiménez[3]

## 1 INTRODUCCIÓN

La libertad probatoria y la coexistencia de medios de prueba que se entienden como criterios aplicables en los procesos de naturaleza jurisdiccional en nuestro medio, nos invita a reflexionar acerca de la forma en que se deben entender, aplicar y materializar estos medios, más cuando ellos se encuentran circunscritos a la luz de criterios científicos y técnicos, que hacen que el ejercicio valorativo del medio de prueba, se limite al contexto

1 El presente corresponde a la presentación temática que se realiza del articulo "theoretical and philosophical criterio of the standarsn of evidence aplicable to expert opinión", publicado en review of contemporany philosophy, vol.23 – 2024, el cual se desarrolló como parte de los resultados investigación del grupo "Retos al constitucionalismo colombiano", desarrollada en el Politécnico Gran Colombiano.

2 Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Especialista en Derecho Tributario y Aduanero, Magister en Derecho Constitucional, Doctor en Derecho, Postdoctor en Altos estudios del Derecho; profesor de la Universidad Politécnico Gran Colombiano. Contacto: decm78@gmail.com

3 Abogado, candidato a Doctor universidad de Salamanca, Magister en derecho (Investigación) de UNIANDES, y Magister en Educación (Profundización) de la misma universidad; especialista en derecho administrativo de UNAULA. Docente del Politécnico Gran Colombiano. E-mail: wgvalencia@poligran.edu.co - walgerval@gmail.com

que brindan estos instrumentos, tal como debe ocurrir con el dictamen pericial. En razón a esta regla de la lógica formal aplicada al derecho, se hace necesario reflexionar en cuanto al alcance y la forma correcta de entender, la forma en la cual se materializa, el uso que se le ha de brindar al medio de prueba, cuando este corresponde a un instrumento de naturaleza técnico y científico, esta valoración se hace desde los planos filosófico y teórico, que pueden ser aplicables, todo ello en pro de lograr vislumbrar los criterios de justicia material efectiva que del manejo de estos medios debe predicarse, que es al fin y al cabo, la razón por la cual se empelan los medios de prueba en el desarrollo de un proceso de naturaleza jurisdiccional.

El presente escrito pretende resolver un problema de investigación conciso aunque en apariencia es algo sencillo, no es simple, por cuanto se pretende establecer una reflexión que abarque los pormenores relativos a la forma correcta en que deben entenderse los dictámenes periciales, al ser el único medio probatorio que se caracteriza por su alcance técnico y científico, aspecto en virtud del cual su contundencia al interior del proceso es una muestra de justicia material efectiva, tal como se presenta en este artículo.

Es pertinente terminar esta breve introducción, demarcado cual es el objetivo básico que se busca con este artículo, el cual no es otro que dimensionar e Identificar desde las perspectivas teóricas y filosóficas, las exigencias materiales y funcionales que se han incorporado en el dictamen de expertos presentados en desarrollo de un proceso judicial, el cual se encuentra regulado por el artículo 226 del Código General del Proceso, demarcando sus principales implicaciones frente a los estándares probatorios.

## 2 DERECHO Y LENGUAJE UNA RELACIÓN SINE QUA NON

La temática propia de los estándares probatorios no escapa a la relación inalienable que existe en entre la instituciones jurídicas y el lenguaje, por cuanto son las palabras las que permiten la edificación de cualquier institución de naturaleza jurídica, lo cual implica a los dictámenes

periciales cuyo contenido se integra a un proceso de contenido jurisdiccional, termina por imantarle tal naturaleza.

Para iniciar esta valoración, se considera pertinente recurrir a los planteamientos esgrimidos por Federico Nietzsche, quien indico en su texto la voluntad de poder que; "(…) *no existen los hechos sino las interpretaciones* (…)", ahondemos un poco más los planeamientos del autor, quien contextualiza su afirmación al indicar:

> "(…) ¿Es solo un lenguaje el mecanismo para indicar el mundo interno de los hechos, un mundo que remansa cierta cantidad de voluntad, que lucha y que vence? Todas las hipótesis del mecanismo, materia, átomo, gravedad y choque no son «hechos en sí», sino interpretaciones realizadas con la ayuda de ficciones psíquicas. La vida, como la forma del ser conocida por nosotros, es, específicamente, una voluntad de acumular fuerza; todos los procesos de la vida tienen en este caso su palanca: nada quiere conservarse, todo debe ser sumado y acumulado. La vida, como caso particular (la hipótesis que, partiendo de una realidad determinada, se eleva al carácter general de la existencia). (…)" (Nietzsche & Castrillo Mirat, 2001, p. 463)

El lenguaje que se ha entendido como el medio en que se materializan y articulan las ideas a fin de ser trasmitidas a otros, es sin lugar a duda el único mecanismo para construir el derecho, tanto en su espectro teórico y especialmente en su práctica o realización. Ello hace que sea pertinente resaltar que de la postura Nietzchiana, se puede afirmar que el derecho y la literatura comparten una naturaleza común, tal como lo indicó Ronald Dworkin en su texto ¿cómo el derecho se parece a la literatura? (Hart & Dworkin, 1997) al punto de considerar que toda práctica jurídica conlleva una reinterpretación, al menos en su estructura básica (García, 2022, p. 157-179).

Estos criterios relacionales, entre el lenguaje y las instituciones sociales, en las que necesariamente se ha integrar las creaciones que son propias al derecho, en todas sus acepciones, formas y medios, conforman

la base conceptual, necesaria para reflexionar sobre la naturaleza y los alcances predicables de los denominados estándares probatorios adaptables a los dictámenes periciales.

En concordancia con lo anterior resulta imperioso dejar claro que es el interés del discurso jurídico, el lograr alcanzar la verdad plenamente probada (verdad probatoria), por ello, no podemos alejarnos de posturas, como la del profesor Jüngen Habermas, quien sostiene; "(…) *que la ciencia se desarrolla movida por tres intereses a saber: empírico analítico, histórico hermenéutico y crítico social*. (…)" (Habermas & Husserl, 1997).

Si por un momento, se admite que el discurso jurídico está integrado por un interés en concreto, al menos un interés de parte (en aquellos casos civiles), o un interés público (para los casos del derecho público), por consiguiente, en todos los casos vistos desde la perspectiva jurídica es claro y marcado la existencia de un interés, ya sea de parte (acreedora o deudora) o del Estado (inspección, vigilancia, control, sancionador, persecutor, etc.).

En contexto, es válido que se afirme que en todos los casos, materializados bajo estructuras de naturaleza jurídica, de manera independiente al interés que se represente y persiga, bien sea de parte o aquel que le es propio a la organización estatal, este debe ser probado, es decir contar con los medios que inexorablemente justifiquen una posición e interés jurídico por lo cual permiten su aceptación general, así lo impone el artículo 167 del Código General del Proceso, "(…) *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen* (…)" (Colombia. et al., 2012).

En efecto, es el mismo Código General del Proceso, el que permite probar a través de cualesquiera de los medios allí regulados los intereses contenidos en una posición jurídica determinada. No obstante, en pro del cumplimiento del objetivo trazado con el presente artículo, relacionado con la valoración teórica y filosófica que se puede predicar de las transformaciones incorporadas en el dictamen de experto, el cual como

bien se ha indicado se encuentra regulado entre otros tantos aspectos por lo contenido en el artículo 226 del Código General del Proceso.

## 3 EL DICTAMEN DE EXPERTO (PRUEBA CIENTÍFICA) COMO EXPRESIÓN DE LA VERDAD PROBADA

Es incuestionable la importancia del dictamen de experto cuando se trata de verificar los hechos que requieren conocimientos científicos, técnicos, artísticos y que interesan al proceso, al ser el factor determinante para la resolución de la ecuación jurídica contenida en un proceso de naturaleza jurisdiccional.

Para ahondar en el desarrollo temático propio del artículo, es necesario en primer lugar que abordemos la cuestión integrada por la relación existente entre la Ciencia y el proceso.

La disertación entorno a la relación entre ciencia y proceso (para efectos de nuestra reflexión se está haciendo énfasis en el proceso jurisdiccional) se debe partir del supuesto, que no es un terreno nada pacífico, aunque, se pueden encontrar algunos acuerdos razonables que permiten avanzar tanto en el desarrollo científico, como en el proceso jurisdiccional; aquí no se pretende satisfacer las definiciones de ciencia o de proceso, sino más bien, se resaltar aquellas criterios que se consideran útiles para alcanzar nuestro objetivo.

Iniciemos este parte de la reflexión, demarcado la definición básica de ciencia, la cual se ha entendido comúnmente como; "(…) *La ciencia es el conjunto de conocimientos organizados, jerarquizados y comprobables, obtenidos a partir de la observación de los fenómenos naturales y sociales de la realidad (tanto natural como humana), y también de la experimentación y demostración empírica de las interpretaciones que les damos*. (…) Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario de Ciencias jurídicas.

Se puede afirmar que los elementos estructurales de esta definición se incorporan con claridad al momento de establecerse las distintas

pautas que integran un proceso destinado a producir un conocimiento que se rotule como científico, o aplicado bajo estándares formales rígidos predefinidos, tal como ocurre con las resultantes obtenidas de la aplicación de los procedimientos que se integra en las distintas manifestaciones en que se materializa el derecho.

En el proceso jurisdiccional difícilmente se discuten asuntos propios de la epistemología de la ciencia, al menos en los planteamientos de autores como los de Kuhn, Lakatos o Feyerabend (Briones, 1996), no obstante, si se discute si el mismo –proceso jurisdiccional- es o no un instrumento de construcción de verdad, tres posturas son ya bien difundidas en nuestro medio (García, 2022, p. 166) una concepción cognoscitivista (Dworkin, 2012), una no cognoscitivista (Guastini, 1990) y una intermedia (Hart, 1983) (Romeu & Moreso, 2018).

La postura cognoscitivista, propende por la defensa de la idea que la interpretación del derecho otorga resultados por medio de enunciados interpretativos o proposicionales verdaderos o falsos; muy por el contrario, la concepción no cognoscitivista defiende que la interpretación del derecho permiten resultados como enunciados interpretativos no proposicionales y carentes del valor verdad; en fin como teoría intermedia se tiene que de acuerdo a las circunstancias cada actividad interpretativa puede ser en unos casos cognoscitiva y en otros una actividad decisoria, esto es, algunos enunciados interpretativos son susceptibles de verdad o falsedad y otros simplemente no (Mendonca, 2008). Estos postulados reconocen que en las materias propias del derecho en su faceta jurisdiccional las posturas probatorias, no se identifican con la verdad material, sino con su eficiencia para solventar una posición o interés, en desarrollo de un proceso jurisdiccional o administrativo.

Es consecuencia de la visión fáctica señalada, el que no se considere, como lo más relevante en un proceso de naturaleza jurisdiccional el determinar o no la verdad dada en la decisión sino, más bien, identificar los instrumentos utilizados por el juez para llegar a esta –decisión- en el caso que nos ocupa, dichos instrumentos se concentran en la prueba de

experto del dictamen de experto regulado en el artículo 226 del Código General del Proceso.

En primer lugar, resulta necesario estimar que si bien el Código General del Proceso, permite una libertad probatoria, no se trata pues, de probar de cualquier forma, sino más bien, para el caso que nos ocupa el medio para probar aspectos relevantes en el caso, a través de una vía científica, técnica o artística que no admite discusión. "(…) *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos* (…)" (Colombia. et al., 2012).

Adicionalmente se estima pertinente señalar en cuanto a lo concerniente a la ciencia propiamente, es preciso diferenciar los conocimientos de naturaleza científica de los no científicos, en otras palabras, lo científico de lo pseudocientífico, que puede consistir en la lectura de los posos de café, hojas de té y hasta el chocolate, o como nos contaba el profesor Taruffo "(…) *muchas personas confían en el empleo de métodos [lectura de los posos de café] de este tipo para el descubrimiento de hechos incluso muy importantes* (…)"(p. 463) (Taruffo & Calle, 2009), pero que sin duda no interesan o no deben interesar al proceso.

Ahora bien, es necesario referir otra relación que consideramos necesario reseñar, como lo es la existente entre Ciencia, cientificidad y verdad.

Como criterio inicial, se demarca la importancia de contar con los conocimientos científicos que aclaren los aspectos que nutren el proceso jurisdiccional, es un valor que cada día toma mayor relevancia en el entorno colombiano. Transformaciones legislativas, como de las que ha sido objeto el Código de Procedimiento Penal o el Código General del Proceso (muestra de ello es el artículo 226 del Código General del Proceso), las cuales deprecan por la gestación de una actividad probatoria, caracterizada por la rigurosidad técnica y científica que se logra entre otros medios con la participación de expertos al interior del proceso, mediante el uso del denominado dictamen pericial, el cual tiene como propósito el lograr alcanzar una convicción bien formada y fundamentada por parte del juez de causa.

Es innegable, que en el desarrollo de un proceso de naturaleza jurisdiccional, en múltiples ocasiones cuando los asuntos a tratar no son de pleno derecho, se hace necesario contar con la intervención de un experto que profese conocimientos científicos y técnicos, los cuales ha de integrarse en el proceso jurisdiccional, permitiendo al juez superar las limitaciones conceptuales que su poco conocimiento y falta de experticia en materias concretas, no le permitirían llegar a una decisión valida desde toda perspectiva valida. Así lo exige al menos el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal y el 226 del Código General del Proceso.

La referida exigencia legal constituye en sí misma, una garantía para las partes, por cuanto al proceso judicial, sólo se incorporarán pruebas de las cules se puedan predicar criterios científicos, técnicos o artísticos, las cuales se deben edificar y racionalizar por aquel personaje quien en términos técnicos y profesionales conoce sobre la materia, de allí la exigencia del artículo 226; "(…) *Todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado; en él se explicarán los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones*(…)"(Bejarano, 2012).

Esta exigencia permite a quien obre como contraparte en un proceso jurisdiccional podrá controvertir la prueba pericial o al menos tendrá la oportunidad para intentarlo y oponerse a la opinión del experto; bajo tal estructura es posible que se predique la igualdad procesal entre las partes de un proceso jurisdiccional, estas pueden aportar los elementos de convicción que estimen necesarios, a fin de lograr que el juez se incline a su favor al tomar la decisión más razonada y pertinente, entre las posibles.

Ahora bien, si nos fijamos, En cada una de las exigencias que se pueden realizar al experto técnico - científico, es válido que concluyamos que su participación estará centrada en las reglas del método científico. De allí la importancia de contar con jueces y magistrados con amplios conocimientos en los métodos de investigación científica, así no les será extraño el contenido de la prueba pericial de naturaleza científica, esto permitirá cualificar efectivamente las garantías que puedan otorgar a las partes.

Cuando se cuenta con la formación básica científica y se obra conforme a las exigencias propias que la administración de justicia, se demandara por que los intervinientes, tomen como actuación inicial, el descartar todos aquellos conocimientos no científicos, por cuanto no cuentan con la construcción metodológica adecuada, que permita corroborar si la construcción de dicho conocimiento ha sido acorde con las reglas de la ciencia, y de la disciplina pertinente en particular, por los cuales estos no pueden servir de sustrato a un pronunciamiento jurisdiccional decisorio.

En segundo lugar, se debe verificar, el uso de al menos un método de naturaleza científica del universo de estos, así como los criterios de aceptación de estos por parte de la comunidad científica en particular, hoy se cuenta con una amplia clasificación que permite con certeza determinar el método usado. (Díaz Vásquez y Valencia Jiménez 2020).

Un ejemplo de dicha clasificación la integra la siguiente referencia:

> (…) 4. La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje, que el perito haya realizado en los últimos diez (10) años, si las tuviere. (…) 8. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación.9. Declarar si los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados son diferentes respecto de aquellos que utiliza en el ejercicio regular de su profesión u oficio. En caso de que sea diferente, deberá explicar la justificación de la variación. (…) (Bejarano,2012).

Los criterios e instituciones a las que se ha hecho referencia, no se contemplaban, ni permitían en el texto del antiguo Código de Procedimiento Civil, es la novedad funcional que traen las disposiciones normativas actuales son las que elevan, a nuestro juicio, el estándar probatorio predicable de la prueba pericial, o cómo lo plantea la doctora Carmen Vázquez "la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial"(-Vázquez-Rojas, 2014).

En concordancia con los planteamientos presentados, es propio indicar que en la construcción de los argumentos contentivos de la decisión judicial resulta imperioso que se fijen los criterios que conduzcan criterios de convicción de naturaleza científica que inspiren y guíen el proceso intelectivo del juez. En términos más concretos, esto corresponde al deber del juez de motivar en debida forma, es decir indicando cómo llegó a sus conclusiones y sobre qué criterios jurídico científicos apoyo (informaciones de las aportadas por el experto, en el caso de utilizar el dictamen pericial), para afirmar las razones de su convicción (verdad-decisión) (Palacios-Valencia & Valencia-Jiménez, 2022).

## 4 DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

Otro de los criterios estructurales que se integran en la presente disertación, es la temática relativa a la forma adecuada que se le debe brindar a la valoración de las pruebas científicas; esta parte de la reflexión se centra en la forma, en la cual el juez debe realizar el proceso intelectivo de valoración y/o apreciación de la prueba científica o el dictamen pericial, para referir esta cuestión acudimos a los planteamientos discurridos hace varios años por el profesor Taruffo quien indicaba:

> (…) En lenguaje común, el objeto de la prueba está constituido por los «hechos del caso», pero está claro que éstos no son eventos empíricos, dado que, siendo en la gran mayoría de los casos eventos que se han producido antes y fuera del proceso, el juez no puede percibirlos directamente. (…) (Taruffo, 2008, p. 251).

De estos postulados, es válido indicar que necesariamente han de surgir al menos dos extremos de naturaleza probatoria, los que se corresponden a los intereses de los denominados extremos procesales, fenómeno al que simplemente se le denomina desde la perspectiva de la acción jurisdiccional, como la actividad probatoria, la cual brinda el insumo para la actividad intelectiva del juez, de hay que el tema de los medios de

prueba, de la pertinencia de estos con los planteamientos esgrimidos por los extremos procesales, sean fundamentales para entender que el accionar del juez en sus proveídos, el cual al menos en teoría deben ajustarse a derecho y se expresa por lo que se ha denominado como la garantía constitucional a la debida motivación de los actos. (Cruz Mahecha, 2023)

Regresando a Taruffo, quien indica que la concepción Carnelittiana presente en las tres ediciones de la prueba civil y Derecho (Taruffo, 2016) ha demarcado que el accionante, es quien presenta los hechos y concomitantemente los medios de prueba relativos a los mismo, gesta el hecho constitutivo de la demanda, es el testigo directo que acude a sus conocimientos o al respaldo que le brinda, el de expertos, a fin de lograr que el juez afirme en la sentencia si dicho hecho y su fuerza probatoria es contundente como para trasformar la realidad, con los mandatos que de su acto se generan.

Otro aspecto que es viable esgrimir a partir de los criterios anteriores, es el relacionado con la amplia posibilidad argumentativa que tiene quien ha de obrar como accionante, es decir el gestor inicial de un proceso judicial, quien por este simple hecho de manera libre presenta argumentos, posiciones jurídicas y pruebas con las que pretende resaltar la pertinencia fáctica de su posición, estableciendo así la materia prima para que tanto su contraparte, así como el juez den inicio a sus construcciones argumentativas, que necesariamente han de inspirar la resolución que se le brinda al litigio presentado. Este procedimiento demanda la existencia de medios de prueba que contengan criterios científicos aplicables a la materia que permitan al juez y a las partes asumir las resueltas del proceso jurisdiccional. (Cruz Mahecha 2020)

Los mentados criterios argumentativos deben contar con los postulados probatorios necesarios para que de ellos se pueda predicar algún grado de factibilidad y pertinencia, así responden a la regla fijada por Taruffo, en su obra, quien esgrimió que estos criterios de parte forzosamente han de tener naturaleza jurídica o lingüística, semántica, técnica o cultural. Así es, que el enunciado descrito se refiere o plantea sobre la base del nexo causal, refiriéndose a la categoría de la causa (Taruffo,

2008) en definitiva, para Taruffo; "(…) *se puede pensar en la causalidad como modelo mental del que nos servimos para interpretar los datos de la experiencia* (…)"[4]

En resumidas cuentas, al acatarse la propuesta de Taruffo, en cuanto a la aplicación que se le debe brindar a la prueba de experto o prueba pericial, se lograría responder el interrogante, ¿Cómo y para qué considerar el conocimiento de un experto?, por cuanto la labor del juez no es una simple corroboración, por cuanto se debe tener en consideración que como lo advierte (Taruffo, 2008) que para el caso del testimonio,"(…) *la causalidad podría no ser más que un fenómeno psicológico" y en definitiva para la prueba pericial "la causalidad podría no ser más que un fenómeno científico" y deberá valorarse como tal.*(…)" (p. 253)

Es conocido por la generalidad de la comunidad jurídica, que existe un estándar en materia probatoria denominado como "*la probabilidad prevalente*", por la cual se entiende que existe un prevalente significante y funcional que se infiere de las premisas racionales que se presentan en un proceso jurisdiccional, las cuales a su vez ayudan a la construcción de la decisión judicial.

Pero esta visión casi que operativa no se gesta por criterios personalísimos de convicción, contrario a ello, esta probabilidad prevalente, se esgrime del contenido material y especifico de los medios de prueba que se pretendan utilizar, por ello el dictamen pericial, es el medio que mejor recoge este principio, toda vez por su naturaleza científica y técnica, su interpretación y utilización debe sujetarse a su contenido material y cualquier actuación en contrario, se deslegitima por si sola desde la perspectiva fáctica y claro esta jurídica. (Cruz Mahecha, 2020)

Nuestra reflexión no puede escapar al análisis a cerca de la obligación, que es predicable de todo medio de prueba, contentiva en que estos deben profesar su validez y pertinencia, más allá de cualquier duda razonable.

4 En esencia, siguiendo a Hume —para quien, como se sabe, el nexo causal no es otra cosa que el resultado de la costumbre psicológica de ver una conexión regular entre eventos—, la causalidad podría no ser más que un fenómeno psicológico; al respecto cfr. Jonson y Laird, 1999: 67 ss.

Para la construcción de este análisis habrá que partir del punto relativo a que los dictámenes periciales, exigen la calificación profesional, técnica y/o científica de su emisor y su contenido puntual es una expresión profesional que escapa a criterios subjetivos y posiciones personales del autor.

Por ello la máxima relativa a que la prueba, debe ir más allá de toda duda razonable en materia de dictamen pericial, se sujeta al contenido de la manifestación científica, profesionales y/ o técnicas, y en caso de dudas serán las que estos medios establezcan, frente a lo cual, al juez solo le asiste un camino, el aceptar formalmente que el dictamen no puede fungir como medio de prueba en razón al grado de duda e incertidumbre que del mismo puede profesarse, esto hace que el dictamen pericial, sea el único medio de prueba que una vez presente algún tipo de duda, debe ser desestimado sin ninguna referencia adicional para ello, por cuanto no sirve como medio para realizar un criterio argumentativo valido y pertinente. (Cruz Mahecha, 2020)

Ahora bien, también se considera pertinente hacer una referencia a los criterios relativos los estándares de prueba, los cuales también se han de aplicar a los dictámenes periciales, como prueba científica, en el desarrollo de un proceso judicial, en la obra de Carmen Vásquez, se presenta reflexiones acerca de los estándares de prueba relativos a medios de prueba científico, obra en la que se indicó;

> (…) Estándares de prueba El análisis, e incluso la conciencia de la necesidad, de los estándares de prueba, desafortunadamente, es muy poco común en los sistemas de tradición romano-germánica. Pareciera que bajo el llamado sistema de la libre valoración de la prueba todo lo que importa es si, habiendo oído todos los elementos de juicio admitidos y practicados, la mera creencia de los juzgadores de los hechos es firme y sólida. (…) (Vásquez Carmen, 2013).

De esta posición la autora en comento se pregunta; "(…) ¿*en qué situación queda el ciudadano que está siendo parte de un proceso si, aunque se le asegure un derecho al debido proceso (in itinere) y a la prueba, finalmente termina siendo condenado o declarado responsable cuando el juzgador considera a bien que está persuadido, firmemente convencido, etc*.? (…)".

Tanto el argumento de contexto, como el interrogante que planteo la autora en referencia demarca la importancia que tiene los estándares de prueba en materia jurisdiccional, más cuando estos estándares, se relacionan con medios probatorios concretos como lo es la prueba científica, en la cual una de sus expresiones más contundentes es el dictamen pericial.

Señala Carmen Vásquez, que es necesario e indispensable, demarcar que existe la necesidad de sentar la línea rectora que mide el grado de pertinencia para dar por probado un aspecto al interior de un proceso de naturaleza jurisdiccional, utilizando criterios científicos propios y autónomos, en los que hacen uso de los métodos propios de estos procedimientos estandarizados, que por tal naturaleza no puede ser refutados por las partes, sino fundados en los medios y contenidos que estos elementos de prueba se entienden pertinentes desde el espectro técnico y científico[5].

5 "(…) A efectos de situar mejor la discusión sobre los estándares de prueba es necesario resaltar dos cuestiones. Primera, no se trata de una especie de regreso a las reglas de prueba tasada, pues los estándares de prueba suelen plantearse principalmente en la valoración del conjunto de pruebas a efectos de la toma de la decisión final; no afectan a elementos de prueba concretos estableciendo su valor a priori, como sí lo hacen las reglas de prueba tasada y sustituyendo en gran medida la actividad evaluativa o los criterios del juzgador (actuando, en este sentido, como una especie de presunción iuris et de iure) 8 . Segunda, el estándar de prueba presupone una decisión de política pública sobre el beneficio de la duda que se pretende dar a cada una de las partes implicadas y, con ello, la distribución de errores entre las mismas que se busca conseguir en un proceso judicial. En este sentido, a la epistemología sólo le corresponde la construcción del estándar de prueba, mas no determinar el grado mínimo indispensable, i. e., epistemológicamente se podría decir el cómo pero no el cuánto. (…)", Vásquez Carmen, 2013, pág. 16

## 5 CONCLUSIÓN

Más que edificar una conclusión a la presente reflexión, destinaremos unos reglones a demarcar la trascendencia de la temática tratada y la importancia que este tiene para la materialización del derecho y en especial de los criterios propios de la justicia material efectiva, por la que abogan los ordenamientos constitucionales a tiempo presente en gran parte del globo y por lo cuales en ideario colectivo se ha comprendido a la justicia material efectiva como uno de los principales derechos fundamentales.

Para nadie es un secreto que la labor judicial, implica necesariamente la existencia de materiales probatorios que den pertinencia los proveídos de los jueces, las posiciones de las partes de un proceso judicial, es de contera necesario resaltar que el instructor jurisdiccional, solo podrá crear argumentos, planteamientos y razones jurídicas, que se han de contener en las sentencias, únicamente a partir de criterios jurídicos debidamente fundados y asentados en medios que configuren la pertinencia de cada uno de estos razonamientos y no permitan que los de los otros sujetos procesales, tengan algún criterio de pertinencia fáctica y jurídica, ello en cuanto al objeto del asunto de relevancia jurídica tratado.

Por ello es, que la temática de la prueba científica toma tanto valor, por cuanto es de este único medio probatoria del cual la acción de negar su pertinencia requiere el uso de criterios técnicos tan contundentes, como los que el mismo medio contiene y establece.

Cuando se hace uso de conocimientos técnicos, científicos aplicados a los postulados propios de un proceso jurisdiccional, relacionados con la posición jurídica de cada uno de los sujetos intervinientes en este tipo de actuaciones, es necesario controvertir su pertinencia desde aspectos meramente técnicos, en los cuales la subjetividad del interprete se circunscribe a los argumentos propios que del medio se pueden establecer y su relación con el problema jurídico a tratar no puede desconocer la realidad fáctica del caso tratado.

Por ello, el dictamen pericial, o el pronunciamiento de expertos técnicos y científicos, debe valorarse como un medio cuyo contenido debe valorarse y entenderse dentro de los discernimientos propios de la ciencia aplicada, por lo cual los criterios de la sana critica, deben ajustarse a estos postulados, por cuanto los mismo no puede ser objeto de valoraciones subjetivas que distorsionen el objeto del medio de prueba, (dictamen pericial)

## REFERENCIAS

Bejarano, R. Código General Del Proceso y Código de Procedimiento Civil (Revisado). U. Externado de Colombia, 2012.

Briones, Guillermo. Epistemología de las ciencias sociales. Icfes, 1996.

Cabanella De Torres Guillermo, Diccionario de Ciencias Jurídicas, editorial Helista, Buenos Aires, 2011.

Colombia., Parra Quijano, Jairo., & Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Ley 1564 de 2012 (julio 12) con Decreto 1736 de 2012: "por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones". Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2012.

Courtis, C. A., Manuel, prol., Atienza, Manuel., Courtis, Christian., & Digitalia, Inc. Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Editorial Trotta, S.A, 2010.

Cruz Mahecha Diego Enrique. Dignidad humana aplicada, editorial nueva jurídica, Bogotá 2023.

Cruz Mahecha Diego Enrique. La argumentación y la interpretación en el derecho, publicado en criterios del constitucionalismo actual en América Latina, editorial Nueva Jurídica, Bogotá, 2022.

Díaz-Vázquez, R. F., & Valencia-Jiménez, W. G. Una introducción a las investigaciones empíricas en Derecho: Estudio de caso. Verba luris, 44, 119–137, 2020.

Dworkin, R. M. Los derechos en serio. Planeta, 2012.

García, J. E. Criterios del constitucionalismo actual en América Latina (Universidad Mariana-USAC-Nueva Jurídica). Nueva Jurídica, 2022.

Guastini, R. Dalle fonti alle norme. G. Giappichelli, 1990.

Habermas, Jürgen., & Husserl, Edmund. Conocimiento e interés. Universitat de Valéncia, 1997.

Hart, H. L. A. Essays in jurisprudence and philosophy. OUP Oxford, 1983.

Hart, H. L. A., & Dworkin, R. La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin. Siglo del Hombre Editores, 1997.

Jurado Rojas, Yolanda. Técnicas de investigación documental: APA, MLA y ML: manual para la elaboración de tesis, monografías, ensayos e informes académicos. International Thomson, 2005.

López Medina, D. Eduardo. El Derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y lneas jurisprudenciales y teora del derecho judicial. Legis, 2006.

Mendonca, Daniel. Las claves del derecho. Gedisa, 2008.

MÉTODO DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2017, febrero 11). Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Disponible en: https://icrp.uexternado.edu.co/metodo-de-analisis-de-sentencias-de-la-corte-constitucional-colombiana/

Nietzsche, F., & Castrillo Mirat, Dolores. La voluntad de poder: Prólogo de Dolores Castrillo Mirat. EDAF, 2001.

Palacios-Valencia, Y., & Valencia-Jiménez, W. Estructura básica para una interpretación del derecho en la cultura jurídica colombiana. En Criterios del constitucionalismo actual en América Latina (Ediciones nueva jurídica, pp. 157–179). Nueva Jurídica, 2022. Disponible en: https://shre.ink/b5Q8

Romeu, P. C., & Moreso, J. J. El ámbito de lo jurídico: Lecturas de Pensamiento Jurídico Contemporáneo, 2018.

Taruffo, M. La prueba. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

Taruffo, M. Carnelutti y la teoría de la prueba. Justicia: revista de derecho procesal, 1, 19–32, 2016.

Taruffo, M., & Calle, M. A. Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons Madrid, 2009.

Vázquez-Rojas, C. Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. Anuario de psicología jurídica, v. 24, n. 1, p. 65–73, 2014.

Vásquez Carmen. Estándares de prueba y prueba científica, editorial marcial Pons, Madrid 2013.

# PROCESOS COLECTIVOS A LA LUZ DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES EN MÉXICO

Hugo Carlos Carrasco Soulé López[1]

## 1 INTRODUCCIÓN

Las acciones colectivas representan un avance significativo en la búsqueda de justicia y protección de derechos en México, permitiendo que grupos de personas afectadas por un problema común puedan unirse para demandar la reparación o prevención de daños. Estos mecanismos procesales, que se consolidan como una herramienta fundamental en el sistema judicial, surgen en respuesta a problemáticas que exceden el interés individual y afectan a un colectivo. Situaciones de contaminación ambiental, violaciones a derechos de consumidores o prácticas empresariales abusivas encuentran en las acciones colectivas una vía eficaz para alcanzar justicia y fomentar el respeto a los derechos colectivos.

El artículo 855 del *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCyF)* dispone que la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, debe ser ejercida ante los órganos jurisdiccionales competentes

1 Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, institución de la cual es catedrático en las divisiones de estudios profesionales y de estudios de posgrado; candidato a miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Contacto hcarrascos@derecho.unam.mx;

en el ámbito Federal, y sólo pueden promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Al respecto, la primera sala de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)* ha determinado que, para establecer la procedencia de las acciones colectivas vinculadas a las relaciones de consumo de servicios públicos, se debe considerar a aquellas de contenido económico y de naturaleza comercial o financiera, que se establecen entre las personas como proveedor y consumidor en un contexto de mercado y en un plano de coordinación[21], tal y como se advierte de la lectura de la siguiente jurisprudencia:

> ACCIONES COLECTIVAS. LAS RELACIONES DE CONSUMO DE SERVICIOS PÚBLICOS A QUE SE REFIERE … PARA SU PROCEDENCIA, SON AQUELLAS DE NATURALEZA COMERCIAL O FINANCIERA QUE SE ESTABLECEN ENTRE PROVEEDOR Y CONSUMIDOR EN LA DINÁMICA DE UN DETERMINADO MERCADO DE LA ECONOMÍA. Hechos: Una colectividad de al menos treinta personas, representadas por quien eligieron como su representante común, promovió acción colectiva en sentido estricto, con la finalidad de reclamar del titular de la Secretaría de Educación Pública Federal y del titular de la Secretaría de Educación Pública y Cultura del Estado de Sinaloa, el daño causado por el deficiente servicio público de educación, ante la falta de suministro de materiales necesarios para que se lleven a cabo adecuadamente las clases en un telebachillerato. El Juez de Distrito que radicó la demanda la desechó de plano como notoriamente improcedente, por estimar que la pretensión se refería al reclamo del servicio público de educación obligatoria y gratuita en términos del artículo 3o. constitucional y que no se trataba de una relación de consumo, por lo que no se ubicaba en ese supuesto … para dar curso a la acción colectiva. En apelación se confirmó dicha decisión en los mismos términos. En el juicio de amparo directo promovido por la colectividad, el Tribunal Colegiado de

2 Registro digital: 2025554. Instancia: Primera Sala. Undécima Época. Materias(s): Constitucional, Civil Tesis: 1a./J. 139/2022 (11a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, Diciembre de 2022, Tomo I, página 456. Tipo: Jurisprudencia.

Circuito negó el amparo, considerando que esa norma se refiere a relaciones de consumo de naturaleza comercial o financiera, y el servicio educativo que reclamaba la colectividad no era de ese tipo; asimismo, se estimó que el aludido precepto no era inconstitucional por el hecho de prever las acciones colectivas únicamente respecto de relaciones de consumo y medio ambiente. En el amparo directo en revisión subsiste la impugnación del precepto.

Justificación: El artículo … del Código … prevé la procedencia de las acciones colectivas en forma exclusiva para las materias de: i) relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados; y, ii) medio ambiente. La limitación de la procedencia a dichas materias es palmaria con el empleo por parte del legislador federal de la frase: "y sólo podrán promoverse". La materia concerniente a "relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados" puede desdoblarse en i) relaciones de consumo de bienes; y, ii) relaciones de consumo de servicios; y en este último caso, es dable distinguir entre las relaciones de consumo de servicios privados y las relaciones de consumo de servicios públicos. Ahora bien, el correcto entendimiento del concepto "relaciones de consumo", a juicio de la Primera Sala, es admitirlo referido a relaciones de contenido económico, de naturaleza comercial o financiera o vinculada con éstas, establecidas entre partes en un plano de coordinación y producidas en la dinámica de los mercados de la economía mediante un intercambio económico (concreto o potencial). Es decir, sí entrañan un vínculo con consecuencias jurídicas entre un agente económico como proveedor o prestador del servicio y un consumidor o usuario final del mismo basado en la existencia de contraprestaciones entre las partes, como generador de derechos y obligaciones y, en su caso, también comprenden los actos previos a la adquisición de bienes o a la contratación de servicios, que potencialmente pudieren llegar a trascender o incidir en la concretización de actos jurídicos de consumo. Tal interpretación se sustenta en que, de inicio, la reforma constitucional por la cual se introdujeron las acciones colectivas en el artículo 17 constitucional, dejó al legislador federal la libertad de configuración para establecer las materias en las cuales serían procedentes dichas acciones; y el Congreso de la Unión, al regularlas en el Código

…, acorde con el proceso legislativo correspondiente, evidenció expresamente la intención de que fueran procedentes en materia de: i) protección de los derechos de los consumidores regulados en la Ley Federal de Protección al Consumidor; ii) protección de los derechos de usuarios de servicios financieros regulados en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros; iii) protección de los derechos e intereses de los consumidores en materia de competencia económica; y, iv) protección de los derechos e intereses de las personas en general, en materia de medio ambiente; por lo que incluso se introdujeron modificaciones a las leyes respectivas para armonizarlas con las acciones colectivas. Por otra parte, acorde con aportes doctrinarios, el consumo se refiere al vínculo jurídico entre la persona que oferta bienes o servicios en un determinado mercado de la economía (proveedor) y la persona que potencialmente puede adquirir o que efectivamente adquiere, para sí o su familia, esos bienes o servicios (consumidor), generándose lazos jurídicos entre ellos en una relación de contenido económico, de carácter eminentemente comercial o financiero; relación de mercado en la que se reconocen condiciones de asimetría que han motivado la regulación de los derechos de los consumidores en los sistemas jurídicos, en el caso de México, desde el artículo 28, párrafo tercero, constitucional, y en forma relevante en la legislación de protección al consumidor, de competencia económica, y en la reguladora de servicios financieros. Por tanto, aun cuando es factible que un órgano del Estado participe en un mercado de la economía como agente económico y adquiera el carácter de proveedor respecto de la comercialización de un bien o servicio público; en rigor, no hay una relación de consumo, en la acepción de la norma, cuando el Estado a través de sus instituciones presta directamente y en forma gratuita el servicio público de educación en cumplimiento a sus obligaciones constitucionales para la satisfacción de ese derecho humano, es decir, sin mediar una contraprestación o pago por el servicio, en una relación de supra a subordinación; por lo que un reclamo por deficiencias del mismo, no actualiza la procedencia de la acción colectiva.

Amparo directo en revisión 197/2022. Carolina Reyes Valenzuela y otros. 6 de julio de 2022. Cinco votos de las Ministras Norma

> Lucía Piña Hernández y Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández. Secretaria: Laura Patricia Román Silva.

A diferencia de los derechos individuales, los derechos colectivos trascienden la esfera personal y abarcan el bienestar de un grupo o comunidad, permitiendo que situaciones de impacto masivo tengan una respuesta en los tribunales.

El marco legal en México ha reconocido la importancia de las acciones colectivas mediante disposiciones como las establecidas en el *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*, el cual regula las distintas formas de acción colectiva: la acción difusa, la acción colectiva en sentido estricto y la acción individual homogénea. Cada una de estas categorías responde a la necesidad de proteger derechos específicos, ya sea de comunidades indeterminadas en situaciones de interés general o de grupos identificables que comparten una afectación común.

El proceso de las acciones colectivas en México está diseñado para garantizar que los afectados puedan acceder a la justicia de manera equitativa y eficiente. La legitimación activa, la cual permite que un representante actúe en nombre de los afectados, es un componente clave de estas acciones, asegurando que los juicios sean representativos y que las resoluciones beneficien a toda la colectividad. La regulación establece que las instituciones gubernamentales como PROFECO y PROFEPA, así como asociaciones civiles debidamente registradas, pueden asumir esta representación, promoviendo la defensa de los derechos colectivos y brindando voz a aquellos que podrían no tener los recursos para acceder a la justicia de manera individual.

En este contexto, las acciones colectivas se convierten en una herramienta esencial para promover el acceso a la justicia y la equidad, asegurando que aquellos que han sido perjudicados por la misma situación puedan reclamar sus derechos de forma conjunta. Este mecanismo no solo busca reparar los daños sufridos, sino también establecer

precedentes legales y medidas preventivas para evitar que situaciones similares se repitan en el futuro. Así, el sistema jurídico mexicano, a través de las acciones colectivas, da un paso hacia un modelo de justicia más inclusivo y socialmente responsable, en el que la protección de los derechos colectivos se integra como un pilar fundamental en la defensa de los intereses de los ciudadanos y el fortalecimiento del Estado de Derecho.

## 2 ASPECTOS GENERALES

Las **acciones colectivas** son mecanismos procesales que permiten a grandes grupos de individuos acceder a los tribunales para demandar la prevención o reparación de daños a sus derechos colectivos. Según David Gibran Luna Chi (2024), estos procedimientos facilitan la representación adecuada de estos grupos en el ámbito judicial. Raquel Noyola Zarco (2008) complementa esta idea al afirmar que las acciones colectivas son promovidas por un representante, lo que implica una legitimación colectiva para proteger derechos que pertenecen a un grupo de personas, garantizando que las sentencias sean aplicables a todos los afectados como un conjunto.

Simplificando, las acciones colectivas son interpuestas por un conjunto de personas que comparten una causa común que les ha causado perjuicios, derivados de violaciones a los derechos colectivos. Estos derechos son considerados como derechos humanos de **tercera generación**, que buscan proteger no solo la relación entre individuos, sino también su conexión con el medio ambiente, el comercio, la educación y otros aspectos relevantes en un mundo en constante cambio tecnológico y social.

Los derechos colectivos trascienden el ámbito individual, abarcando el bienestar de la especie humana en su conjunto, como indica Miguel Ángel Contreras Nieto[32]. Estos derechos se dividen en **intereses**

3 [2] Los derechos humanos de primera y segunda generación de acuerdo con Luis López Guerra se distinguen: la primera generación correspondiente al constitucionalismo liberal (siglos XVIII y XIX), en que el acento se pone, en los textos constitucionales,

**colectivos**, que se refieren a grupos específicos de personas con un vínculo jurídico, e **intereses difusos,** que son comunes a una comunidad sin una relación jurídica específica (Contreras Nieto, 2002).

Bajo la percepción de que las **acciones colectivas** son un instrumento fundamental para que los ciudadanos ejerzan su derecho a la justicia, estas permiten demandar la protección de los derechos colectivos ante el Estado. Este mecanismo fortalece la capacidad de defensa y promoción de intereses comunes, enfatizando que el Estado tiene la responsabilidad de tutelar estos derechos. Así, las acciones colectivas se convierten en el medio para asegurar su cumplimiento y protección.

En este contexto, el **artículo 855** del *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* establece que las acciones colectivas pueden ejercerse ante los órganos jurisdiccionales competentes en el ámbito federal. Estas acciones están limitadas a las relaciones de consumo de bienes o servicios, ya sean públicos o privados, así como a la protección del medio ambiente. Este enfoque garantiza que los ciudadanos puedan actuar colectivamente en defensa de sus intereses, especialmente en áreas donde pueden verse afectados de manera similar.

En este sentido, el **artículo 856 del ordenamiento antes citado** amplía el alcance de estas acciones al señalar que son procedentes para proteger los derechos de una colectividad, ya sea determinada o indeterminada. Además, estas acciones también se aplican al ejercicio de derechos individuales que estén relacionados con un grupo de personas. Esto significa que, en situaciones donde un grupo sufre daños, las acciones colectivas pueden ser interpuestas no solo para defender derechos

---

en derechos de clara dimensión individual: protección del individuo frente a amenazas externas de los poderes del Estado (derechos de libertad) y participación en la vida pública (derechos políticos). La segunda generación (constitucionalismo social, a partir de la I Guerra Mundial), de constituciones en que a los derechos anteriores se añaden otros que tienen en cuenta las relaciones de los individuos con su entorno social (relaciones laborales, económicas, etc.) y que suponen garantías de bienestar o prestaciones materiales (educación, salud). Citado por Luna Chi, David Gibran, en: Horizonte de las acciones colectivas en México. Disponible en: http://www.scribd.com/doc/15726760/Horizonte-de-las-acciones-colectivas-en-Mexico.

colectivos, sino también para abordar problemas que afectan a individuos en el contexto de una comunidad.

Con esto, es importante señalar que las acciones colectivas pueden interponerse contra personas físicas o morales que hayan ocasionado daños a la colectividad, sin que sea necesario que exista un vínculo jurídico entre los miembros del grupo y el demandado. Esto facilita que las víctimas puedan buscar justicia y reparación de daños, aun cuando no tengan una relación contractual directa con el responsable de los perjuicios, promoviendo así un sistema más justo y accesible para la defensa de derechos colectivos.

## Tipos de acciones colectivas

El artículo 857 del *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*[43] proporciona una clasificación de las acciones colectivas en tres categorías principales: acción difusa, acción colectiva en sentido estricto y acción individual homogénea. Cada una de estas categorías tiene características específicas y objetivos distintos, lo que permite abordar diversas situaciones en las que se ven afectados los derechos colectivos e individuales.

a) **Acción Difusa.** La acción difusa es indivisible y se utiliza para proteger los derechos e intereses de una colectividad indeterminada. Esto significa que no se puede identificar a todos los miembros de la colectividad de manera precisa, lo que es común en situaciones donde un daño afecta a un grupo amplio, como en casos de contaminación ambiental o prácticas empresariales desleales que impactan a consumidores en general.

El objetivo de esta acción es reclamar judicialmente la reparación de los daños sufridos por la colectividad. Esto puede incluir la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la afectación o, en su defecto, el cumplimiento sustituto. Un aspecto notable de la acción difusa es que no requiere la existencia de un vínculo jurídico entre la

4 Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf (Consultado el 20 de octubre de 2024)

colectividad y la parte demandada, lo que facilita el acceso a la justicia para grupos amplios que podrían no tener una relación contractual directa con el causante del daño. Este tipo de acción es esencial para proteger intereses que son fundamentales para el bienestar de la sociedad en su conjunto.

b) **Acción Colectiva en Sentido Estricto.** La acción colectiva en sentido estricto también es indivisible, pero se centra en la protección de los derechos e intereses de una colectividad determinada o determinable. Esta acción es apropiada cuando se pueden identificar a los miembros de la colectividad y cuando estos comparten circunstancias comunes que los han afectado.

El objetivo principal de esta acción es obtener la reparación del daño, que puede incluir no solo la restitución de bienes o la compensación económica, sino también la realización de acciones o abstenciones específicas por parte del demandado. En este caso, existe un vínculo jurídico común entre la colectividad y el demandado, lo que refuerza la legitimidad de la demanda y permite a los miembros afectados reclamar sus derechos de manera coordinada.

c) **Acción Individual Homogénea.** Por último, la acción individual homogénea es de naturaleza divisible y se utiliza para proteger derechos individuales que tienen incidencia en la colectividad. A través de esta acción, se agrupa a individuos que comparten circunstancias comunes, lo que permite reclamar el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión.

Este tipo de acción es especialmente útil en situaciones donde los derechos de varios individuos están comprometidos, pero donde cada uno tiene un reclamo individual que puede ser abordado dentro de un contexto colectivo. La acción individual homogénea asegura que los derechos de cada miembro del grupo sean defendidos, promoviendo un enfoque que reconoce tanto la individualidad de cada reclamante como su relación con el grupo más amplio.

De lo anterior, es posible establecer que la clasificación de las acciones colectivas bajo estas tres categorías permite una mayor flexibilidad y eficacia en la defensa de los derechos de los ciudadanos. Cada tipo de acción responde a diferentes necesidades y situaciones, lo que proporciona un marco legal que favorece la protección de los intereses colectivos e individuales en el sistema judicial. Así, el *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* establece mecanismos que empoderan a los ciudadanos para que puedan actuar en conjunto y demandar justicia en situaciones que les afectan como colectividad.

## 2.2 Alcance y protección

El **artículo 858** del *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* (Camargo Nassar, 2024) establece que las acciones colectivas son un mecanismo legal diseñado para proteger tanto los **derechos difusos** como los **intereses colectivos**. Los derechos difusos son aquellos que pertenecen a una colectividad indeterminada, mientras que los intereses colectivos son de naturaleza **indivisible** y están ligados a un grupo determinado o determinable de personas. Esta distinción es fundamental, ya que permite que diversas agrupaciones, como asociaciones civiles, comunidades o grupos afectados por una misma problemática, puedan hacer valer sus derechos de manera conjunta, promoviendo una mayor eficacia en la defensa de sus intereses.

La posibilidad de que diferentes agrupaciones reclamen sus derechos colectivamente se convierte en una herramienta poderosa para enfrentar situaciones que afectan a un gran número de personas. Por ejemplo, en casos de contaminación ambiental o fraudes masivos, donde los afectados pueden no tener los recursos o el acceso individual a la justicia, las acciones colectivas se erigen como un medio para que sus voces sean escuchadas y sus derechos protegidos (Camargo Nassar, 2024).

Por su parte el **artículo 859** (Camargo Nassar, 2024) amplía el alcance de las acciones colectivas al señalar que su objeto puede ser **declarativo,**

**constitutivo** o **de condena**. Esto significa que a través de estas acciones no solo se busca la declaración de derechos o la constitución de situaciones jurídicas, sino también la condena a la reparación integral del daño sufrido por la colectividad. Este enfoque implica que las medidas adoptadas en favor de la colectividad deben ir más allá del simple resarcimiento.

Lo que nos lleva a suponer que, en lugar de limitarse a indemnizar a los afectados por un daño, las acciones colectivas pueden incluir la implementación de medidas preventivas para evitar que dichos daños se repitan en el futuro. Esto es especialmente relevante en contextos donde las violaciones a los derechos colectivos pueden ser sistemáticas, como en casos de discriminación, violaciones de derechos humanos o daño ambiental. De esta manera, se busca no solo restaurar la situación anterior a la afectación, sino también establecer mecanismos que garanticen la protección continua de los derechos de la colectividad.

## 2.3 Interpretación judicial y prescripción

De acuerdo con el artículo 860 del *CNPCF*, la autoridad judicial tiene la responsabilidad de interpretar tanto las normas como los hechos de una manera que se alinee con los principios y objetivos que sustentan las acciones colectivas. Esta interpretación es crucial, ya que no solo debe considerar los intereses individuales de las partes involucradas, sino también el interés general y los derechos de la colectividad. La labor del juez implica un enfoque integral que busca la justicia social y el bienestar colectivo, promoviendo la equidad y protegiendo a aquellos grupos que, debido a su situación vulnerable, podrían ser objeto de abusos o sufrir daños.

Esta responsabilidad judicial implica que los jueces deben ser conscientes del contexto social en el que se encuentran, entendiendo cómo las decisiones pueden afectar a grupos enteros y no solo a individuos. Es decir, en casos de contaminación ambiental, donde los derechos de una comunidad pueden estar en juego, es fundamental que el juez evalúe no solo los daños a un individuo específico, sino el impacto que tiene dicha contaminación en la salud y bienestar de toda la comunidad afectada.

Ahora bien, el artículo 861 del CNPCyF establece un marco temporal para las acciones colectivas, indicando que estas prescriben a los cinco años a partir del momento en que se produce el daño. En situaciones donde el daño es continuo, el plazo de prescripción comenzará a contar desde el último momento en que se generó dicho daño. Este artículo también contempla que el plazo de prescripción se interrumpe en el momento de la presentación de la demanda. En caso de que la demanda sea desestimada, los derechos individuales de los afectados quedan salvaguardados, permitiendo que estos puedan ejercer sus derechos a través de otras vías legales, lo que garantiza que no se vean privados de la posibilidad de buscar justicia.

Además, se establece que en situaciones que involucren prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, la prescripción se suspende desde el inicio de la investigación por parte de la *Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) o el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)*. Esta suspensión es crucial, ya que protege los derechos de la colectividad afectada mientras se lleva a cabo la investigación sobre prácticas que podrían perjudicar su bienestar y derechos económicos. Esto refuerza la idea de que el sistema judicial y los órganos reguladores trabajan en conjunto para asegurar la protección efectiva de los derechos de la colectividad.

## 3 LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

De acuerdo con Eduardo J. Couture (1958) la legitimación activa se refiere a "la facultad que tiene una persona para actuar en un proceso judicial, en calidad de actor, por ser titular del derecho o interés que se pretende proteger o reclamar." Como podemos observar este autor establece que la legitimación activa es una facultad esencial para el acceso a la justicia, ya que permite a la persona, titular de un derecho o interés legítimo, iniciar un proceso judicial.

Bajo esta idea, para Alcalá-Zamora (1970), la legitimación activa es "la condición que tiene una persona para ser parte en el proceso como

demandante, por ser el titular del derecho sustancial que se discute o por estar facultada para actuar en nombre de otros titulares." Como podemos observar Alcalá-Zamora amplía el concepto de legitimación activa al incluir no solo a los titulares directos del derecho, sino también a aquellos que pueden actuar en nombre de otros titulares, como representantes legales o apoderados. Su definición introduce la idea de una representación legítima, lo que es crucial para los casos en que el titular no puede actuar directamente (por ejemplo, menores de edad o personas jurídicas).

Ante estas percepciones podemos establecer que a legitimación activa es el reconocimiento legal que habilita a una persona o entidad para iniciar un proceso judicial en defensa de un derecho o interés específico, ya sea propio o colectivo. Implica la titularidad del derecho que se pretende reclamar, así como la aptitud para ejercer dicha reclamación ante la autoridad judicial. En este sentido, la legitimación activa se presenta como una garantía del acceso efectivo a la justicia, permitiendo que tanto individuos como colectivos puedan defender sus derechos. En la práctica, es una condición que evita la litigación por personas ajenas a los derechos en cuestión, asegurando que el proceso judicial tenga relevancia y eficacia.

En concordancia con lo anterior encontramos que el artículo 862 del *CNPCF* establece quiénes tienen legitimación activa para ejercer acciones colectivas en México, y define a las acciones colectivas son mecanismos legales que permiten a un grupo de personas, con intereses comunes afectados, demandar de forma conjunta a una entidad o individuo, buscando la reparación de un daño o la defensa de derechos colectivos.

En este contexto, es posible establecer que entidades tienen legitimación activa:

1. **Instituciones gubernamentales**:
    - **Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO)**: En defensa de los derechos de los consumidores.
    - **Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA)**: Para casos relacionados con la protección ambiental.

- **Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF)**: En defensa de los derechos de usuarios de servicios financieros.
- **Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE)** e **Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT)**: En temas relacionados con competencia económica.

2. **Representantes de la colectividad**: La persona que ejerza la representación común debe formar parte del grupo afectado y contar con al menos 15 personas que conformen la colectividad conforme al CNPCyF.

   Al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la legitimación activa del representante común implica que éste represente no a cualquier colectividad, sino a una reconocida por el legislador como aquella que puede defender sus derechos en juicio; para ello, el legislador estableció expresamente en el artículo 585, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Civiles –que es sustituido por el CNPCyF—, que debe estar conformada por al menos treinta miembros –en el CNPCyF ha cambiado el número a 15 miembros—. Ahora bien, lo anterior puede sostenerse aun tratándose de acciones colectivas difusas, en las que el titular del derecho difuso es una colectividad indeterminada (al no existir una relación jurídica entre sus miembros). Así, no debe confundirse al titular del derecho con la colectividad que se ha organizado para defender dicho interés, pues el hecho de que en estos casos el titular del derecho sea indeterminado, no implica que sea imposible identificar si una persona tiene un interés difuso y que pudieran existir treinta personas con dicho interés. Esto es, una cosa es que el derecho le corresponda a la colectividad como tal y no a un grupo o una persona en particular, y otra, que no deba exigirse que un número determinado de personas promuevan dicha acción; aunado a lo anterior, debe recordarse que la protección privada de

los intereses difusos, a través de las acciones colectivas, requiere precisamente de una acción de grupo o concertada, es decir, que coincidan varios individuos[5].

3. **Asociaciones civiles**: Estas deben ser organizaciones sin fines de lucro, legalmente constituidas al menos un año antes de presentar la acción, y cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos relacionados con el caso.
4. **Fiscalía General de la República**: Tiene la facultad de representar en casos de interés colectivo cuando sea necesario.
5. **Instituto Federal de la Defensoría Pública**: Puede actuar en representación de la colectividad para defender intereses colectivos.

## 3.1 Representación adecuada

La norma procesal establece en su artículo 863 los requisitos para que la representación de la colectividad en un juicio sea considerada adecuada:

1. **Diligencia, pericia y buena fe**: El representante debe actuar con profesionalismo y responsabilidad.
2. **Evitar conflictos de interés**: No debe existir conflicto alguno entre el representante y las personas que representa.
3. **Evitar acciones frívolas o temerarias**: No se deben presentar demandas colectivas sin fundamento o que busquen objetivos especulativos.
4. **Prohibición de fines de lucro**: Las acciones colectivas no deben tener motivaciones financieras, electorales, de competencia desleal, o especulativas.

5 [4]Registro digital: 2006667, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CCXXIV/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 438, Tipo: Aislada, acciones colectivas difusas. para considerar que el representante común tiene legitimación activa para ejercerlas, es necesario que la colectividad esté conformada por al menos treinta miembros.

5. **Historial de conducta**: Se requiere que el representante no haya actuado con mala fe, impericia o negligencia en acciones colectivas previas.

La autoridad jurisdiccional debe garantizar que la representación sea adecuada durante todo el procedimiento. Si en algún momento se detecta que el representante no cumple con estos requisitos, se abrirá un incidente para su remoción y sustitución.

Por ello es posible establecer los requisitos establecidos en dicho numeral buscan asegurar la eficacia, integridad y legitimidad de las acciones colectivas. Al exigir que el representante actúe con diligencia, sin conflictos de interés, y con un historial de conducta adecuado, la norma protege los derechos de los grupos afectados y promueve el uso responsable de estos mecanismos judiciales. Esto refuerza la confianza en el sistema de justicia y garantiza que las acciones colectivas cumplan su propósito de defender intereses colectivos legítimos, evitando que se utilicen con fines especulativos o lucrativos. En suma, se trata de una regulación que busca equilibrar el acceso a la justicia con la protección contra posibles abusos, asegurando así una representación justa y adecuada para la colectividad.

## 3.2 Mecanismo de remoción y sustitución

El Código establece un procedimiento claro para la remoción del representante cuando este no cumpla con los requisitos. La autoridad federal podrá iniciar este proceso de oficio o a petición de cualquier miembro de la colectividad. En caso de que el representante sea removido y no haya interesados en asumir la representación, las instituciones señaladas en el artículo 862 asumirán el caso, según la materia del litigio.

La regulación de las acciones colectivas en México es un reflejo del compromiso del sistema jurídico con la defensa de los derechos de grupos de personas que, individualmente, podrían no tener la capacidad de llevar un proceso legal. La normativa busca asegurar que dicha defensa se lleve a cabo de manera profesional y sin intereses contrarios a la justicia.

# 4 EL PROCEDIMIENTO PARA PROMOVER UNA ACCIÓN COLECTIVA

El *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*, específicamente en sus artículos 864 a 879, establece un marco detallado para la presentación y tramitación de demandas en acciones colectivas. Estos artículos regulan aspectos fundamentales, desde los requisitos de la demanda hasta el procedimiento para la resolución de conflictos, con el objetivo de garantizar una administración de justicia eficiente y equitativa para grupos afectados por problemas comunes.

## 4.1 Requisitos de la demanda

El artículo 864 indica que la demanda debe incluir información precisa y completa para facilitar la identificación de las partes involucradas y la naturaleza de la acción promovida. Entre los aspectos destacados, se encuentra la necesidad de especificar los datos de contacto de las partes, la identificación de la colectividad afectada, el tipo de acción que se pretende, así como los fundamentos de derecho que sustenten la demanda. Esta precisión busca evitar ambigüedades y permitir a la autoridad jurisdiccional evaluar adecuadamente el caso desde su inicio[6].

## 4.2 Legitimación y procedencia

La normativa aborda los requisitos de legitimación para que una acción colectiva sea procedente, así como las causas de improcedencia. Para que una acción sea admitida, deben cumplirse criterios como la existencia de un daño común a al menos quince personas, la coincidencia entre el objeto de la acción y la afectación sufrida, y la no prescripción de la acción. Asimismo, se destaca la importancia de que la colectividad esté claramente determinada o sea determinable, evitando así acciones en las que no se pueda identificar adecuadamente a los afectados[7].

6 Artículo 864

7 Artículos 865 y 866

## 4.3 Admisión y desarrollo del procedimiento

Una vez presentada la demanda, la autoridad jurisdiccional evaluará si se cumplen todos los requisitos de procedencia y, en caso afirmativo, admitirá la acción (artículos 867 y 868). El procedimiento incluye una etapa de notificación a la colectividad afectada, que se realizará mediante medios eficientes, considerando las características de los involucrados. También se prevé la posibilidad de adhesión voluntaria a la acción durante el proceso o hasta dos años después de que se haya emitido una sentencia firme, brindando flexibilidad para que más personas se unan al reclamo colectivo si han sido afectadas por la misma causa.

La normativa establece procedimientos claros para el ofrecimiento y admisión de pruebas, permitiendo incluso el uso de medios probatorios avanzados como estudios estadísticos y actuariales. Esto es crucial en acciones colectivas, ya que facilita la gestión de pruebas que de otra forma podrían ser complejas de individualizar para cada miembro de la colectividad[8].

## 4.4 Conciliación y resolución

El código enfatiza la importancia de la conciliación y la posibilidad de alcanzar acuerdos previos a una sentencia definitiva, fomentando la resolución de conflictos a través de convenios judiciales. En el caso de que no se llegue a un acuerdo, el procedimiento entra en una fase de juicio, donde la autoridad jurisdiccional tiene un papel activo en la evaluación de pruebas y la emisión de una sentencia dentro de plazos establecidos. La normativa permite la ampliación de ciertos términos, otorgando flexibilidad para atender situaciones complejas[9].

8 Artículos 873 a 877

9 Artículos 872 a 875

## 4.5 Importancia de la regulación

La regulación contenida en estos artículos es fundamental para garantizar que las acciones colectivas sean un instrumento eficaz para proteger los derechos de los consumidores y usuarios que han sido afectados por conductas o prácticas que trascienden el interés individual. Al proporcionar directrices claras sobre la presentación de demandas, los requisitos de legitimación y las causales de improcedencia, el código contribuye a evitar el uso indebido de este tipo de acciones, asegurando que se promuevan solo en casos donde verdaderamente exista un interés colectivo que justifique la intervención judicial. Además, la posibilidad de utilizar tecnologías de la información y comunicación para notificaciones y adhesiones demuestra un esfuerzo por modernizar el proceso judicial, haciéndolo más accesible y eficiente para la sociedad actual.

Por ello, la normativa procesal para acciones colectivas contenida en el *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* representa un esfuerzo significativo para consolidar el acceso a la justicia en casos donde múltiples individuos comparten una misma afectación. Al establecer requisitos claros, procedimientos estructurados y opciones de conciliación, se busca lograr un equilibrio entre la protección de los derechos colectivos y la prevención de abusos, asegurando así que las acciones colectivas sean una herramienta poderosa y justa en el sistema judicial mexicano.

# 5 LA SENTENCIA EN EL PROCESO COLECTIVO

El Código Nacional establece un marco legal integral para la resolución de controversias civiles y familiares, abarcando aspectos clave como la emisión de sentencias, las acciones colectivas y difusas, así como las medidas precautorias y el cumplimiento de resoluciones judiciales. Su objetivo principal es garantizar que los conflictos se resuelvan de manera justa, equitativa y conforme a derecho.

## 5.1 Resolución de controversias

En cuanto ha este tema, el CNPCF establece que las sentencias emitidas deben resolver las controversias planteadas por las partes conforme a la normativa vigente, asegurando así que se aplique justicia de manera adecuada y en concordancia con las leyes civiles y familiares[10].

## 5.2 Acciones difusas y colectivas

En el ámbito de las acciones difusas, se permite a la autoridad jurisdiccional federal condenar a la parte demandada a la reparación del daño causado a la colectividad, lo que puede incluir la restitución de las cosas al estado previo a la afectación, siempre que sea posible, y la imposición de medidas preventivas para evitar la repetición de conductas perjudiciales, especialmente en temas relacionados con el medio ambiente y el consumo[11].

Por otro lado, se regula las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, en las que la autoridad jurisdiccional puede imponer reparaciones que consistan en la realización de acciones correctivas o indemnizaciones a los miembros del grupo afectado[12]. El procedimiento establecido permite que los daños sean liquidados de manera individual o masiva, proporcionando flexibilidad para atender los intereses de la colectividad.

## 5.3 Medidas precautorias y cumplimiento de sentencias

Para proteger los intereses colectivos, el artículo 887 otorga a la autoridad jurisdiccional la facultad de decretar medidas precautorias, como la cesación de actos perjudiciales, la retirada de productos del mercado o

10 Artículo 880

11 Artículo 881

12 Artículo 882

cualquier acción que considere pertinente para evitar un daño irreparable. Estas medidas deben tomarse con cuidado, tal como lo establece el artículo 888, para evitar causar más perjuicios de los que se pretenden prevenir.

El cumplimiento de las sentencias también está asegurado mediante diversos medios de apremio, que incluyen multas, el uso de la fuerza pública y, en casos extremos, órdenes de arresto. Estos mecanismos buscan garantizar que las resoluciones judiciales se cumplan de manera efectiva y oportuna[13].

## 5.4 Aspectos financieros y representación legal

Los artículos 894 a 896 abordan los aspectos financieros y la representación legal en acciones colectivas. Se establece un arancel máximo para los honorarios de los representantes legales, buscando que los costos asociados a estos procedimientos no impidan el acceso a la justicia para la colectividad. Además, se prevé la creación de un Fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal (Artículo 901), que tiene como propósito cubrir gastos y costos relacionados con las acciones colectivas, así como fomentar la investigación y la promoción de derechos colectivos.

## 5.5 Registro de asociaciones civiles

Para que las asociaciones civiles puedan actuar como representantes en acciones colectivas, deben registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal, cumpliendo con requisitos específicos como la presentación de estatutos sociales y la acreditación de actividades inherentes a su objeto social[14]. Este registro, según el Artículo 898, es público y asegura la transparencia, ética y responsabilidad en la representación de intereses colectivos.

13 Artículo 889

14 Artículo 897

Al respecto el máximo tribunal ha establecido que las asociaciones civiles, a que se refiere el …, deberán registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal, al ser la representación común de interés público. Por su parte, este último precepto establece que el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros tiene legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas. Ahora bien, la remisión …puede generar confusión o la percepción de una falta de congruencia, ya que la representación de la colectividad no recae sólo en dichas asociaciones, sino que sus miembros pueden elegir a una persona física o moral para que los represente en juicio. Así, atento a los principios y objetivos de los procedimientos colectivos y en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos en términos del indicado ordenamiento, se concluye que la obligación……en el sentido de registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal, sólo opera respecto de las asociaciones civiles …. y no sobre el representante común de la colectividad; pues, estimar lo contrario, es decir, que el registro opera respecto de dicho representante en sentido amplio y no de las asociaciones civiles, y trasladar el requisito relativo a contar con al menos treinta miembros a las personas morales constituidas como asociaciones civiles, atentaría contra el derecho de acceso a la justicia a través de las acciones colectivas, bloqueando la vía jurisdiccional a partir del establecimiento de candados a quienes el legislador otorgó legitimación activa.

## 6 EL FONDO DERIVADO DE LAS ACCIONES DIFUSAS

El Consejo de la Judicatura Federal debe administrar los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y para tal efecto debe crear un Fondo.

Los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones difusas deben ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como para el pago de los honorarios de las personas representantes de la parte actora cuando

exista un interés social que lo justifique y la autoridad jurisdiccional así lo determine, incluyendo pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos pueden ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos.

El Consejo de la Judicatura Federal debe divulgar anualmente el origen, uso y destino de los recursos del Fondo.

## 7 CONSIDERACIONES FINALES

Como ha quedado de manifiesto, la implementación de acciones colectivas representa un avance significativo hacia la promoción del acceso a la justicia y la protección de los derechos de grupos vulnerables. Este marco normativo permite que individuos con intereses comunes se unan para abordar problemáticas compartidas, facilitando no solo la presentación de demandas, sino también la obtención de reparaciones efectivas y equitativas. A través de una serie de disposiciones que regulan la reparación del daño, la imposición de medidas precautorias y el manejo transparente de la representación colectiva, el *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* busca garantizar una justicia más inclusiva y eficiente estableciendo:

- **Facilitación del acceso a la justicia para grupos vulnerables:** Las acciones colectivas permiten que individuos que enfrentan una misma problemática se agrupen para presentar una demanda conjunta, lo que reduce los costos asociados y facilita que personas de recursos limitados accedan a la justicia de manera más efectiva.
- **Reparación integral del daño:** La legislación no solo contempla compensaciones monetarias, sino también la **restitución de bienes al estado anterior a la afectación** y la implementación de **medidas preventivas.** Esto es particularmente relevante en ám-

bitos como el medio ambiente y el consumo, donde la reparación puede incluir acciones que beneficien a la comunidad y prevengan futuros daños.

- **Flexibilidad en la liquidación de daños**: El código permite que los daños se liquiden de forma individual o colectiva, brindando opciones para atender las distintas situaciones de los afectados. Asimismo, las reglas establecidas para promover incidentes de liquidación aseguran que cada persona pueda evidenciar y reclamar el daño sufrido de manera justa.
- **Medidas precautorias y mecanismos de apremio:** La normativa permite la adopción de **medidas precautorias** para prevenir daños irreparables durante el proceso judicial. Además, se regulan los **mecanismos de apremio** que garantizan el cumplimiento de las sentencias, asegurando que las resoluciones a favor de la colectividad sean respetadas y ejecutadas oportunamente.
- **Transparencia y ética en la representación colectiva:** El requisito de que **las asociaciones civiles** se registren ante el Consejo de la Judicatura Federal busca asegurar que los representantes actúen de manera ética y transparente. La regulación de los honorarios de los representantes y la disponibilidad pública de información sobre las asociaciones registradas fomentan la **confianza y responsabilidad** en la gestión de acciones colectivas.
- **Fomento de la equidad procesal:** Las disposiciones claras sobre gastos y costas garantizan que la carga económica no recaiga injustamente en las partes más desfavorecidas. La creación de un **Fondo para cubrir gastos** relacionados con procedimientos colectivos permite que estos se realicen sin que la falta de recursos se convierta en un obstáculo para la colectividad afectada.
- **Prevención y disuasión de conductas perjudiciales:** La posibilidad de que la autoridad imponga **medidas adicionales para evitar la repetición de conductas dañinas** actúa como un disuasivo frente a quienes cometen actos perjudiciales. Esto contribu-

ye a la prevención de futuros conflictos y refuerza la cultura del respeto a la ley.

Por ello es posible finalizar diciendo que las **acciones colectivas** establecidas en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares proporcionan un marco jurídico sólido para salvaguardar los derechos de grupos afectados por situaciones comunes. Al ofrecer mecanismos accesibles, flexibles y justos para la reparación del daño y el cumplimiento de las decisiones judiciales, se fomenta un sistema judicial más **equitativo, inclusivo y eficiente,** beneficiando tanto a las colectividades afectadas como a la sociedad en su conjunto.

## REFERENCIAS

Alcalá-Zamora y Castillo, N. **La legitimación en el proceso civil.** Madrid: Ediciones Jurídicas, 1970.

Camargo Nassar, Javir I. **Acciones Colectivas en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares,** México, Tirant lo Blanch, 2024.

Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPCF.pdf

Contreras Nieto, Miguel Ángel, 10 temas de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, s/a. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4813/14.pdf

Couture, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Depalma, 1958.

Luna Chi, David Gibran, en: Horizonte de las acciones colectivas en México. Disponible en: http://www.scribd.com/doc/15726760/Horizonte-de-las-acciones-colectivas-en-Mexico,

Noyola Zarco, Raquel, Perspectivas de las Acciones Colectivas, Revista del Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, LX Legislatura, a. 1, n. 5, dic. 2008. Documento disponible en: https://shre.ink/b5Qc

Registro digital: 2006667, Instancia: Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Civil, Tesis: 1a. CCXXIV/2014 (10a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 438, Tipo: Aislada, acciones colectivas difusas. para considerar que el representante común tiene legitimación activa para ejercerlas, es necesario que la colectividad esté conformada por al menos treinta miembros.

Registro digital: 2024900, Instancia: Primera Sala, Undécima Época, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 46/2022 (11a.), Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 15, Julio de 2022, Tomo II, página 2269, Tipo: Jurisprudencia, acciones colectivas individual homogénea o en estricto sentido. la asociación civil que las promueva debe precisar en la demanda el nombre de por lo menos treinta integrantes de la colectividad actora como requisito de legitimación para su admisión.

# ACERCA DE LA SOSTENIBILIDAD Y LA AGENDA 2030. ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR Y DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Jorge Isaac Torres Manrique[1]

## 1 INTRODUCCIÓN [2]

El lento crecimiento económico mundial, las desigualdades sociales y la degradación ambiental que son característicos de nuestra realidad actual presentan desafíos sin precedentes para la comunidad internacional. En efecto, estamos frente a un cambio de época: la opción de continuar con los mismos patrones de producción, energía y consumo ya no es viable, lo que hace necesario transformar el paradigma de desarrollo dominante en uno que nos lleve por la vía del desarrollo sostenible, inclusivo y con visión de largo plazo.

Este cambio de época es necesario en el caso de América Latina y el Caribe, que no es la región más pobre del mundo, pero sí la más desigual.

Frente a estos desafíos, los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, junto con un gran número de actores de la sociedad civil, el

1 Consultor jurídico. Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Doctorados en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú). Autor y director de más de ciento cuarenta libros y tratados en diversas ramas jurídicas, con enfoques de derechos fundamentales e interdisciplinariedad, publicados en 17 países. Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile y Panamá.

2 Desarrollado en base a: NACIONES UNIDAS. *La agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. En línea: Recuperado en fecha 4/10/2024 de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf, Santiago, 2018, pp. 7- 14.

mundo académico y el sector privado, entablaron un proceso de negociación abierto, democrático y participativo, que resultó en la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, en septiembre de 2015.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que incluye 17 Objetivos y 169 metas, presenta una visión ambiciosa del desarrollo sostenible e integra sus dimensiones económica, social y ambiental. Esta nueva Agenda es la expresión de los deseos, aspiraciones y prioridades de la comunidad internacional para los próximos 15 años.

Es un compromiso universal adquirido tanto por países desarrollados como en desarrollo, en el marco de una alianza mundial reforzada, que toma en cuenta los medios de implementación para realizar el cambio y la prevención de desastres por eventos naturales extremos, así como la mitigación y adaptación al cambio climático.

Durante ese período de sesiones también se aprobó la resolución 700 (XXXVI) por la que se creó el Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre el Desarrollo Sostenible como mecanismo regional para el seguimiento y examen de la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, incluidos los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas, así como sus medios de implementación, y la Agenda de Acción de Addis Abeba.

## 2 LAS PRIORIDADES DE LA CEPAL PARA APOYAR LA IMPLEMENTACIÓN Y EL SEGUIMIENTO DE LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

1. Fortalecer la arquitectura institucional regional.
2. Potenciar el análisis de los medios de implementación de la Agenda 2030 a nivel regional.
3. Apoyar la integración de los ODS en los planes nacionales de desarrollo y en los presupuestos.

4. Promover la integración de los procesos de medición necesarios para la producción de los indicadores de los ODS en las Estrategias Nacionales y Regionales de Desarrollo Estadístico, así como la consolidación de los sistemas estadísticos nacionales (SEN) y el rol rector de las oficinas nacionales de estadística (ONE).

## 3 QUINTAESENCIA DE LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece una visión transformadora hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental de los 193 Estados Miembros que la suscribieron y será la guía de referencia para el trabajo de la institución en pos de esta visión durante los próximos 15 años.

Esta nueva hoja de ruta presenta una oportunidad histórica para América Latina y el Caribe, ya que incluye temas altamente prioritarios para la región, como la erradicación de la pobreza extrema, la reducción de la desigualdad en todas sus dimensiones, un crecimiento económico inclusivo con trabajo decente para todos, ciudades sostenibles y cambio climático, entre otros.

La Agenda 2030 es una agenda civilizatoria, que pone la dignidad y la igualdad de las personas en el centro. Al ser ambiciosa y visionaria, requiere de la participación de todos los sectores de la sociedad y del Estado para su implementación.

Por lo tanto, se invita a los representantes de los Gobiernos, la sociedad civil, el ámbito académico y el sector privado a apropiarse de esta ambiciosa agenda, a debatirla y a utilizarla como una herramienta para la creación de sociedades inclusivas y justas, al servicio de las personas de hoy y de futuras generaciones.[3]

A propósito, más adelante haremos mención a los 17 objetivos cuando analizaremos los avances en los mismos.

3 NACIONES UNIDAS. *Ob. Cit.* p. 5.

# 4 ANÁLISIS DE LO AVANZADO DE LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE. OCHO AÑOS DESPUÉS Y A SIETE AÑOS DEL DÍA DE Y LA HORA HACHE

## 4.1. Informe de avance cuatrienal sobre el progreso y los desafíos regionales de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible en América Latina y El Caribe

Es difícil reconocer en la economía política internacional de 2019 la agenda de temas y negociaciones que preocupaba a la comunidad internacional en 2015. En los últimos cuatro años, las relaciones internacionales dieron un vuelco de tal magnitud que podría decirse que se vive en un mundo enteramente nuevo. Ha habido un cambio cualitativo en la dinámica de la economía política. Este cambio surge de desequilibrios que se han venido gestando durante mucho tiempo, como se señala en CEPAL (2016).

## 4.2. Informe sobre los objetivos de desarrollo sostenible de 2020

En principio, los informes anuales ofrecen una descripción general de los esfuerzos mundiales de implementación hasta la fecha, haciendo hincapié en los ámbitos de progreso y aquellos en los que es necesario tomar más medidas.

Algunas de las principales conclusiones:

**i)** Se estima que aproximadamente 71 millones de personas volverán a caer en la extrema pobreza en 2020, lo que supondría el primer aumento de la pobreza mundial desde 1998. La pérdida de ingresos, la limitada protección social y el incremento de los precios podrían poner en riesgo de pobreza y hambre incluso a personas que anteriormente estaban a salvo.

**ii)** El subempleo y desempleo derivados de la crisis implican que aproximadamente 1.600 millones de trabajadores ya vulnerables en la economía sumergida (la mitad de la fuerza laboral mundial)

pueden verse considerablemente afectados, con un descenso estimado de sus ingresos del 60 % durante el primer mes de la crisis.

**iii)** Los más de 1.000 millones de residentes de barrios marginales de todo el mundo están en grave situación de riesgo a causa de los efectos de la COVID-19, como la falta de viviendas adecuadas y agua corriente en las viviendas, los baños compartidos, la escasez o ausencia de sistemas de gestión de residuos, la saturación de los transportes públicos y el acceso limitado a las instalaciones sanitarias oficiales.

**iv)** Las mujeres y los niños se encuentran asimismo entre las personas más afectadas por las consecuencias de la pandemia. La interrupción de determinados servicios sanitarios y de vacunación, así como el limitado acceso a los servicios de nutrición y alimentación, podrían ocasionar cientos de miles de fallecimientos adicionales entre los niños menores de cinco años y decenas de miles de muertes maternas adicionales en 2020. En muchos países se han disparado las denuncias de violencia doméstica contra mujeres y niños.

**v)** Los cierres de las escuelas han afectado al 90 % de los estudiantes de todo el mundo (1.570 millones) y han provocado que más de 370 millones de niños se salten comidas escolares de las que dependen. Dada la falta de acceso a ordenadores y a Internet en casa, el aprendizaje remoto queda fuera del alcance de muchos. Alrededor de 70 países notificaron interrupciones de moderadas a graves o la suspensión total de los servicios de vacunación infantil durante los meses de marzo y abril de 2020.

**vi)** A medida que más familias caen en la extrema pobreza, los niños de las comunidades pobres y desfavorecidas corren un riesgo mucho mayor de verse involucrados en el trabajo infantil, el matrimonio infantil y el tráfico infantil. De hecho, es probable que los progresos logrados a nivel mundial en la reducción del trabajo infantil se vean invertidos por primera vez en 20 años.

### 4.2.1 Informe de los objetivos de desarrollo sostenible 2020 (resultados cualitativos)

Estos Objetivos requieren una inmensa voluntad política y una acción ambiciosa por parte de todas las partes implicadas. Sin embargo, como reconocieron los Estados Miembros en la Cumbre de los ODS celebrada el pasado mes de septiembre, los esfuerzos mundiales realizados hasta la fecha han sido insuficientes para lograr el cambio que necesitamos, poniendo en peligro la promesa de la Agenda a las generaciones actuales y futuras.

Debido a la COVID-19, una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes amenaza las vidas y los medios de subsistencia, lo que dificulta aún más el logro de los Objetivos. A principios de junio, la cifra de muertos había superado los 400.000 y continuaba aumentando, afectando a casi todos los países. Los sistemas de salud de muchos países han estado al borde del colapso. Los medios de vida de la mitad de la fuerza laboral del mundo se han visto gravemente afectados. Más de 1.600 millones de alumnos no asisten a la escuela y decenas de millones de personas están siendo empujadas de nuevo a la pobreza extrema y el hambre, eliminando los modestos progresos alcanzados en los últimos años.

### 4.2.2. Resultados desagregados, objetivo por objetivo

**I) OBJETIVO 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todas partes.**

Consecuencias de la COVID-19.

La COVID-19 causa el primer aumento en la pobreza global en décadas: $23.600 millones de pérdidas económicas directas (de 63 países en 2018).

La COVID-19 cambia el pronóstico del objetivo mundial de acabar con la pobreza extrema.

Se prevé que la pobreza laboral aumente considerablemente como resultado de la pandemia.

La cobertura de la protección social varía mucho de una región a otra y muchos quedan expuestos durante la crisis actual.

Los desastres afectan de manera desproporcionada a los países menos adelantados.

**II) OBJETIVO 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.**

Consecuencias de la COVID-19.

La pandemia es una amenaza adicional a los sistemas alimentarios.

En el 2019, el 21.3% de niños menores de 5 años tienen retraso de crecimiento. En el 2019, el 6.9% de niños menores de 5 años están afectados por emaciación (47 millones)

Pequeños productores de alimentos se ven duramente afectados por la crisis, comprenden entre el 40%–85% de todos los productores en las regiones en desarrollo.

Es probable que el reciente aumento de la inseguridad alimentaria empeore debido a la COVID-19.

Los productores de alimentos en pequeña escala, ya desfavorecidos, se ven duramente afectados por los efectos de la pandemia.

Es probable que el retraso en el crecimiento y la emaciación en niños, que ya son demasiado altos, empeoren debido la pandemia del coronavirus.

La incidencia del sobrepeso en los niños pequeños aumenta, lo que constituye una señal de alerta para futuros problemas de salud.

La inversión en la agricultura, en relación con su contribución a la economía, sigue disminuyendo.

En 2019, el aumento de los precios de los alimentos se concentró principalmente en África subsahariana.

**III) OBJETIVO 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades.**

Consecuencias de la COVID-19.

Trastornos en la atención podrían revertir décadas de mejoras.

La pandemia ha interrumpido los programas de inmunización infantil en alrededor de

70 países.

Afecciones y muertes por enfermedades transmisibles aumentarán las cancelaciones de servicios causarán un 100% de aumento en muertes por paludismo en África sub Sahariana.

Menos de la mitad de la población mundial está protegida con servicios esenciales de salud (2017).

La COVID-19 podría revertir años de progreso en la disminución de la mortalidad materna e infantil, a menos que se tomen medidas urgentes

La tasa de embarazos no deseados podría dispararse si no se garantiza la continuidad de los suministros y servicios de planificación familiar.

La crisis de la COVID-19 ha interrumpido los esfuerzos de inmunización infantil a nivel mundial, con consecuencias potencialmente mortales.

Los cuidados intensivos para personas con enfermedades no transmisibles son aún más valiosos en la era de COVID-19.

Las interrupciones de servicios vinculadas con la COVID podrían causar un pico de enfermedades y muertes por otras enfermedades transmisibles.

El mundo no está cumpliendo su promesa de cobertura sanitaria universal para 2030.

El aumento de los gastos directos de atención médica está alcanzando niveles insostenibles, empujando a millones de personas a la pobreza extrema.

La pandemia destaca la escasez de personal médico en todo el mundo, así como la pesada carga de la enfermería en las mujeres.

La pandemia destaca la necesidad de una mayor preparación para las emergencias de salud pública.

**IV) OBJETIVO 4. Garantizar una enseñanza inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos.**

Consecuencias de la COVID-19.

Los cierres de las escuelas dejaron sin escolarización al 90% de los estudiantes revirtiendo años de progreso en educación.

En países de bajos ingresos, la tasa de culminación de enseñanza de niños es del: 79% del 20% de los hogares más ricos y del 34% del 20% de los hogares más pobres.

Los cierres de las escuelas dejaron sin escolarización al 90% de los estudiantes revirtiendo años de progreso en educación.

La enseñanza a distancia sigue fuera del alcance de por lo menos 500 millones de estudiantes

Sólo el 65% de las escuelas primarias cuenta con instalaciones básicas para lavarse las manos que es esencial para la prevención de la COVID-19.

El cierre de escuelas en todo el mundo puede revertir años de progreso en el acceso a la enseñanza.

Sin medidas correctivas, los efectos de la COVID-19 solo se sumarán a los obstáculos que ya enfrentan los niños pobres para completar su educación.

La enseñanza a distancia continúa fuera del alcance de la mayoría de los alumnos de los países más pobres.

El cierre de escuelas genera riesgos adicionales para la salud y la seguridad de los niños vulnerables.

La falta de infraestructura básica en las escuelas, como instalaciones para lavarse las manos, dificultará la recuperación ante la COVID-19.

**V) OBJETIVO 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.**

Consecuencias de la COVID-19.

El confinamiento aumenta el riesgo de violencia (física, sexual, psicológica), contra mujeres y niñas.

Los casos de violencia doméstica han aumentado un 30% en algunos países.

Las mujeres deben estar equitativamente representadas en cargos de liderazgo vinculados a la pandemia (Resultado: 25% en parlamentos nacionales, 2020 y 36% en gobiernos locales).

Las mujeres están en primera fila en la lucha contra el coronavirus (representan el 70% de los trabajadores sanitarios y sociales).

Las mujeres tienen más cargas en el hogar durante la pandemia (dedican tres veces más horas que los hombres en trabajos domésticos y de cuidado de otros no remunerados).

La COVID-19 agudiza el riesgo de violencia contra las mujeres y las niñas.

La pandemia mundial podría hacer retroceder los progresos logrados para poner fin al matrimonio infantil y a la mutilación genital femenina.

Las mujeres dedican más tiempo que los hombres a trabajos no remunerados, una carga que probablemente se haga más pesada durante la pandemia.

Las mujeres están asumiendo cada vez más cargos de poder, pero el mundo está todavía lejos de la paridad.

La falta de poder de decisión de las mujeres se extiende incluso a su propia salud reproductiva.

**VI) OBJETIVO 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos.**

Consecuencias de la COVID-19.

Tres mil millones de personas en el mundo carecen de instalaciones básicas para lavarse las manos en el hogar (el método más efectivo para la prevención de la COVID-19).

La escasez de agua podría desplazar unos 700 millones de personas para el año 2030.

Algunos países mostraron un déficit del 61% para alcanzar las metas vinculadas al agua y al saneamiento.

Es fundamental subsanar las diferencias relacionadas al agua, el saneamiento y la higiene para contener la propagación de la COVID-19 y otras enfermedades.

Es necesario acelerar la cooperación en materia de aguas transfronterizas.

Los alarmantes niveles de estrés hídrico en muchas regiones amenazan el progreso del desarrollo sostenible.

La falta de agua dulce en los países más pobres aumenta su vulnerabilidad al cambio climático y a la escasez de agua.

El financiamiento disponible para las metas del Objetivo 6 es insuficiente para satisfacer las necesidades de los países. Un marco mundial para la gestión de los recursos hídricos muestra un historial de implementación poco eficaz.

**VII) OBJETIVO 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos.**

Consecuencias de la COVID-19.

La energía asequible y fiable es esencial en centros de salud. Uno en cuatro carece de electricidad. (2018).

La tasa de mejora en eficiencia energética es menor del 3% necesario (2017). las corrientes financieras a países en desarrollo en apoyo de las energías renovables han aumentado a $ 21.400 millones en el 2017. Pero, solo el 12% va a los PMA.

Los déficits de energía eléctrica se concentran cada vez más en África subsahariana.

El lento progreso de soluciones no contaminantes para cocinar pone en riesgo la salud de casi 3 mil millones de personas.

Es necesario intensificar los esfuerzos en materia de energía renovable para lograr los objetivos climáticos a largo plazo.

Las mejoras en la eficiencia energética –clave para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero– no alcanzan la meta de los ODS.

El aumento del financiamiento internacional para la energía renovable es alentador, pero sólo una fracción llega a los países más pobres.

**VIII) OBJETIVO 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente para todos.**

Consecuencias de la COVID-19.

El mundo enfrenta la peor crisis económica desde la gran depresión (se espera que el PIB per cápita baje un 4.2% en 2020).

Durante la pandemia, 1.600 millones de trabajadores de la economía informal están en riesgo de perder su trabajo.

El turismo se enfrenta a desafíos sin precedentes. escenarios arribos de turistas internacionales con COVID-19. De 850 a 1140 millones (2020).

La COVID-19 puede ocasionar la pérdida de 400 millones de puestos de trabajo en el segundo trimestre de 2020.

Incluso antes de la pandemia, el crecimiento económico de los países menos adelantados, aunque rápido, no se acercó a la meta del 7%.

El aumento constante de la productividad laboral a nivel mundial puede tambalearse ante la crisis del coronavirus.

La pandemia tendrá un efecto particularmente adverso para los trabajadores de la economía informal.

El desempleo a nivel mundial puede alcanzar un máximo histórico en 2020, dependiendo de las políticas que se adopten.

La seguridad y la salud ocupacional se convierten en un desafío aún mayor a medida que reabren los lugares de trabajo.

El turismo se enfrenta a desafíos sin precedentes y muchos pequeños estados insulares en desarrollo se enfrentan a nuevas y duras realidades económicas.

**IX) OBJETIVO 9. Construir infraestructura resiliente, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación.**

Consecuencias de la COVID-19.

La industria de la aviación ha sufrido el declive más profundo de su historia. La cantidad de pasajeros disminuyó en un 51% de enero a mayo de 2020 (en comparación con el mismo periodo de 2019).

Menos de 1 en 5 personas usa la internet en los PMA (2019).

La industria de la aviación, impulsora del desarrollo económico, ha sufrido probablemente el declive más pronunciado de su historia.

Como resultado de la pandemia, el ya lento crecimiento de la industria manufacturera se ha desplomado.

Las industrias a pequeña escala necesitan urgentemente un mejor acceso a los servicios financieros a fin de resucitar la economía mundial.

A pesar del progreso en los últimos años, deben acelerarse las inversiones en investigación y desarrollo, en parte para hacer frente a la COVID-19.

Las conexiones móviles son prácticamente universales, pero alrededor de la mitad de la población mundial no está conectada, sobre todo en los PMA.

**X) OBJETIVO 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos.**

Consecuencias de la COVID-19.

Los grupos más vulnerables son los más afectados por la pandemia (personas mayores, personas con discapacidades, niños mujeres migrantes y refugiados).

La recesión global podría comprimir la asistencia para el desarrollo de los países en desarrollo, en lo corriente de recursos para el desarrollo (de $ 420.000 millones en 2017, a $ 271.000 millones en 2018).

El 54 % de los países con datos disponen de un conjunto integral de normativas de migración.

Aunque los ingresos reales de los más pobres en los países están aumentando, los ricos continúan prosperando de manera desproporcionada.

Las mujeres con discapacidad se enfrentan a diversas formas de discriminación, que se entrecruzan entre sí.

Los trabajadores reciben una proporción menor de la producción que ayudaron a producir.

La desigualdad de ingresos está disminuyendo en algunos países, pero los niveles siguen siendo generalmente altos.

La recesión mundial podría restringir la ayuda de los donantes a los países en desarrollo.

La mayoría de las regiones tienen un largo camino por recorrer para establecer políticas migratorias adecuadas.

**XI) OBJETIVO 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles.**

Consecuencias de la COVID-19.

Más del 90% de los casos de COVID-19 están en áreas urbanas.

El aire contaminado causó 4.2 millones de muertes prematuras en 2016.

El 47% de la población vive a menos de 400 metros de distancia de espacios públicos abiertos.

El progreso mundial alcanzado en la disminución de la proporción de habitantes en barrios marginales se ha revertido y la pandemia aumenta su vulnerabilidad.

Se necesita más transporte público en las ciudades del mundo.

Más allá de la devastación, la pandemia ha provocado un replanteamiento positivo de nuestras ciudades.

Los espacios públicos abiertos en las ciudades del mundo promueven la salud y la productividad, pero el acceso es muchas veces limitado.

Los cielos despejados sobre algunas de las ciudades más contaminadas del mundo ofrecen una muestra de lo que podría ser.

**XII) OBJETIVO 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles.**

Consecuencias de la COVID-19.

El mundo sigue utilizando los recursos naturales de manera insostenible (2010- 2017).

La pandemia es una oportunidad de crear planes de recuperación hacia un futuro más sostenible. Entre 2017 y 2019, 79 países y la unión europea informaron sobre al menos una política para promover el consumo y la producción sostenibles.

Los desechos electrónicos aumentaron un 38%. pero, menos del 20% es reciclado (2010–2019).

El subsidio a los combustibles fósiles está contribuyendo a la crisis climática (de $ 318.000 millones en 2015, a $ 427.000 millones en 2018).

El 13% de los alimentos se pierden en la cadena de suministro en 2016, (esto es: en cosecha, transporte, almacenaje, procesamiento).

El mundo continúa utilizando los recursos naturales de manera insostenible.

El aumento de la generación de residuos electrónicos supera con creces su tasa de reciclaje.

Se pierde una parte importante de los alimentos a lo largo de la cadena de suministro, antes de llegar al consumidor.

A pesar de la creciente urgencia de la crisis climática, los gobiernos continúan subvencionando la industria de los combustibles fósiles.

Los países deben implementar los principios del crecimiento económico sostenible de inmediato.

Las empresas deben abordar las deficiencias en la calidad de los informes sobre la sostenibilidad.

**XIII) OBJETIVO 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.**

Consecuencias de la COVID-19.

Solo 85 países cuentan con estrategias nacionales de reducción de desastres alineadas con el marco Sendái.

Financiación climática continúa siendo mayor que las acciones por el clima en 2016 ($781.000 millones, para combustibles fósiles y $681.000 millones para financiación climática global).

El cambio climático continúa exacerbando la frecuencia y gravedad de desastres naturales en 2018 (incendios forestales masivos, sequías, huracanes, inundaciones, afectaron a más de 39 millones de personas).

El mundo está muy lejos de cumplir la meta del Acuerdo de París, lo que indica que se avecinan cambios catastróficos.

El financiamiento para la acción por el clima ha aumentado considerablemente, pero continúa superada por las inversiones en combustibles fósiles.

La mayoría de los países en desarrollo han comenzado a formular planes para fortalecer la resiliencia y la adaptación al cambio climático.

A pesar de su evidente importancia, los avances para cumplir la meta de reducción del riesgo de desastres para el año 2020 han sido lentos.

**XIV) OBJETIVO 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible.**

Consecuencias de la COVID-19.

La drástica disminución de la actividad humana provocada por la COVID-19, podría resultar en que los océanos se recuperen.

El área clave global de biodiversidad marina cubierta por zonas protegidas aumentó: 30.5% (2000), 44.8% (2015), 46.0% (2019).

Noventa y siete países firmaron el Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto, el primer acuerdo internacional vinculante sobre la pesca ilegal y no reglamentada. La continua acidificación de los océanos amenaza el medio marino y los servicios derivados del ecosistema.

Aunque se está ampliando la protección del medio marino, es fundamental que la cobertura se extienda a las áreas clave de biodiversidad.

Los países están restringiendo la pesca ilegal mediante un acuerdo internacional vinculante, pero se requieren medidas aún más concertadas.

La pesca sostenible es vital para los medios de vida de las comunidades en los países más desfavorecidos.

Los pescadores artesanales, grandes contribuyentes a las economías de los países en desarrollo, continúan marginados.

Una pausa en el ataque a la población de peces en el mundo puede no ser suficiente para evitar el colapso de algunas zonas de pesca.

**XV) OBJETIVO 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.**

Consecuencias de la COVID-19.

El tráfico de fauna silvestre afecta los ecosistemas y contribuye a transmitir enfermedades infecciosas.

Las zonas forestales siguen disminuyendo a un ritmo alarmante, debido principalmente a la expansión agrícola. Cada año se destruyen 10 millones de hectáreas de bosque (2015–2020).

Dos mil millones de hectáreas de superficie terrestre se degradan, lo que afecta a 3.200 millones de personas, lleva a la extinción de las especies e intensifica el cambio climático.

Solo un tercio de 113 países están en vías de alcanzar sus metas nacionales de integrar la biodiversidad a su planeación nacional.

Los delitos contra la vida silvestre ponen en peligro tanto las especies animales como la salud humana, incluso a través de nuevas enfermedades mortales.

La degradación de los suelos afecta a miles de millones de personas, lleva a la extinción de especies e intensifica el cambio climático.

A pesar de algunos progresos, el mundo no está logrando cumplir con las metas para el 2020 de detener la pérdida de biodiversidad.

La pérdida de bosques continúa siendo elevada a pesar de los crecientes esfuerzos por gestionarlos de manera sostenible.

La biodiversidad está disminuyendo a un ritmo alarmante.

Menos de la mitad de las áreas clave de biodiversidad están bajo protección, mientras que el progreso se ha enlentecido considerablemente.

Solo un tercio de los países están en vías de alcanzar sus metas nacionales de biodiversidad.

**XVI) OBJETIVO 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles.**

Consecuencias de la COVID-19.

Las mismas amenazan aún más la paz y seguridad global (en el 2019, el número de personas que huyeron de guerras, persecuciones y conflictos superó los 79.5 millones, el nivel más alto registrado).

La tasa mundial de homicidios dolosos se redujo lentamente (de 5.9 por 100,000 Habitantes en 2015, a 5.8 por 100,000 habitantes en 2018). Lo que se traduce a 440,000 víctimas de homicidio en todo el mundo,

Ciento veintisiete países han aprobado leyes sobre el derecho a la información o la libertad de información.

El 60% de los países tienen hacinamiento en las cárceles, arriesgando la propagación de la COVID-19.

Cada día, 100 civiles –incluyendo mujeres y niños– mueren en conflictos armados a pesar de las protecciones del derecho internacional.

Es necesario redoblar los esfuerzos para reducir la tasa de homicidios a nivel mundial, que está disminuyendo con demasiada lentitud.

Los niños están expuestos regularmente a diversas formas de violencia, muchas de las cuales no se reconocen ni se denuncian.

La exposición a la COVID-19 es una de las muchas condiciones inhumanas a las que se enfrentan las personas encarceladas, muchas veces sin sentencia.

Los defensores de los derechos humanos, los periodistas y los sindicalistas son blanco de ataques violentos con demasiada frecuencia.

En la actualidad, más países tienen leyes sobre la libertad de información, pero su implementación podría mejorarse.

**XVII) OBJETIVO 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la alianza mundial para el desarrollo sostenible.**

Consecuencias de la COVID-19.

Se prevé que las remesas a los países de ingresos bajos y medios –un salvavidas económico para muchos hogares pobres– disminuyan (de $554.000 millones en 2019, a $445.000 millones en 2020).

La inversión extranjera directa espera un declive de hasta un 40% en 2020.

El financiamiento internacional para datos y estadísticas fue de $690 millones en 2017 (solo el 50% del nivel que debe ser).

Los principales donantes manifiestan que se esforzarán por proteger los presupuestos de la AOD, incluso mientras el coronavirus trastorna la economía mundial.

Después de alcanzar un nuevo máximo, se espera que las remesas disminuyan drásticamente en 2020.

Es probable que la inversión extranjera directa y las cadenas de valor mundiales se vean afectadas por la crisis del coronavirus.

Se prevé que el comercio mundial se desplome mientras los PMA tienen dificultades para aumentar su participación en las exportaciones.

El Internet es ahora esencial para muchas actividades cotidianas, pero la mitad de la población mundial aún no está conectada.

La necesidad de datos confiables sigue en aumento, pero los países más pobres carecen de recursos para generarlos.

## 5 INSÓLITO. LOS ASPECTOS NO CONSIDERADOS COMO PUNTOS DE AGENDA 2030

Contaminación minera.

Ciudades inteligentes.

Traslado de asuntos ambientales a sedes judiciales.

Nuevos principios ambientales.
Inteligencia artificial.
Codificación.
Gobernanza.
Mejor derecho al medio ambiente sano y saludable.
Inclusión de adicionales derechos.
Capacitación y concientización.
Desplazados ambientales.
Justicia ambiental.
Interdisciplinariedad.
Interinstitucionalidad.
Residuos contaminantes.
La pérdida de bosques en la Amazonía.
La minería artesanal.
Conservación marina.

## 6 UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El equívoco e inerte accionar de la Agenda 2030, claramente se viene vulnerando los derechos fundamentales de las poblaciones:

i) a la paz y tranquilidad,
ii) a la vida,
iii) al libre desarrollo de la personalidad,
iv) al libre desarrollo,
v) a un medio ambiente sano y saludable,
vi) al bienestar y seguridad de las generaciones futuras, entre otros.

## 7 CONCLUSIONES

Los Puntos de la Agenda 2030 no se encuentran correctamente seleccionados.

No se llevó un previo diagnóstico situacional para su determinación, ni orden de prioridad.

Se colige la existencia de mayoritaria orfandad académica, profesional, de especialización, de ejecución, y desconocimiento y compromiso de la temática correspondiente, por parte de los actores protagónicos.

Los resultados de los avances de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, devienen en un rotundo fracaso.

La aplicación de la Agenda 2030, resulta de muy difícil de alcanzar el 2030, sino, imposible.

Resulta inaceptable, que el análisis de los 17 puntos de agenda, tenga que haber sido analizado (a manera de fallida justificación), desde la óptica de los graves efectos del Coronavirus.

Estamos, a más allá de la mitad del camino (2023), ya transcurrieron 10 años y no existen avances contundentes, mayoritarios.

A los miembros de la Agenda 2030, solo les queda ponerse a trabajar de manera intensa y comprometida, pues, el 2030, no podrán justificar nuevamente con la consabida excusa del Covid 19.

Claramente, la evaluación de los resultados desagregados, objetivo por objetivo; deviene en desaprobatorio.

Además de la falta de voluntad política de los países miembros de la Agenda 2030, resulta muy penoso colegir, que el verbo rector de los compromisos de la misma, no es: "se obliga o se compromete"; sino: "se invita". Consecuentemente, deviene en imposible aplicar el principio pacta sunt servanda, esto es, hacer cumplir con lo acordado o pactado. Por ello, el fracaso clamoroso de la Agenda 2030.

La diplomacia viene participando activa y asertivamente, en el desarrollo de diferentes espacios de intercambio, trabajo en red y aprendizaje sobre la localización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

## 8 SUGERENCIAS

Determinar e implementar correctamente los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (esta fecha podría ampliarse), observando las consideraciones propuestas, fundamentadas y desarrolladas en este trabajo.

Mayor compromiso y voluntad política para establecer el cumplimiento obligatorio de la Agenda 2030.

Formación y sensibilización de los actores de la Agenda 2030 en temas de gestión pública y derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

NACIONES UNIDAS. **La agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe.** En línea: Recuperado en fecha 4/10/2024 de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf, Santiago, 2018.

NACIONES UNIDAS. **Informe de avance cuatrienal sobre el progreso y los desafíos regionales de la agenda 2030 para el desarrollo sostenible en América Latina y El Caribe.** En línea: Recuperado en fecha 4/10/2024 de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44551/S1900433_es.pdf?sequence=7&isAllowed=y. Santiago, 2019.

NACIONES UNIDAS. **Informe sobre los progresos en el cumplimiento de los ODS.** En línea: Recuperado en fecha 4/10/2024 de https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/progress-report/.

NACIONES UNIDAS. **Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020.** En línea: Recuperado en fecha 4/10/2024 de https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2020_Spanish.pdf. Estados Unidos de América. 2020.

# EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E LIMITES À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Carine Labres[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, promulgada em 05 outubro de 1988 (CF/88), centralizou a pessoa humana, revestida em sua essência de dignidade, como a razão de ser e de existir do Estado Brasileiro Democrático de Direito.

Pelo só fato de existir, o ser humano é merecedor de respeito e consideração de sua pessoa na relação com o Estado e com outros indivíduos, o que acarretou, na ordem constitucional, a proteção de direitos, considerados essenciais e reconhecidos como fundamentais.

Nesse contexto, observada a natureza ambígua e multifacetária, bem como o entrelaçamento com a dignidade humana, a eficácia dos direitos fundamentais repercute para além da relação do indivíduo com o Estado, alcançando a relação com particulares e entidades privadas.

Dessa forma, por meio de revisão bibliográfica, pesquisa qualitativa e utilizando método dedutivo hipotético, o presente estudo busca,

1 Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do RS (FMP/RS). Juíza de Direito do Rio Grande do Sul. Bacharela pela Pontifícia Universidade Católica do RS (PUCRS). Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos Fundamentais", coordenado pelo prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho; e, do Grupo de Pesquisa "Os ataques aos comuns na capital gaúcha e as resistências da sociedade civil", coordenado pela profa. Dra. Betânia Alfonsin. Correio eletrônico: labrescarine@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7260260812050184. Orcid: https://orcid.org/0009-0001-0416-573X.

dentro da eficácia dos direitos fundamentais, analisar o papel constitucional atribuído aos Poderes Constituídos, com reflexão sobre os limites de atuação do Judiciário. Com esse objetivo, aborda-se a origem do Estado Democrático de Direito; analisa-se a posição da dignidade humana no ordenamento jurídico e sua relação com os direitos fundamentais. Por fim, investiga-se de qual forma Executivo, Legislativo e Judiciário, através da releitura de suas atribuições constitucionais, podem maximizar a eficácia dos direitos fundamentais e contribuir para concretização do valor dignidade humana. As conclusões resultantes da investigação estão ressaltadas ao longo do texto e enfatizadas ao final.

## 2 ESTADO DE DIREITO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE HUMANA

Para compreender a função constitucional exercida pelos direitos fundamentais e a complexa tarefa interpretativa dos tribunais é preciso, antes de qualquer coisa, entender a gênese e a ideologia do Estado de Direito, bem como a posição que o valor dignidade humana ocupa no ordenamento jurídico – o que será objeto de atenção neste ponto.

O amadurecimento civilizatório impôs a necessidade de serem estabelecidas normas que serviriam de parâmetro para o comportamento em sociedade; avançando a humanidade no sentido de reconhecer direitos essenciais à natureza humana, que deveriam ser protegidos contra o exercício arbitrário do poder estatal. Nesse evoluir, a gênese da expressão "Estado de Direito" remonta à Revolução Inglesa (1660-89), que atingiu seu ápice com a aprovação parlamentar da Declaração de Direitos (Bill of Rights, 1689), reconhecendo a necessidade de limitar o poder dos governantes, declarando quais direitos dos governados seriam invioláveis e estabelecendo uma ordem maior para garantir o equilíbrio entre governantes e governados.

Dessa forma, "Estado de Direito", em que pese encerrar múltiplas facetas, pode ser compreendido como uma organização político-social de uma comunidade, estruturada por meio de normas com objetivo de garantir a convivência ordeira, protegendo os cidadãos do poder arbitrário

do governo. Traduz-se em conceito que está em constante evolução à medida em que absorve os valores morais da sociedade, incorpora os ideais da ordem democrática, servindo de diretriz à ordem estatal para guiar sua atuação sob o viés do bem-estar social. (Tamanaha, 2009 p. 113).

Nessa concepção, a democracia ganhou espaço, fundamentada na ideia de que o poder emanava dos homens e por eles deveria ser exercido, tornou imperiosa a existência de uma ordem centralizadora que, organizasse como se daria o exercício desse poder, o que resultou na escolha de representantes legítimos, autorizados a exercê-lo em nome dos homens para promulgação e execução das normas. Consagrou-se, assim, no Estado de Direito a tripartição do Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário.

E, de acordo com a Constituição Brasileira, constituem tarefas precípuas: do Executivo, a gerência do Estado e observância das leis promulgadas e aprovadas; do Legislativo, a elaboração das leis; do Judiciário, o controle dos atos dos demais poderes, mediante intepretação, integração e aplicação das normas. Não obstante, o constitucionalismo contemporâneo demanda que os Poderes desempenhem suas funções de forma a servirem de instrumento eficaz para regular os diversos enfoques da vida social e política, para promover o bem-estar social e materialização dos valores constitucionais, em especial o valor supremo da dignidade humana.

A reforçar o argumento, vale lembrar que o Estado Constitucional Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, tem por missão proteger e assegurar o exercício de direitos vinculados a valores essenciais da própria condição de humanidade dos legítimos detentores do poder - o povo brasileiro, conforme artigos 1º, I a III; 3º, I, II e IV do Texto Maior. Assim, sendo o poder distribuído por instrumentos democráticos de escolha dos representantes do povo, a concepção de Estado de Direito, que abrange a tripartição dos Poderes, assume conotação mais densa, em razão da perspectiva de bem-estar social e da prevalência de direitos considerados essenciais ao ser humano, traduzindo-se em dever afirmativo do Executivo, Legislativo e Judiciário de atuarem de forma a buscar a melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos. Nesse ponto,

inclusive, o artigo 193 da CF/88 estabelece que a ordem social tem como objetivos o bem-estar e a justiça social.

Sobre os direitos considerados essenciais ao ser humano, compreenda-se aqueles que expressam sua condição de humanidade, garantindo não só a existência, mas também a sobrevivência em condições dignas que se revelem condizentes com posição ocupada no sistema político-social; afinal, o Estado de Direito existe por causa e em razão do ser humano, sem o qual perderia sua razão de ser.

Kant, nesse sentido, diferenciava o ser humano dos demais seres justamente por sua dignidade, afirmando que o homem não pode ser tratado como um fim em si mesmo, mas sim como um meio, ou seja, como um objeto para atingir determinados fins (2000, p. 68).

Nessa linha de raciocínio, se a ordem jurídica existe por causa do ser humano; pode-se concluir que os direitos essenciais gravitam em entorno da dignidade, constituindo, assim, valor supremo da humanidade, que expressa sua existência e plenitude. Define-se a dignidade, nessa seara, como valor axiológico do ordenamento jurídico, quer em caráter nacional quer internacional, solidificador e legitimador da democracia no Estado Constitucional de Direito, com função instrumental integradora e hermenêutica, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração, não apenas dos direitos fundamentais e do restante das normas constitucionais; mas, de todo ordenamento jurídico, imprimindo-lhe coerência interna. (Sarlet, 2015a, p. 108).

Na lição de Jorge Reis Novais (2006, p. 52):

> [...] no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. (apud Sarlet, 2015a, p. 99).

É, pois, a dignidade humana reduto intangível de cada indivíduo, que, nas palavras de Sarlet, constitui "última fronteira contra quaisquer ingerências externas" (2015a, p. 110).

Apresenta a dignidade humana duas dimensões diversas, porém não excludentes entre si: como princípio jurídico e norma de direitos fundamentais, admitindo relativização, ponderados os valores a serem tutelados no caso concreto. Sobre o tema:

> [...] a dignidade, naquilo que guarda relação com a pretensão de respeito e consideração da pessoa na sua relação com o Estado e com outros indivíduos e no que traduz a noção de aptidão da pessoa (de toda e qualquer pessoa) a ser sujeito de direitos e obrigações, não pode ser objeto de supressão e desconsideração pelo Estado e pela sociedade.
>
> Ainda assim - voltando à questão do caráter relativo ou absoluto da dignidade da pessoa humana – há que ter em conta que da condição de limite material (implícito) ao poder de reforma constitucional não decorre, por si só, uma absoluta imunidade a restrições do bem protegido, já que pela sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988 apenas são vedadas emendas (ou propostas de emendas) que resultem na abolição efetiva ou tendencial das assim denominadas 'cláusulas pétreas', proteção esta que se aplica igualmente aos limites implícitos. Tal entendimento, em verdade, harmoniza com a dimensão principiológica da dignidade da pessoa humana, que, na sua condição de norma-princípio, tolera certa relativização, respeitado, todavia, sempre também o núcleo essencial, este sim blindado contra restrição, sem prejuízo da existência de regras assegurando dimensões da dignidade que se encontram subtraídas à ponderação. (Sarlet, 2015b, p. 103 e 116-117).

Dito isto, não há como olvidar a estreita relação dos direitos fundamentais com o valor da dignidade humana e com a garantia do mínimo existencial, em que pese não se confundirem, por guardarem significados distintos.

Na sua dimensão principiológica, a dignidade guarda definição como condição e expressão do ser humano, ou seja, pelo simples fato de

existir, o homem traz em si a dignidade como valor absoluto e intrínseco, porém, de cunho eminentemente abstrato. Constitui elemento unificador de todos os direitos fundamentais, que, por sua vez, exercem a função de concretizar o valor abstrato da dignidade, enquanto princípio legitimador da ordem estatal e comunitária.

Já a garantia do mínimo existencial é compreendida na dimensão regra da dignidade humana, por dizer respeito a condições mínimas que devem ser asseguradas ao homem para sua existência, convívio e sobrevivência em sociedade.

Calha atentar, de outra banda, que a dignidade humana e garantia do mínimo existencial não integram o núcleo essencial dos direitos fundamentais, este sim objeto da proteção constitucional. Isso se torna relevante para compreensão das restrições que podem sofrer os direitos fundamentais, com repercussão sobre a eficácia, já que, perante o ordenamento pátrio, não se revestem de intangibilidade, por si só.

Inegável, no entanto, que a dignidade e o mínimo existencial exercem forte influência sobre os direitos fundamentais, por constituírem expressão da própria condição do ser humano e garantia de sobrevivência digna em sociedade, respectivamente. Mas, por núcleo essencial dos direitos fundamentais, deve-se compreender a parcela mínima de conteúdo, sem a qual o direito deixa de ser reconhecido como tal. (Sarlet, 2015a, p. 420).

Dessa forma, vislumbra-se na efetiva proteção dos direitos fundamentais, a concretização do valor abstrato da dignidade humana, ou seja, a violação à dignidade individual importará em violação ao direito fundamental, mas o contrário não se pode afirmar, pois referido valor não integra o núcleo essencial daquele.

Pela importância e necessidade de proteção, a Constituição preceitua que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" Diga-se, que a Carta Política de 1988 foi a primeira do constitucionalismo brasileiro a destinar um título próprio aos princípios fundamentais, situado logo após o preâmbulo; além de centralizar a pessoa humana, não como meio, mas como fim dessa ordem

e do próprio Estado de Direito. Torna-se, assim, imprescindível, saber identificar quais são os direitos considerados essenciais, albergados sob o manto protetor das cláusulas pétreas.

Por interpretação sistemática, em que pese a ausência de consenso na doutrina face à natureza ambígua que os caracteriza, identificam-se, para fins deste estudo, como fundamentais todos os direitos imprescindíveis para garantir a existência do ser humano e sua sobrevivência em condições dignas, observadas as múltiplas funções assumidas, pouco importando figurarem no catálogo constitucional, estarem escritos ou não. Encontram-se, assim, abrangidos no conceito de direitos fundamentais não só as garantias e direitos individuais, mas também os direitos sociais, políticos, coletivos e de nacionalidade, o que encontra reforço argumentativo no preâmbulo da Constituição que refere, de forma expressa, que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça, constitui objetivo permanente do Estado. (Sarlet, 2015a, p. 445-446).

Destaca-se, entretanto, que não há direitos fundamentais absolutos, pois, nenhum direito encontra-se blindado contra qualquer tipo de restrição, seja na sua esfera subjetiva seja na objetiva. A proteção que reclama o texto constitucional diz respeito ao núcleo, composto pelo conteúdo e alcance (efetividade), do qual, reitera-se, não fazem parte a dignidade humana nem a garantia do mínimo existencial, em que pese interagirem uns com outros, em maior ou menor intensidade.

Dando sequência, para melhor elucidar a interação entre dignidade humana, garantia do mínimo existencial e direitos fundamentais, importante repisar a evolução histórica.

Mendes e Branco (2017, p. 135-136) classificam essa evolução em três gerações ou dimensões: Na primeira geração, são reconhecidos direitos que se traduzem em postulados de abstenção aos governantes, criando obrigações de não-fazer, de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo. Dizem respeito às liberdades individuais, cujo titular é o homem individualmente considerado. Na segunda dimensão, surge a preocupação com os problemas sociais, impondo-se um papel ativo ao Estado

na realização da distribuição da justiça social. Referem-se a obrigações positivas que são exigidas do Estado para estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante correção das desigualdades. Dizem respeito à assistência social, educação, saúde, trabalho, lazer, etc. São chamados direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social. Terceiras gerações caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, vez que são concebidos não para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, grupos. Tem-se aqui o direito à paz, desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, etc.

Uma geração, no entanto, não fulmina a existência de outra, vez que os direitos fundamentais devem ser situados em um contexto de unidade e indivisibilidade, conforme explica a doutrina:

> Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significa de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. (Mendes; Branco, 2017, p. 136).

Por essa compreensão de unidade e indivisibilidade, os direitos fundamentais dispõem de presunção de aplicabilidade imediata, plenitude de eficacial, observado o postulado otimizador da máxima eficácia possível, conforme interpretação que decorre do §1º do art. 5º da CF. Pode-se, assim, distingui-los de acordo com a função que prepondera no momento de sua aplicação, em: direitos de defesa; de participação e a prestação.

Sobre o ponto, oportuna a transcrição da teoria dos quatro *status* de Jellinek:

> No final do século XIX, Jellinek desenvolveu a doutrina dos quatro status em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado. Dessas situações, extraem-se deveres ou direitos diferenciados por particularidades de natureza.
> O indivíduo pode achar-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, caracterizando-se como detentor de deveres para com o Estado. Este tem competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Fala-se, aqui, em *status subjectionis*, ou em status passivo.
> A circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos. Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvencilhado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado 'é exercida sobre homens livres'. Nesse caso, cogita-se do status negativo.
> Em algumas situações, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. O indivíduo se vê com capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor. O seu status é, assim, positivo (*status civilitatis*).
> Jellinek cogita, ainda, de um quarto status, que denomina ativo, em que o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, pelo direito do voto. O indivíduo exerce os direitos políticos. (Mendes; Branco, 2017, p. 155).

Os direitos fundamentais de defesa têm por objeto a proteção da liberdade e da igualdade abstrata; preponderando a função de limitar o poder estatal, exigindo-lhe uma conduta omissiva. Gozam de presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível, haja vista sua alta densidade normativa, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (direitos subjetivos). A título de exemplo, cita-se o inc. II do art. 5º da Constituição, que dispõe: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Brasil, 1988).

Os direitos fundamentais de participação, consistentes na possibilidade de os indivíduos participarem da formação da vontade do Estado,

são precipuamente os direitos de nacionalidade e políticos. Cita-se art. 14 da CF, que prevê voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Os direitos fundamentais prestacionais, ao contrário dos direitos de defesa, têm por objeto a igualdade material; portanto, demandam uma posição ativa do poder público para atenuar as desigualdades através de tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos públicos. Possuem densidade normativa baixa, pois dependem da atuação do poder público na implementação de prestações, que podem ser de natureza jurídica ou material. Cita-se, como exemplo, da Constituição, a proibição da prática de racismo (art. 5º, inc. XLII) e direitos sociais (art. 6º).

No que tange à diferença entre prestações jurídicas e materiais, transcreve-se lição de abalizada doutrina:

> Há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. O objeto do direito será a normatização pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental. Essa prestação jurídica pode consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização e de procedimento.
> [...]
> Além disso, há direitos fundamentais que dependem essencialmente de normas infraconstitucionais para ganha pleno sentido. Há direitos que se condicionam a normas outras que definam o modo do seu exercício e até o seu significado.
> Há direitos que não prescindem da criação, por lei, de estruturas organizacionais, para que se tornem efetivos. Além disso, esses direitos podem requerer a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos estabelecidos.
> [...]
> Os chamados direitos a prestações materiais recebem o rótulo de direitos a prestações em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado. São tidos como os direitos sociais por excelência.
> [...]

> A maioria dos direitos a prestação, entretanto, quer pelo modo como enunciados na Constituição, quer pelas peculiaridades do seu objeto, depende da interposição do legislador para produzir efeitos plenos.
> Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades. Têm que ver, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade. São direitos dependentes da existência de uma dada situação economia favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui. " (Mendes; Branco, 2017, p. 158-160).

De qualquer forma, os direitos fundamentais possuem índole ambivalente, ou seja, podem transmudar sua função entre uma ou outra classificação, a depender da subsunção ao caso concreto. Não há, todavia, norma destituída de eficácia; apenas sua intensidade variará, observada a forma como o texto for proclamado e o objeto que regerá a função.

Conclui-se, pelos argumentos expostos, que o Estado Constitucional de Direito Brasileiro encontra na dignidade humana verdadeira condição legitimadora da democracia, que, por sua vez, serve de fundamento de todo sistema dos direitos fundamentais, imprimindo coerência interna à aplicação, interpretação e integração das normas.

## 3 PAPEL DOS PODERES CONSTITUÍDOS E EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram concebidos e inseridos na Carta Política para prevenir possíveis abusos daqueles que agem em nome do Estado ou das próprias instituições que o compõem. Nessa relação, entre o Estado e o particular, situa-se a eficácia vertical dos direitos fundamentais; mas, a doutrina ressalta também a irradiação de efeitos na esfera jurídico-privada, ou seja, nas relações estabelecidas entre particulares e entidades privadas, nominada de eficácia horizontal ou privada dos direitos

fundamentais. (Canotilho, p. 603). Apesar da importância do tema, os esforços, neste tópico, centralizar-se-ão na eficácia vertical de direitos fundamentais prestacionais materiais, observadas as limitações do trabalho.

No que tange à graduação da carga eficacial dos direitos fundamentais, esta varia conforme a densidade normativa, que, por sua vez, está atrelada à forma de proclamação do texto e à função de cada direito fundamental. A questão guarda relevância na análise do papel constitucional atribuído aos Poderes Constituídos, cuja atuação é impulsionada e, ao mesmo tempo, limitada pela dignidade da pessoa humana.

Nessa lógica, os direitos de defesa gozam de plenitude eficacial, impondo ao Estado de Direito um dever de abstenção (respeito), pois constituem objeto de proteção a liberdade e igualdade abstrata. Já os direitos a prestação, do qual são exemplos clássicos os direitos sociais, vinculam-se às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, que dependerá da conjuntura econômico-financeira.

A função precípua dos direitos fundamentais a prestação é frontalmente oposta à dos direitos de defesa, demandando postura ativa do Estado, ou seja, condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade da pessoa humana, através do implemento de prestações materiais. Possuem, portanto, baixa densidade eficacial, vez que o implemento das prestações dependerá da existência real de recursos econômicos.

Nesse cenário, não é difícil supor que a maior dificuldade operacional com relação à aplicabilidade e máxima eficácia possível da norma refere-se aos direitos fundamentais a prestação, evidenciada na restrição da possibilidade de efetivo gozo das prestações materiais em razão da dimensão coletiva que envolvem tais direitos e dos impactos orçamentários que restringem a atuação dos poderes públicos.

Soa inegável que a dignidade humana aponta para um padrão mínimo que o Estado deve assegurar para garantir a eficácia do direito, com intuito de não esvaziar seu conteúdo; todavia, não se pode pretender a implementação a todo custo, sem considerar a realidade social e econômica; do contrário, a pretensão não passará de mera utopia. O presente

ponto, portanto, analisará o papel constitucional atribuído aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sob a ótica da eficácia dos direitos fundamentais a prestação e da perspectiva do dever republicano de melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

Nessa seara, compete aos representantes eleitos pelo povo destinar, distribuir e remanejar os recursos públicos, bem como eleger as políticas públicas, que se revelem necessárias e adequadas à efetivação dos direitos fundamentais. Mas, o poder público goza de espaço de discricionariedade, que lhe autoriza a agir de acordo com a realidade orçamentária, observadas as necessidades de todo grupo social.

A efetivação dos direitos prestacionais materiais exige do poder público, mais precisamente do legislador brasileiro, a adoção de um planejamento sustentável que garanta um padrão mínimo na esfera de direitos sociais. É nesse sentido que dispõe o parágrafo único do art. 193 da CF/88: "O Estado exercerá a função de planejamento das políticas públicas, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas". (Brasil, 1988).

Isso se justifica à medida em que, satisfeita determinada prestação social, esta passa a integrar o patrimônio do indivíduo, não admitindo mais supressão ou restrição – a que a doutrina denomina "proibição de retrocesso", interpretada como princípio implícito de proteção dos direitos fundamentais, atrelado à segurança jurídica que, por sua vez, instrumentaliza-se por meio da garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Na lição do Ministro Luís Roberto Barroso (2001, p. 158):

> No plano doutrinário, iniciamos pela sempre oportuna lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, 'por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se

> uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido'. Com efeito, é como princípio implícito que a proibição de retrocesso foi consagrada no direito constitucional comparado e brasileiro. (apud Sarlet, 2015a, p. 463).

Não se conclua, entretanto, que o poder público dispõe de poderes absolutos para eleger políticas públicas e decidir sobre a aplicação e destinação de recursos. O limite para sua inércia esbarra na dignidade humana, que impõe seja estabelecido um patamar mínimo existencial para proteção do núcleo essencial dos direitos prestacionais materiais, consistente em assegurar um mínimo de eficácia e efetividade da norma definidora do direito fundamental.

Oportuno sobre "políticas públicas", respeitados os limites deste estudo, compreendê-las como instrumentos de que o dispõe o poder público para, através de programas, ações e escolhas, no âmbito nacional, estadual ou municipal, atribuir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais prestacionais.

Nesse sentido:

> As Políticas Públicas podem ser consideradas um *locus* privilegiado de aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, enquanto instrumento de atuação (política) voltados à realização dos direitos fundamentais (jurídicos), tem-se configurada, nelas, uma hipótese em que a realização do Direito se dá por meio de opções/escolhas políticas, associadas à noção de discricionariedade, tradicionalmente 'imune' ao controle e à ingerência do Poder Judiciário.
>
> Esse espaço de atuação reservado aos Poderes Públicos no sentido de escolha dos meios e instrumentos mais adequados para a realização dos fins postos pela Constituição se evidencia, contudo, ainda mais na seara dos direitos sociais, caracterizados por uma dimensão positiva, que demanda uma atuação do Estado no sentido de sua realização. (Leal, 2015, p. 144-145).

A questão, de outra banda, demanda análise dos critérios da "reserva do possível" e da "proporcionalidade", que atuam como referenciais da realidade orçamentária. Nos dizeres de Sarlet: "reconhecer um direito não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade" (2015a, p. 334).

A "reserva do possível", compreendida como um limite jurídico e fático de efetivação do direito fundamental prestacional, exige um mínimo de coerência entre a conjuntura econômico-financeira e a satisfação da norma, apresentando tríplice dimensão:

> Efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
> Disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, observado o sistema constitucional federativo;
> Perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, no sentido de que a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação no tocante à exigibilidade e razoabilidade. (Sarlet, 2015a, p. 296).

A reserva do possível, em contrapartida, não pode servir de argumento para o poder público deixar de garantir o mínimo existencial, também denominado "padrão social mínimo", consistente em condições essenciais para assegurar a existência e a sobrevivência do homem em patamares mínimos que não lhe retirem a humanidade.

Em relação à "proporcionalidade", que guarda relação com os valores da equidade e da justiça, deve ser compreendida como mandado de otimização e parâmetro no controle de constitucionalidade dos atos (comissivos e omissivos) do poder público, incidido também na esfera privada, em especial às pessoas jurídicas que dispõem de atribuições de natureza pública. Desdobra-se, segundo Sarlet (2015a, p. 416), em três elementos: a) adequação/conformidade; b) necessidade; c) proporcionalidade em

sentido estrito. Através da "adequação/conformidade", verificar-se-á se é possível alcançar o fim almejado pelo meio eleito; "necessidade", verificará se a opção eleita constitui meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição e na "proporcionalidade em sentido estrito", buscar-se-á um equilíbrio entre os meios utilizados e os fins almejados.

Ainda, a proporcionalidade apresenta dupla atuação no cumprimento dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, quais sejam: a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente.

A "proibição de excesso" atua no controle de medidas restritivas dos direitos fundamentais, retirando do ordenamento aquilo que interfere no núcleo essencial, a ponto de esvaziar e fazer perecer o objeto. Já a "proibição de proteção insuficiente" atua no controle da omissão ou atuação insuficiente dos órgãos estatais, sempre que conduta omissiva do poder público importar em violação ao direito fundamental a ponto de este perder sua característica.

É nesse campo que se legitima o Judiciário a atuar no controle de condutas omissivas e/ou deficitárias na implementação de prestações sociais, quando a inércia do poder público acarretar ameaça ao conteúdo e alcance da norma. O argumento guarda reforço na garantia constitucional que prevê a inafastabilidade do controle judicial, autorizando juízes e tribunais a assegurar, mediante prévia provocação, a efetiva fruição do objeto da prestação (art. 5º, inc. XXXV, CF/88).

Em suma, se, por um lado, constitui tarefa precípua do Legislativo delimitar o mínimo necessário para proteger o núcleo essencial do direito fundamental, observados os impactos socioeconômicos gerados com a implementação prestacional; constitui tarefa precípua do Executivo eleger as políticas adequadas para redução da desigualdade social; não poderão os Poderes, sob qualquer justificativa, violar a dignidade humana, enquanto valor estruturante da ordem jurídica, observada a imposição constitucional de que se respeite condições mínimas de existência e de sobrevivência a todos; caso assim não procedam, legitima-se o Judiciário a intervir, mediante prévia provocação, com o fim de assegurar, nos

casos concretos, a efetiva fruição do objeto da prestação, para efetivação dos direitos fundamentais, sem que incorra em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

## 4 LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL NO ÂMBITO DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÃO MATERIAL

No presente tópico, analisa-se, de forma crítica, os limites constitucionais de atuação do Judiciário no âmbito de direitos fundamentais prestacionais materiais, seja controle concentrado seja no difuso, em relação à conduta omissiva e/ou deficitária do poder público na implementação da norma social e na eleição de políticas públicas.

De pronto, necessário repisar que, no Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, vez que realizado pelo Judiciário, tanto através de um único órgão (controle concentrado, observada a competência originária), como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso). Do ponto de vista formal, o sistema poderá ser pela via incidental (no caso concreto e como questão prejudicial do pedido principal) ou pela via principal (em abstrato ou direto, sendo a análise da constitucionalidade o objeto principal da causa). Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, como regra, retroagirão (*ex tunc*), porém, no difuso, atingirá as partes (*inter partes*), enquanto no concentrado, os efeitos serão produzidos contra todos (*erga omnes*).

Em relação aos direitos fundamentais prestacionais materiais, o controle jurisdicional sobre a conduta omissiva e/ou deficitária atribuída ao poder público apresentará limites e impactos diversos no compromisso federativo, impondo-se refletir sobre os limites de atuação do Judiciário na intepretação, integração e aplicação das normas. Afinal, no controle jurisdicional de prestações "jurídicas", não há maiores dificuldades, seja no âmbito do controle concentrado ou do difuso, pois, diante da conduta omissiva ou deficitária atribuída ao poder público, o Judiciário encontra legitimidade para concretizar o direito fundamental, concedendo o objeto

da prestação, assegurando a eficácia e efetividade da norma. Mas, quando se trata da análise de condutas omissivas ou deficitárias em relação às prestações "materiais", a situação assume contornos delicados, observada a extrema relevância da dimensão econômico-financeira dos direitos sociais, que podem impactar diretamente no equilíbrio do orçamento federativo.

Ocorre que, em termos práticos, não bastará, frente a determinadas condutas omissivas e/ou deficitárias, condenar o poder público à obrigação de fazer, reconhecendo a mora legislativa, nem se revelará suficiente condená-lo ao pagamento de indenização, pois estaria o próprio Judiciário incorrendo em conduta deficitária na proteção ao núcleo essencial do direito fundamental. Cumprirá, nessas hipóteses, a juízes e tribunais, no exercício do controle sobre a omissão e/ou deficiência estatal, concretizar o direito fundamental, concedendo próprio objeto da prestação material, sem olvidar dos impactos econômico-financeiros advindos da decisão.

Nesse sentido:

> O desrespeito a um direito fundamental pela falta de sua concretização por órgãos estranhos ao Judiciário autoriza, em casos de mais aguda gravidade, que o juiz imponha as providências concretas, estimadas necessárias para que a omissão não agrave o dano que gera. Determinação dessa sorte não há de ser censurada como hostil à separação de Poderes, nem é obstada pela defesa da reserva do possível. O STF já abonou decisão judicial que impunha ao Executivo providências urgentes e indeclináveis para reverter quadro que adjetivou como dantesco de certo presídio, em que a situação vivia pelos internos era 'atentatória à integridade física e mora [destes]'. No RE 592.581, em sede de repercussão geral, a Corte estabeleceu ser 'lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. Impossibilidade de opor-se o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos Poderes. (Mendes; Branco, 2017, págs. 163-164).

Em linha de raciocínio hipotético, instiga a temática a questionar se Judiciário possui atribuição constitucional para analisar, definir e eventualmente alterar o "padrão do mínimo existencial" no controle concentrado, cujos efeitos da declaração são retroativos (*ex tunc*) e a todos vincula (*erga omnes*)?

A resposta, apesar da complexidade do tema, afigura-se negativa, não só pelo impacto financeiro, mas em razão dos limites constitucionais. Vejamos: o implemento de prestações sociais está atrelado à dimensão econômico e social e se realizada através da eleição de políticas públicas, que constitui tarefa precípua atribuída aos demais poderes, cuja atuação estará condicionada à existência real de recursos para atribuir eficácia e máxima efetividade aos direitos fundamentais a prestação material. Nessa linha, analisando o preâmbulo da Constituição, verifica-se que a República Federativa do Brasil apresenta a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. Atentando-se para esses valores constitucionais, tem-se que a melhor hermenêutica a ser extraída da definição de "padrão existencial mínimo" consiste no implemento da "igualdade de oportunidades" para todos os cidadãos, de forma a permitir que tenham acesso às prestações sociais, em condições paritárias, sem discriminações de qualquer espécie; competindo essa análise exclusivamente ao legislador.

Não se vislumbra interpretação diversa; afinal, o ideal de construção de uma sociedade fraterna e solidária demanda respeito e afeiçoamento "a" causa e "pela' causa do outro, em estreita vinculação com dignidade humana, que abrange mais do que a mera sobrevivência física do ser.

Para que reste claro, admite-se a existência de direito subjetivo, que autorize o indivíduo a demandar em face do poder público para satisfação da norma, quando a prestação material possa ser oferecida, em igualdade de condições, a todos que integram a sociedade brasileira, cumprindo-se, dessa forma, o objetivo constitucional de erradicar a pobreza, a marginalização e de reduzir a desigualdades sociais e regionais. Essa, aliás, é a hipótese retratada no julgamento da ADI Nº 1.232-1/DF,

na qual o Supremo Tribunal Federal, modificando entendimento inicial, admitiu ser possível considerar outros referenciais para garantir o benefício assistencial a idosos e portadores de deficiência, ampliando a prestação material para outros que, observadas as circunstâncias do caso concreto, fossem enquadrados na condição de miserabilidade. (Brasil, 2001). Perceba-se que a prestação social, nessa situação, já havia sido criada pelo legislador, restringindo-se o judiciário a estender o benefício a outros indivíduos, interpretando-se a norma pelo valor da dignidade humana e princípio da igualdade, garantindo o acesso igualitário a todos que se enquadrassem no fim almejado pela norma.

A lacuna gerada pela ausência ou deficiência da definição do padrão mínimo social poderá ser suprida pelo Judiciário, sempre à luz do caso concreto, mas há de ser respeitada a justiça distributiva social, cuja tarefa constitucional não lhe compete. Pode-se nominar essa atuação de "moderada" no que tange ao implemento de prestações materiais que venham a impactar diretamente no orçamento público, cuja discricionariedade administrativa e escolhas políticas estão imunes ao controle e ingerência do Judiciário.

A corroborar o argumento, Klatt (2015) leciona que a saída para a questão do problema da legitimidade do controle jurisdicional, centra-se na adoção de uma postura mais flexível que contemple diferentes graus de intensidade quanto ao controle jurisdicional e não apenas um modelo de controle que seja mais forte ou fraco, deferente ou ativista. Nesse sentido: "a escolha de uma determinada intensidade de controle depende das circunstâncias do caso em discussão, o qual, por sua vez, pode ser avaliado à luz de vários fatores". (Klatt, 2015, p. 221).

Na hipótese de a prestação social não poder ser oferecida, em igualdade de condições, a todos da sociedade brasileira, não será adequado exigir do Legislativo que a implemente para alguns, em detrimento de outros, uma vez que deve prevalecer a noção de equilíbrio orçamentário e justa medida. Idêntico raciocínio se aplica à eleição de políticas públicas pelo Executivo. Não convence o argumento de que o direito social, em

caso de omissão estatal, pereceria em seu núcleo essencial; afinal, o mínimo existencial não constitui elemento integrante daquele, apresentando-se simplesmente como faceta de atuação da dignidade humana, que, por sua vez, concretiza-se no princípio da isonomia, em seu aspecto material, no sentido de oferecer iguais oportunidades aos indivíduos.

Portanto, o Judiciário não está legitimado constitucionalmente a definir os contornos do padrão mínimo social, tampouco poderá modifica-lo ou suprimi-lo; muito menos está legitimado a imiscuir-se na eleição de políticas públicas para concretizar prestação materiais, o que compete aos representantes democraticamente eleitos. Mas, uma vez definido o padrão existencial mínimo e eleita a política pública, poderá analisar, sob a perspectiva dos princípios da dignidade humana e da isonomia, seja no controle concentrado seja no difuso, a concessão da prestação material a todos que se enquadrem na finalidade que a norma (em sentido amplo) procura alcançar. Não se trata de legislar, mas de sanar a lacuna apresentada, por meio da interpretação, integração e aplicação das normas, à luz da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais de direito, sem violação ao princípio da separação dos Poderes.

## 5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 foi a primeira, no âmbito do direito pátrio, a reconhecer a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa, atribuindo ao Estado Democrático de Direito, a missão de proteger e assegurar o exercício de direitos vinculados a valores essenciais da própria condição de humanidade dos integrantes da sociedade brasileira (art. 1º, inc. III, da CF). Consiste, pois, a dignidade humana em fundamento de todo sistema dos direitos fundamentais, imprimindo coerência interna à aplicação, interpretação e integração de normas que compõem todo arcabouço jurídico.

Mas, a umbilical relação entre dignidade humana e direitos fundamentais não se restringe ao âmbito da relação entre Estado e indivíduo.

Os direitos fundamentais atuam nas diversas percepções que envolvem o ser humano, seja no aspecto individual (vida, liberdade, igualdade perante a lei, etc.); seja no social (saúde, educação, moradia, lazer, trabalho, etc.); seja no difuso (pluralismo político, meio ambiente, comunicação social, ordem econômica, etc.), dentre outros. A eficácia irradia-se, portanto, para além da relação entre o Estado e o indivíduo; alcançando relações entre particulares e entidades privadas, a revelar que os direitos fundamentais constituem exigências, concretizações e desdobramentos da própria dignidade humana. Essa a razão pela qual o Constituinte originário blindou os direitos fundamentais com o manto protetor das cláusulas pétreas, configurando verdadeiro limite e tarefa dos Poderes Constituídos, que, pela lente do constitucionalismo contemporâneo, demanda a Executivo, Legislativo e Judiciário servirem de instrumentos eficazes de promoção do bem-estar social e materialização dos valores constitucionais, em especial do valor supremo da dignidade humana.

Nessa linha de argumentação, ao Legislativo e ao Executivo, observado o espaço de discricionariedade que lhes é assegurado, a proteção revela-se por meio de leis e políticas públicas eficientes e adequadas que coloquem o indivíduo em posição de destaque na vida social e política, reconhecendo suas necessidades básicas, expressas na garantia do mínimo existencial e na própria dignidade humana, pautadas na noção de equilíbrio e de justa medida, que se concretizará através de iguais oportunidades a todos os cidadãos, sem discriminações de qualquer espécie. Mas, nas situações em que restará caracterizada conduta omissiva e/ou deficitária do poder público, que acarrete discriminação e/ou supressão/restrição da norma, apta a esvaziar o núcleo essencial do direito fundamental, legitima-se o Judiciário a intervir para, frente a casos concretos, pautado na necessidade de proteção de direitos essenciais, exercer o controle sobre os demais poderes, mediante aplicação, interpretação e integração das normas, atuando de forma a maximizar a eficácia dos direitos fundamentais e, como consequência, concretizar o valor dignidade humana.

À vista do presente estudo, conclui-se cumprir aos Poderes Constituídos, sob a ótica dos ideais da democracia e da justiça distributiva, essenciais à identidade do Estado Brasileiro Democrático de Direito, desempenhar as funções constitucionais de forma a maximizar a eficácia dos direitos fundamentais e materializar o valor abstrato da dignidade da pessoa humana, observado o pacto republicano que visa à promoção da melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

Não obstante, ao Judiciário, quando provocado em casos concretos que demandem o implemento de direitos prestacionais materiais, cumpre-lhe atuar, de forma moderada, na aplicação, interpretação e integração das normas fundamentais, imprimindo coerência apta a preservar o núcleo essencial; sem obliterar o respeito ao espaço de discricionariedade reservado a Legislativo e Executivo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 3 ed. São Paulo: Editora JusPodvm, 2024.

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo.** Florianópolis: Qualis, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI 1.232-1 DF.** Relator: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 27/08/1998. Publicado: Dje 01/06/2001. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451. Acesso em: 05/04/2024.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica do costume.** Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000.

KLATT, Mathias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle Judicial Ponderado. In. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo.** Tradução: Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis: Qualis, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A dignidade humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo.** Florianópolis: Qualis, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana: notas em torno da discussão sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. In. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo.** Florianópolis: Qualis, 2015b.

TAMANAHA. Brian Z. **On the rule of law: history, politics, theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

# EL DERECHO AL CUIDADO COMO DERECHO HUMANO: UN ANÁLISIS DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Marco Antonio Ruiz Nieves[1]

## 1 INTRODUCCIÓN

El derecho al cuidado ha adquirido una relevancia significativa en el ámbito internacional de los derechos humanos, reflejando la necesidad de garantizar que tanto quienes proveen cuidados como quienes los reciben disfruten de un acceso equitativo a condiciones de vida dignas. En este contexto, el Estado Argentino presentó una solicitud de Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), con

1 Marco Antonio Ruiz Nieves es abogado de la Universidad Santo Tomás, consultor en asuntos de género e identidades diversas, defensor de derechos humanos y escritor. Actualmente, es docente investigador del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá) y miembro del grupo de investigación Verba Iuris. Cuenta con Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario ante Organismos y Cortes Internacionales. Su trabajo de investigación se centra en temas interdisciplinarios que van desde lo jurídico hasta aspectos sociológicos y antropológicos, siendo referente en algunas tesis doctorales. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5963-5180. CvLAC:

https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001680997

Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=YPGk_JAAAAAJ&hl=es

ResearchGate: https://www.researchgate.net/scientific-contributions/Marco-Antonio-Ruiz-Nieves2144697403

Mendeley: https://www.mendeley.com/settings/account/

el objetivo de que el organismo reconozca los cuidados como un derecho humano. Esta iniciativa, presentada en enero de 2023, posiciona a Argentina como el primer país en solicitar formalmente a la Corte IDH que aborde este tema desde una perspectiva integral, considerando el derecho a cuidar, recibir cuidados y el autocuidado como derechos humanos fundamentales.

La solicitud de Argentina responde a un esfuerzo amplio del gobierno por posicionar los cuidados en el centro de la agenda política, en línea con políticas públicas y legislaciones que buscan reconocerlos no solo como una necesidad humana, sino también como un trabajo y un derecho. El Amicus Curiae presentado en este marco profundiza en los ejes claves que el Estado Argentino ha planteado ante la Corte: la interrelación entre los cuidados y la igualdad y no discriminación, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), y la garantía de una vida digna para quienes se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

El trabajo esta, basado en la solicitud de Opinión Consultiva y en el Amicus Curiae desarrollado en el marco del Proyecto Integrador de Aula (PISE) del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, sede Bogotá, Colombia, tiene como propósito analizar el impacto jurídico y social de la posible incorporación del derecho al cuidado como un derecho fundamental en el sistema interamericano. El PISE se fundamenta en el Sello Transformador de Areandina, el cual promueve el pensamiento crítico como herramienta clave para generar soluciones jurídicas que respondan a las necesidades sociales, especialmente en temas de justicia social y derechos humanos.

El Amicus Curiae también contribuyo de manera significativa a la apropiación del conocimiento, dado que busco influir en una respuesta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al destacar la necesidad de que los Estados adopten políticas públicas que promuevan el acceso igualitario a los cuidados. El documento enfatiza la responsabilidad estatal en garantizar condiciones de vida digna a través de la provisión de servicios de cuidado adecuados, considerando la intersección de factores

de vulnerabilidad como el género, la orientación sexual, la identidad de género, y el estatus socioeconómico.

Este artículo constituye, además, un aporte al Grupo de Investigación Verba Iuris, en el marco de la Convocatoria del IX Seminario Internacional Tutelas a la Efectivización de Derechos Indisponibles, coordinado por el Programa de Posgrado en Derecho de la Fundación Escuela Superior del Ministerio Público (FMP), con sede en Porto Alegre, Brasil. El seminario se centra en la protección de derechos supraindividuales, abarcando temas como los derechos fundamentales y la jurisdicción internacional, lo que se alinea con el análisis aquí propuesto sobre el derecho al cuidado. Este enfoque busca contribuir al reconocimiento de los cuidados como una obligación estatal, fundamental para garantizar el bienestar de las personas en situación de vulnerabilidad. Asimismo, refuerza la promoción de la justicia social en América Latina, al posicionar el derecho al cuidado dentro del marco de los derechos fundamentales que deben ser protegidos y garantizados por los Estados.

## 2 DESARROLLO DEL TEMA

El artículo examina el derecho al cuidado como un derecho humano fundamental, tomando como referencia la Opinión Consultiva presentada por Argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), lo que coloca al país como el primero en proponer este tema de manera formal ante el sistema interamericano. El análisis se centra en cómo el cuidado, tanto en la dimensión de proveerlo, recibirlo y ejercer el autocuidado, se relaciona con la igualdad y la no discriminación, y su impacto en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Este estudio deriva del Amicus Curiae desarrollado en el marco del Proyecto Integrador de Aula (PISE) del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina, y se presenta como una contribución al Grupo de Investigación Verba Iuris. El enfoque adoptado busca

posicionar el derecho al cuidado como una obligación estatal que garantiza el bienestar de las personas en situación de vulnerabilidad y fomenta la justicia social en América Latina. Asimismo, este artículo se presenta en el contexto del IX Seminario Internacional Tutelas a la Efectivización de Derechos Indisponibles, lo que refuerza su relevancia para el debate sobre los derechos fundamentales y su jurisdicción en el sistema interamericano.

## 3 DERECHOS FUNDAMENTALES Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) constituye uno de los pilares centrales en la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En él, se establece la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en el tratado a todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Esta disposición se erige como el principio rector en materia de protección de derechos fundamentales, y sirve como la base jurídica sobre la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ejerce su jurisdicción internacional (Corte IDH, 1988, n. 4).

La interpretación que la Corte IDH ha hecho de este artículo es expansiva, subrayando que la obligación de los Estados no se limita a una abstención pasiva. Es decir, el deber de respetar los derechos humanos va más allá de no interferir en su ejercicio. La Corte ha establecido que los Estados tienen un deber activo de adoptar medidas positivas que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención (Corte IDH, 1998, n. 4). Esta obligación implica la implementación de políticas públicas, leyes y mecanismos que hagan efectivos estos derechos, particularmente para las personas en situación de vulnerabilidad (Corte IDH, 1999, n. 63).

En este sentido, la Corte ha insistido en que el mero respeto formal de los derechos no es suficiente. Los Estados están obligados a crear las condiciones necesarias para que dichos derechos puedan ejercerse plenamente. Este enfoque refuerza el carácter protector del sistema

interamericano, donde se exige no solo la abstención de actos violatorios por parte del Estado, sino también la adopción de medidas concretas para prevenir la vulneración de derechos (Corte IDH, 2009, n. 205).

Un ejemplo paradigmático de esta interpretación expansiva se encuentra en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. En este caso, la Corte determinó que la omisión del Estado en adoptar medidas adecuadas para prevenir violaciones a los derechos humanos podía generar responsabilidad internacional, aun cuando no hubiera una acción directa del Estado en la comisión de los actos violatorios (Corte IDH, 1988, n. 4). Esta sentencia subraya la necesidad de que los Estados adopten medidas preventivas y correctivas eficaces para evitar vulneraciones, y no se limiten a la intervención reactiva una vez que se hayan producido las violaciones (Corte IDH, 1988, n. 4).

El incumplimiento de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos activa la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana. Este órgano puede intervenir cuando un Estado ha fallado en cumplir con sus obligaciones, ya sea por acción u omisión. Una vez que la Corte determina que ha habido una violación de derechos, emite sentencias vinculantes que obligan al Estado a adoptar medidas de reparación (Corte IDH, 2011, n. 221).

Estas reparaciones pueden adoptar diversas formas, tales como indemnizaciones económicas, medidas simbólicas (por ejemplo, disculpas públicas o conmemoraciones), garantías de no repetición, y modificaciones legislativas. El papel de la Corte no se limita a un carácter punitivo; su función también es transformadora, ya que puede ordenar cambios estructurales que busquen fortalecer la protección de los derechos fundamentales en el plano interno de los Estados (Corte IDH, 2001, n. 75).

Este sistema de reparaciones convierte al Estado en un garante activo de los derechos humanos. A través de su jurisprudencia, la Corte IDH supervisa la implementación de las medidas ordenadas, exigiendo no solo la reparación de los daños causados a las víctimas, sino también el fortalecimiento de las estructuras estatales para prevenir futuras

violaciones. Este modelo supervisado de protección busca asegurar que los Estados parte del Pacto de San José actúen de manera diligente, bajo una revisión constante de la comunidad internacional y con un compromiso hacia la transformación positiva en la protección de los derechos humanos (Corte IDH, 2011, n. 221).

## 4 DERECHO AL CUIDADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL: RESPONSABILIDAD ESTATAL, GRUPOS VULNERABLES Y LA AGENDA 2030

El derecho al cuidado ha sido progresivamente reconocido en el sistema interamericano de derechos humanos como un derecho fundamental debido a su profunda conexión con la dignidad, el bienestar y la igualdad de las personas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado este derecho en varias sentencias, destacando su importancia para garantizar la protección integral de personas en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad (Corte IDH, 2009, n. 205). Este derecho está intrínsecamente vinculado con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, el derecho a la vida digna y el derecho a la igualdad, lo que refuerza su relevancia dentro del sistema de protección de derechos humanos en la región.

El derecho al cuidado no solo se refiere a la provisión de asistencia material o física, sino que también implica la creación de condiciones sociales, económicas y legales que permitan a las personas desarrollarse plenamente y participar activamente en la sociedad. En el caso 'Mendoza y otros vs. Argentina', la Corte subrayó que los Estados tienen la obligación de garantizar que los derechos a la salud y a la vida digna incluyan el acceso a servicios de cuidado adecuados para las personas en situación de vulnerabilidad (Corte IDH, 2013, n. 260). Este enfoque amplía la responsabilidad estatal, extendiendo la provisión de cuidados más allá del ámbito privado o familiar, y colocándola dentro de la esfera pública y estatal.

El reconocimiento del derecho al cuidado como un derecho fundamental impone una serie de obligaciones concretas a los Estados

Parte del sistema interamericano. Estas obligaciones incluyen la adopción de políticas públicas efectivas que aseguren la provisión de cuidados tanto en el ámbito familiar como en el comunitario. La Corte ha interpretado que la falta de infraestructuras adecuadas para el cuidado, o la ineficacia en la implementación de políticas que garanticen este derecho, puede ser considerada una violación a los derechos humanos, ya que impide que las personas más vulnerables accedan al pleno ejercicio de sus derechos (Corte IDH, 2012, n. 246).

En el caso 'Campo Algodonero vs. México', la Corte determinó que el derecho al cuidado incluye la obligación del Estado de prevenir la violencia contra las mujeres mediante la creación de un entorno seguro y de apoyo que facilite el acceso a servicios de cuidado y proteja la integridad personal (Corte IDH, 2009, n. 205). Este fallo marcó un hito importante en la jurisprudencia, al vincular el derecho al cuidado con los derechos a la vida y la integridad personal, estableciendo que la responsabilidad del Estado no es únicamente de proveer cuidados, sino de asegurar que el entorno sea propicio para que las mujeres y otros grupos vulnerables accedan a ellos sin riesgo de violencia.

La relevancia del derecho al cuidado se profundiza en relación con grupos vulnerables, como lo ha destacado la Corte Interamericana en diversos fallos. Los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad son colectivos que, según la jurisprudencia de la Corte, requieren una atención especial por parte de los Estados para garantizar que puedan ejercer plenamente sus derechos. En el caso 'Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala', la Corte determinó que la omisión del Estado en proporcionar un entorno seguro y condiciones de vida adecuadas para los niños vulnerables constituyó una violación del derecho a la vida y la integridad personal (Corte IDH, 1999, n. 63). Esto reafirma la obligación estatal de intervenir activamente para garantizar el bienestar de estos grupos.

Por otro lado, el derecho al cuidado ha sido clave en la lucha por la igualdad de género. En el caso 'Fornerón e hija vs. Argentina', la Corte destacó la obligación de los Estados de proteger a las familias y garantizar

su acceso a servicios de cuidado adecuados, reconociendo que la protección del derecho al cuidado es fundamental para la cohesión social y el bienestar de los menores (Corte IDH, 2012, n. 242). Este enfoque resalta cómo el cuidado, además de ser una obligación estatal, tiene un impacto directo en la estructura social y en la igualdad de oportunidades, especialmente en lo que respecta a la superación de las barreras de género.

El derecho al cuidado también se ha vinculado al principio de igualdad y no discriminación. La Corte ha sido clara al señalar que la falta de acceso a cuidados adecuados agrava las desigualdades de género, ya que históricamente las mujeres han asumido una carga desproporcionada de las responsabilidades de cuidado. Esto ha llevado a pronunciamientos sobre la necesidad de implementar políticas que promuevan la corresponsabilidad en el cuidado entre hombres y mujeres, como parte de la obligación de los Estados de garantizar la igualdad de género y la justicia social. Este derecho no solo busca proteger a los receptores del cuidado, sino también a quienes históricamente han sido los proveedores, mayoritariamente mujeres, promoviendo así la igualdad de género en la distribución de las tareas de cuidado (Corte IDH, 2009, n. 205).

El contexto internacional también ha reconocido la importancia del derecho al cuidado en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Esta agenda, que establece los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), destaca el papel central que juegan los servicios de cuidado en la promoción de la igualdad de género y el bienestar social. El ODS 5, que busca lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas, subraya la necesidad de redistribuir las responsabilidades de cuidado no remunerado y promover servicios públicos de cuidado accesibles y asequibles (Naciones Unidas, 2015). Además, el ODS 3, centrado en asegurar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, reconoce que el acceso a servicios de cuidado de calidad es esencial para alcanzar estos objetivos (Naciones Unidas, 2015).

La integración del derecho al cuidado en la Agenda 2030 refleja un reconocimiento global de que las responsabilidades de cuidado han

limitado históricamente la participación de las mujeres en la fuerza laboral, y que los Estados deben adoptar medidas efectivas para redistribuir estas responsabilidades. En este sentido, el sistema interamericano ha comenzado a vincular el derecho al cuidado con el cumplimiento de los ODS, particularmente en lo que respecta a la promoción de la igualdad de género y la salud y bienestar. La Corte ha enfatizado que los Estados deben adoptar un enfoque integral que no solo garantice el acceso a servicios de cuidado, sino que también promueva un cambio cultural y estructural en la distribución de estas responsabilidades dentro de la sociedad.

En síntesis, el derecho al cuidado se erige como un derecho fundamental en el sistema interamericano, con una relevancia que trasciende el ámbito privado y se inscribe en las obligaciones estatales de protección y promoción de los derechos humanos. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido clave en su reconocimiento y desarrollo, al vincular este derecho con otros derechos fundamentales como la salud, la vida digna y la igualdad. Al mismo tiempo, el derecho al cuidado se ha integrado en la agenda global de desarrollo sostenible, reafirmando la necesidad de que los Estados asuman un papel activo en la provisión y regulación de cuidados, como una condición esencial para la justicia social y la igualdad de género.

## 5 EL IUS COGENS: UN PILAR DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El ius cogens, también conocido como normas imperativas del derecho internacional, constituye uno de los principios fundamentales del sistema internacional de derechos humanos. Son aquellas normas que, debido a su importancia, no admiten derogación y obligan a todos los Estados, independientemente de su consentimiento. Estas normas protegen valores esenciales de la humanidad y son reconocidas como imperativas por la comunidad internacional en su conjunto. Entre las normas de ius cogens más reconocidas se encuentran la prohibición de

la tortura, la prohibición de la esclavitud, y el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

La naturaleza vinculante y superior de las normas de ius cogens ha sido reconocida tanto por los tribunales internacionales como por los Estados en sus legislaciones nacionales. Estas normas no pueden ser modificadas por tratados u otras normas internacionales en conflicto, lo que las convierte en un pilar de la protección de los derechos humanos a nivel internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el carácter de ius cogens en la prohibición de la tortura, subrayando que ningún tratado o ley interna puede justificar actos de tortura bajo ninguna circunstancia (Corte IDH, 2006, n. 153).

El sistema interamericano ha adoptado un enfoque robusto frente al ius cogens, garantizando que las violaciones a estas normas no queden impunes. Esto refuerza el papel de la Corte Interamericana como guardiana de los derechos humanos en la región, al imponer estándares elevados que protegen la dignidad humana. En el caso 'Goiburú y otros vs. Paraguay', la Corte reiteró que la obligación de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos, como la desaparición forzada, es una obligación de ius cogens, lo que implica que no puede ser obviada por acuerdos internos o decisiones judiciales (Corte IDH, 2006, n. 153).

El ius cogens no solo asegura la protección de derechos fundamentales, sino que también establece una barrera para evitar que los Estados caigan en prácticas que puedan socavar los valores esenciales de la humanidad. El principio de que ningún Estado puede alegar su soberanía para violar normas de ius cogens fortalece la capacidad del sistema internacional para hacer cumplir los derechos humanos y permite que la Corte Interamericana y otros órganos internacionales actúen con autoridad en la protección de estos derechos.

De manera que, el ius cogens en el derecho internacional de los derechos humanos asegura que ciertos valores fundamentales de la humanidad se mantengan inviolables, independientemente de las particularidades políticas, sociales o culturales de los Estados. Estas normas

establecen un marco universal y no derogable que protege a todos los individuos de las violaciones más graves de los derechos humanos, asegurando que la dignidad y los derechos fundamentales sean salvaguardados a nivel internacional.

El control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad han sido desarrollados como herramientas esenciales en el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales, tanto en el sistema interamericano de derechos humanos como en el ámbito interno de los Estados, particularmente en Colombia. Estas doctrinas permiten la integración efectiva de los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales, asegurando que exista una coherencia normativa entre el derecho interno y los compromisos internacionales adquiridos por los Estados Parte. Tal integración posibilita una interpretación unificada de los derechos fundamentales a la luz de los estándares internacionales, lo que refuerza su protección.

En el ámbito interamericano, el control de convencionalidad ha sido concebido como una obligación ineludible para los jueces y autoridades nacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que estos deben interpretar y aplicar las leyes internas conforme a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a la jurisprudencia de la propia Corte. Este mecanismo se erige como una pieza clave en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al exigir que cualquier norma interna que sea incompatible con la CADH sea desaplicada o reinterpretada en consonancia con los estándares internacionales (Corte IDH, 2011, n. 221). Este control de convencionalidad, a diferencia de otras formas de control judicial, es expansivo y dinámico, ya que involucra a todos los jueces, no solo a los jueces constitucionales, quienes tienen el deber de garantizar que las normas internas respeten los tratados internacionales ratificados por el Estado. En consecuencia, el control de convencionalidad ha sido crucial para la protección de derechos como el derecho al cuidado, un derecho que ha sido progresivamente reconocido

en el ámbito de los derechos sociales y económicos dentro del Sistema Interamericano (Corte IDH, 2013, n. 260).

Por su parte, el bloque de constitucionalidad en Colombia ha sido desarrollado principalmente por la Corte Constitucional, permitiendo que las normas de derecho internacional de los derechos humanos ratificadas por el Estado sean consideradas parte del texto constitucional, siempre que se relacionen con la protección de los derechos fundamentales. Esto establece una barrera infranqueable frente a cualquier norma interna que contravenga los tratados internacionales, posicionando al derecho internacional como un límite efectivo a las potestades normativas del Estado. En el caso de Colombia, el bloque de constitucionalidad ha permitido la incorporación de tratados como el Pacto de San José, lo que implica que cualquier acto legislativo o administrativo que vulnere los derechos consagrados en la Convención Americana sea declarado inconstitucional (Colombia, Sentencia C-355/06).

Un claro ejemplo de la relevancia del bloque de constitucionalidad en Colombia es la protección del derecho al cuidado, un derecho que, aunque no está explícitamente reconocido en la Constitución, ha sido interpretado y defendido a través de la integración del Pacto de San José en el ordenamiento jurídico colombiano. La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho al cuidado está intrínsecamente relacionado con los principios de dignidad humana, igualdad y no discriminación. En este sentido, el control de convencionalidad ha servido como una herramienta eficaz para asegurar que el Estado colombiano adopte políticas públicas adecuadas para garantizar el acceso a servicios de cuidado, especialmente para los grupos más vulnerables (Colombia, Sentencia T-628/12).

Además, el derecho al cuidado ha cobrado especial relevancia en el contexto de la **Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible**, particularmente en lo que respecta al Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 5, relativo a la igualdad de género, y al ODS 3, que se refiere a la salud y el bienestar. La Agenda 2030 reconoce que la falta de acceso a servicios de cuidado ha limitado la participación de las mujeres en el ámbito laboral y

ha exacerbado las desigualdades estructurales de género. En este contexto, el sistema interamericano ha vinculado el derecho al cuidado con la necesidad de cumplir con los ODS, en particular con el ODS 5, que busca la igualdad de género, y el ODS 3, que promueve la salud y el bienestar. La Corte Interamericana ha exigido que los Estados implementen medidas que redistribuyan las responsabilidades de cuidado, históricamente asumidas por las mujeres, y garanticen la igualdad de acceso a servicios adecuados de cuidado (Naciones Unidas, 2015).

Por lo tanto, el control de convencionalidad ha permitido que el derecho al cuidado sea interpretado no solo como un derecho social o de política pública, sino como un derecho exigible dentro del marco de la responsabilidad internacional del Estado. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido contundente al afirmar que la omisión de los Estados en garantizar un cuidado adecuado constituye una violación de los derechos humanos. En casos emblemáticos como *Campo Algodonero vs. México*, la Corte declaró que la falta de un entorno seguro para las mujeres constituía una violación del derecho a la vida y la integridad personal (Corte IDH, 2009, n. 205). Esta jurisprudencia ha sido adoptada por la Corte Constitucional de Colombia para interpretar el derecho al cuidado como un derecho justiciable, que impone al Estado una responsabilidad activa en su provisión y protección.

Finalmente, es necesario destacar el papel del **ius cogens** en el fortalecimiento de la protección del derecho al cuidado. Aunque este derecho aún no ha sido formalmente reconocido como una norma de ius cogens, su estrecha vinculación con derechos fundamentales como el derecho a la vida, la dignidad humana y la igualdad sugiere que su protección debería ocupar un lugar prioritario en la agenda de derechos humanos. Las normas de ius cogens, que representan principios imperativos del derecho internacional de los que ningún Estado puede apartarse, proporcionan un marco robusto para la protección de los derechos humanos. El reconocimiento del derecho al cuidado ha ido avanzando y podría consolidarse como un derecho fundamental, especialmente

cuando su falta de cumplimiento compromete el disfrute de otros derechos esenciales, como el derecho a una vida digna, la salud y la integridad personal. En el caso Mendoza y otros vs. Argentina, la Corte Interamericana destacó la relevancia del cuidado para asegurar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, señalando la obligación del Estado de implementar medidas que garanticen el acceso a servicios de cuidado adecuados, con el fin de salvaguardar estos derechos fundamentales (Corte IDH, 2013, n. 260).

En conclusión, tanto el control de convencionalidad como el bloque de constitucionalidad son fundamentales para integrar los tratados internacionales en los sistemas jurídicos nacionales, reforzando la protección de los derechos fundamentales, como el derecho al cuidado. En el contexto colombiano, aunque la Constitución Política de 1991 no menciona explícitamente el concepto de bloque de constitucionalidad, este se deriva de varios artículos de la propia Constitución, especialmente del artículo 93, que establece la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia sobre el derecho interno, y su interpretación conforme a la Constitución. Esta disposición ha permitido que la Corte Constitucional colombiana interprete y consolide el bloque de constitucionalidad, integrando los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos al sistema constitucional colombiano.

La Corte Constitucional colombiana ha sido la encargada de desarrollar y aplicar esta figura a través de su jurisprudencia. Mediante sus decisiones, ha vinculado de manera directa los tratados internacionales sobre derechos humanos, otorgándoles un valor normativo que obliga al Estado colombiano a cumplir con las obligaciones asumidas en el ámbito internacional. Así, el bloque de constitucionalidad no solo incorpora los tratados de derechos humanos al marco jurídico, sino que también obliga a que las leyes y acciones del Estado se ajusten a los estándares internacionales en esta materia. De este modo, el bloque de constitucionalidad en Colombia ha sido clave para garantizar que los derechos fundamentales sean protegidos de acuerdo con las exigencias del derecho internacional,

asegurando que derechos como el derecho al cuidado y otros derechos sociales, económicos y culturales sean efectivamente garantizados y promovidos en el contexto interno, en especial para los grupos más vulnerables de la sociedad.

## 6 CONCLUSIÓN

El derecho al cuidado, como se ha abordado en este artículo, se presenta no solo como un derecho fundamental, sino también como un derecho supraindividual. Esto significa que su relevancia y alcance trascienden el ámbito individual para convertirse en un bien colectivo, cuya realización efectiva tiene un impacto positivo en la sociedad en su conjunto. Al ser considerado un derecho supraindividual, el derecho al cuidado impone al Estado la responsabilidad de garantizarlo no solo para quienes lo reciben, sino también para quienes lo brindan, reconociendo su contribución indispensable al bienestar social y a la justicia social.

La naturaleza supraindividual de este derecho resalta la obligación estatal de adoptar políticas públicas y marcos normativos que aborden las necesidades de cuidado de manera integral. Este enfoque involucra la promoción de condiciones que permitan a todos los sectores de la sociedad acceder a servicios de cuidado adecuados, al tiempo que se reconoce el valor social de estas tareas, tradicionalmente asumidas por las mujeres y otros grupos en situación de vulnerabilidad.

Para concluir, el derecho al cuidado, como derecho supraindividual, representa una oportunidad para transformar la sociedad desde la perspectiva de la igualdad y la solidaridad. Su integración en el sistema interamericano y su reconocimiento en los sistemas jurídicos nacionales fortalecen no solo la protección de los derechos individuales, sino también la cohesión y el bienestar colectivo, consolidando el compromiso de los Estados con la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

## REFERENCIAS

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. 10 de mayo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-628/12. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. 24 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo). Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Barrios Altos vs. Perú (Fondo). Sentencia del 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Fornerón e hija vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Furlán y familiares vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones). Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso González et al. ("Campo Algodonero") vs. México (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Mendoza y otros vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo). Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Naciones Unidas. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). ODS 3: Salud y bienestar. Resolución A/RES/70/1, adoptada el 25 de septiembre de 2015.

Naciones Unidas. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). ODS 5: Igualdad de género. Resolución A/RES/70/1, adoptada el 25 de septiembre de 2015.

# MARGEM DE APRECIAÇÃO EM CONTEXTO INTERNO: DISTENSIONAMENTO ENTRE O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Jenifer Castellan de Oliveira[1]

## 1 INTRODUÇÃO

Partindo da teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy e da visão do autor acerca do que seria uma constituição adequada, o presente trabalho busca destacar no contexto jurisdicional interno, o papel desempenhado pela teoria da margem de apreciação, atrelada à metodologia do teste da proporcionalidade, no distensionamento ou na conciliação entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional.

Na mesma medida em que é correto afirmar que ao legislador, assim como ao administrador, é garantido o exercício de suas constitucionais competências, não menos certo é dizer que, no exercício dessas atividades, ao restringirem eventualmente direitos fundamentais somente poderão fazê-lo dentro dos limites estabelecidos pela própria constituição. Cabendo ao poder judiciário fazer o controle dos atos legislativos e administrativos, abre-se a possibilidade de a jurisdição constitucional adentrar, indevidamente, no espaço de competência destes poderes, violando o princípio democrático.

1 Mestranda em Direito pela FMP-RS. *Master* em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante. Graduada em Direito pela UFRGS. Integrante do Grupo de Pesquisa "Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação" da FMP-RS. Tabeliã de Notas em São Leopoldo-RS.

Necessário, nesta dinâmica, identificar os espaços de discricionariedade constitucionalmente garantidos ao legislador e ao administrador, desenhando-se uma constituição que espelhe a imagem de uma moldura com conteúdo parcialmente preenchido por permissões, obrigações e proibições fundamentais para a comunidade, o que se encontra a partir da correta aplicação da teoria da margem de apreciação ou da dogmática dos espaços, operando-se adequadamente com o teste de proporcionalidade, num desenrolar argumentativo capaz de preservar valores democráticos.

O presente trabalho, através de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, abordará a formulação teórica de Robert Alexy dos direitos fundamentais enquanto princípios passíveis de serem ponderados em concreto, em caso de colisão, através do teste da proporcionalidade e que encontram legitimidade dentro de uma constituição adequada.

Em seguida, tratará da teoria da margem de apreciação em contexto interno, que se ocupa da margem estrutural e da epistêmica (empírica ou normativa), e de como esta teoria pode ser utilizada, juntamente com o teste de proporcionalidade, para bem definir e delimitar os espaços de atuação discricionária garantidos ao legislador e ao administrador.

Com base nestes temas, o estudo analisará o caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a ADI 5592, em que a Corte examinou os limites da discricionariedade do legislador, bem como das autoridades administrativas competentes para preverem e implementarem medida sanitária que impunha restrições a direitos fundamentais.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, PROPORCIONALIDADE E CONSTITUIÇÃO ADEQUADA

É consenso que o constitucionalismo do pós-segunda grande guerra se caracteriza não apenas pela preponderância hierárquico-normativa da constituição, mas também, e como consequência lógica, pelo aumento da importância dos direitos fundamentais como mecanismos de

defesa dos cidadãos contra eventuais violações pelo Estado, resultando, em diversos países, na criação de tribunais constitucionais, encarregados de fazer a proteção das normas constitucionais (Silveira, 2020, p. 41).

Nesta compreensão, os direitos fundamentais se estruturam como um feixe de posições e normas que vinculam invariavelmente os três poderes[2]. Assim, o legislador e a autoridade administrativa no exercício de suas competências e escolhas políticas, ainda que legitimados pelo princípio democrático, não podem restringir injustificadamente tais direitos, para além do permitido pela própria constituição (Gavião Filho, 2020, p. 19).

De acordo com a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, tais direitos têm a natureza de princípios e são mandamentos (aqui entendidos como permissões e proibições) tendentes à otimização, cuja medida de satisfação em graus variados está a depender das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (Alexy, 2024, p. 90).

Desta forma, os princípios, ao contrário das regras, devem ser compreendidos como mandamentos *prima facie* e não como mandamentos definitivos em abstrato, que no âmbito das possibilidades jurídicas dependem para sua aplicação de ponderação sempre que estivermos diante de uma hipótese de colisão entre diferentes princípios (Alexy, 2024, p. 104). A partir da ponderação, será possível criar, então, para o caso concreto, uma regra definitiva que estabelecerá a prevalência de um princípio sobre outro.

Daí decorre a estreita correlação entre a teoria dos princípios e o teste da proporcionalidade[3], cuja compreensão aqui se faz necessária (Alexy, 2024, p. 116-117).

---

2 Para Alexy (2024, p. 252): "(...) há quatro coisas que podem ser chamadas de 'direito fundamental completo': (1) um feixe de posições definitivas; (2) um feixe de posições definitivas, incluindo as relações que existem entre elas; (3) um feixe de posições definitivas e *prima facie*; e (4) um feixe de posições definitivas e *prima facie*, incluindo as relações que existem entre elas".

3 A utilização inicial do teste da proporcionalidade remonta ao Superior Tribunal Administrativo Alemão, ainda no final do século XIX, a fim de controlar as medidas policiais relativas à privação de liberdade ou à propriedade, com o objetivo

Sinteticamente, é possível afirmar que as restrições ou intervenções estatais estarão justificadas quando satisfeitos os quatro subtestes parciais da proporcionalidade, que seguem aqui resumidos, a saber: (a) finalidade – que verifica se a medida estatal que restringe um direito fundamental está a perseguir um fim constitucionalmente legítimo, (b) adequação ou idoneidade – que examina se a medida estatal é idônea para promover a realização do fim constitucionalmente legitimo perseguido, (c) necessidade – que afere se a medida estatal escolhida é a menos restritiva aos demais direitos fundamentais ou bem jurídicos protegidos constitucionalmente que foram afetados, (d) ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito – que verifica, sopesando em graus, se a importância da medida adotada justifica a restrição experimentada pelo outro direito fundamental envolvido (Gavião Filho; Caye, 2022, p. 328).

A ponderação por sua vez, se deixa compreender em duas regras: (d.1) a regra material: quanto maior o grau de restrição imposto a um direito constitucional, maior deve ser o grau de importância ou realização do direito fundamental ou bem jurídico protegido ou perseguido pela medida estatal interventiva e (d.2) a regra epistêmica: quanto maior o grau de restrição ou prejuízo do direito fundamental, maior deve ser o grau de segurança das premissas fáticas e normativas que apoiam a medida estatal (Gavião Filho, 2020, p. 22).

A partir da formulação de direitos fundamentais enquanto princípios vistos como mandamentos a serem otimizados e ponderados, em

de verificar se os meios empregados pela autoridade policial eram adequados ao objetivo da lei. Adiante, já no século XX, o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a empregar o teste da proporcionalidade como ferramenta para a ponderação dos interesses em jogo, sendo que a partir do final dos anos 1970 consolidou a ferramenta argumentativa, com o uso da proporcionalidade em cerca de um terço de suas decisões.

Neste sentido, o teste de proporcionalidade vem sendo cada vez mais empregado com maior ou menor rigor mundo a fora e inclusive pela jurisdição constitucional no Brasil, em especial pelo Supremo Tribunal Federal após Constituição Federal de 1988, para verificar se as medidas estatais que representam restrições ou intervenções aos direitos fundamentais estão racionalmente justificadas (Gavião Filho; Caye, 2022, p. 320).

caso de colisão, no caso concreto, desenha-se um cenário em que a jurisdição constitucional acaba ganhando grande relevo quando a ela se atribui o papel de examinar e decidir se as restrições ou limites impostos aos direitos fundamentais pelo poder legislador ou por outras autoridades administrativas competentes estão justificados.

No Brasil, em que prevalece o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário de lesão ou ameaça a direitos[4] e em que se experimenta o controle de constitucionalidade tanto de forma concentrada, quanto difusa, o papel da jurisdição constitucional tem realmente grande protagonismo.

No exercício deste controle dos atos legislativos e administrativos, em nome da proteção dos direitos fundamentais, corre-se o risco de a jurisdição constitucional atravessar o espaço de competência do legislador ou de outras autoridades políticas democraticamente eleitas e, assim, violar o princípio da democracia, num cenário de um talvez criticável ativismo judicial[5].

4 Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV.

5 Nesse sentido Leal e Moraes (2018, p. 505): "Não são poucas as críticas no Brasil quanto a um agigantamento do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais poderes (...)"

Também sobre o tema do ativismo sempre oportuno revisitar o paradigmático voto dissidente de Holmes no Caso Lochner, citado e transcrito por Manuel Atienza (2013, p. 269): "Uma constituição é feita para o povo, e o povo é formado por pessoas cujas ideias fundamentais e convicções podem não coincidir. E o fato de pensarmos que alguma ideia é natural ou evidente, ou nova ou mesmo chocante, não deve influenciar nosso julgamento sobre a constitucionalidade das leis que são expressão delas. As ideias gerais não servem para resolver os casos concretos. A solução deve ser encontrada por meio de um julgamento ou uma intuição bastante mais sutis do que uma dedução extraída de uma premissa maior, geral e abstrata. Acredito que essa afirmação, se fosse levada à prática, nos aproximaria da solução correta. Todas as opiniões ou ideias tendem a acabar sendo coletadas em uma lei. Acredito que o termo 'liberdade', tal como aparece na 14ª Emenda, torna-se desnaturalizado quando usado para impedir a maioria dos cidadãos e, portanto, as convicções majoritárias, de alcançar os fins que buscam, a menos que seja possível demonstrar que uma pessoa sensata e razoável poderia considerar a lei em questão como contrária aos nossos princípios fundamentais, conforme se derivam das tradições do povo e do Direito." (tradução nossa).

Daí porque dizer, que tal dinâmica estabelece uma aparente tensão entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional ou entre aquele e os direitos fundamentais propriamente ditos, vistos enquanto mandamentos a serem otimizados e ponderados, que vinculam e pautam a atuação do legislador e do administrador em suas escolhas políticas.

O tema vem, portanto, ao encontro das críticas acerca da legitimidade da ponderação, dentre as quais, destaca-se, a bem do presente estudo, a da demasia[6], segundo a qual a teoria dos princípios levaria a um excesso de direitos fundamentais, o que ensejaria uma restrição indevida ao espaço do legislador e, por consequência, ao princípio democrático (Alexy, 2024, pp. 575-6).

Como bem explica Gavião Filho (2011, p. 299):

> A objeção apresentada contra a legitimidade da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional para a ponderação diz que, afora o enfraquecimento e a perda de primazia dos direitos fundamentais resultante de sua identificação com valores, o ponderar no caso de colisão de direitos fundamentais entre si e com bens coletivos implica redução do espaço de conformação política do legislador, comprometendo a democracia e o princípio da divisão dos poderes e, com isso, o próprio Estado de Direito constitucional e democrático.

Em contraponto a tais críticas, Alexy afirma que a discussão acaba envolvendo uma contraposição entre ordem-moldura e ordem-fundamento. O autor, para superar as objeções apontadas, defende que uma boa constituição deve ser tanto uma ordem-moldura no sentido material-procedimental, quanto uma ordem-fundamento no sentido qualitativo (Gavião Filho, 2011, p. 302).

A constituição como ordenação-quadro (ou moldura) define ao legislador o que é: proibido (impossível jurídico-constitucionalmente),

6 Não se desconhece a crítica da 'insuficiência', de que a ponderação retiraria força dos direitos fundamentais, pois estes seriam flexibilizados ao serem transformados em mandamentos de otimização e poderiam desaparecer no âmbito da ponderação irracional (Alexy, 2024, p. 576).

ordenado (necessário jurídico-constitucionalmente) ou liberado (possível jurídico constitucionalmente) (Alexy, 2024, p. 582).

Este modelo pode ser conciliado com a constituição vista enquanto uma ordem fundamento em sentido qualitativo, que é aquela constituição que decide apenas sobre as questões que são fundamentais para a comunidade, deixando aberta a via para decisões sobre outras matérias (Alexy, 2024, p. 584).

Assim, uma boa constituição, em primeiro lugar obriga e proíbe algumas coisas, estabelecendo uma moldura, em segundo lugar, faculta outras, aceitando discricionariedades, e, em terceiro, define, por meios dos deveres e proibições, as questões fundamentais para a comunidade, deixando aberta ao legislador a decisão sobre outros temas (Alexy, 2024, p. 584).

Alexy responde, desta forma, tanto ao não cognitivismo quanto, ao cognitivismo extremo.

Para o não cognitivismo, a constituição representaria um mero conjunto de procedimentos para a deliberação dos cidadãos, mas dada a sua textura aberta, dela não se podem tirar soluções para problemas substanciais. Há nesse caso, uma subconstitucionalização, abrindo espaço para violações dos direitos fundamentais pela deliberação da maioria, de acordo com a vontade política do momento. A constituição seria vista como uma espécie de moldura puramente procedimental, cujo espaço interno estaria totalmente vazio. Neste formato, tudo caberia ao legislador definir (Gavião Filho, 2011, p. 301).

Por outro lado, no cognitivismo extremo o legislador passa a ser um mero executor da constituição, sem espaço para tomada de decisões políticas. Aqui a jurisdição constitucional é capaz de encontrar soluções substanciais concretas para todos os casos, o que geraria a possibilidade de um ativismo jurisdicional esmagador em face do legislador. Na sobreconstitucionalização, a constituição teria resposta para tudo, sem deixar espaço para decisões a serem tomadas pelo legislador infraconstitucional. Haveria uma moldura com espaço interno totalmente preenchido. Uma

ordem fundamental sob o ponto de vista quantitativo, ou a constituição genoma (Alexy, 2024, p. 577).

O equilíbrio necessário e desejado entre a ordenação fundamental qualitativa e a ordenação quadro, ou seja, a constitucionalização adequada, pode ser alcançado justamente pela dogmática dos espaços, que irá ao final espelhar uma constituição enquanto uma moldura parcialmente preenchida (Gavião Filho, 2011, p. 302).

Cabe pontuar que o conceito de uma constituição adequada vem atrelado a uma correta aplicação da teoria da margem de apreciação, que se desvenda com a utilização pertinente do teste de proporcionalidade antes referido, numa dinâmica argumentativa que respalda e legitima democraticamente o exercício da jurisdição constitucional (Gavião Filho, 2020, p. 26).

Assim, a proposta de uma constitucionalização adequada, ao prever espaços de discricionariedade ao legislador e ao administrador, mostra-se decisiva para conciliar direitos fundamentais e democracia.

## 3 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO EM CONTEXTO INTERNO

Embora tenha também grande relevo no âmbito do direito internacional, onde se costuma tratar da margem nacional de apreciação, em uma relação direta com a margem supranacional de controle, em especial a fim de reconhecer um espaço decisório reservado ao estado nacional que teria melhores condições de valorar questões culturais e sociais do que uma corte internacional, importa notar que a teoria da margem de apreciação não teve sua origem nas relações externas, tendo para lá migrado desde a ordem interna, sendo esta última objeto do interesse do presente estudo (Saldanha/ Brum, 2015, p. 199).

A teoria da margem de apreciação é um conceito inicialmente desenvolvido nas práticas do direito administrativo europeu, como alertam Saldanha e Brum (2015, p. 202):

> (...) na França é conhecida como 'marge d'appréciation'; na Itália como 'marge de discrizionalità' e na Alemanha 'Ermessensspielraum'. Em todos esses países ocorre a reserva de apreciação ao administrador e ao legislador, considerada um caminho de respeito à autonomia entre os poderes, um espaço de manobra para as autoridades públicas.

Na França, país de origem da teoria, a partir dos anos de 1980 a margem passou também a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional, a fim de avaliar se em determinados casos a atuação do legislador havia se dado dentro do espaço de atuação política a este reservado. (Leal; Moraes, 2018).

Com relação ao seu aspecto interno, portanto, a margem de apreciação atua nas relações entre os poderes do estado (executivo, legislativo e judiciário), passando a envolver relações e medidas de deferências entre eles, em especial ao impor ao poder judiciário, em respeito ao princípio democrático e da separação dos poderes, um dever de respeitar os espaços de atuação discricionária reservados tanto ao legislador quanto ao administrador (Leal; Moraes, 2018, p. 504).

A teoria da margem de apreciação ou a dogmática dos espaços, então, vai se preocupar com o espaço de discricionariedade que deve ser reconhecido ao legislador ou à autoridade estatal competente na imposição de medidas restritivas aos direitos fundamentais para atingir determinado bem comum (Gavião Filho, 2020, p. 26).

Neste passo, quanto maior a margem de apreciação ou espaço de discricionariedade, menor será o grau de intensidade do controle jurisdicional. Ou seja, maior será a deferência que a jurisdição constitucional deve prestar as autoridades legislativas ou administrativas democraticamente legitimadas (Gavião Filho, 2020, p. 26).

Estes espaços, deixados livres pela constituição à atuação do legislador podem ser estruturais ou epistêmicos.

### 3.1. Margem de apreciação (ou espaço) estrutural

Aquilo que as normas da constituição nem obrigam, nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador. Ou seja, a margem de apreciação estrutural define-se pela ausência de ordens ou proibições definitivas, isto é, "o que constituição libera definitivamente pertence ao espaço de apreciação estrutural e sobre ela não há controle judicial constitucional, porque ali termina a normatividade material definitiva da constituição" (Gavião Filho, 2020, p. 22).

Neste caso, o legislador está liberado para escolher: a) finalidades, b) meios ou medidas a serem adotadas, c) graus de realização dos direitos fundamentais e dos bens coletivamente protegidos relacionados, assim, ao interesse público.

A discricionariedade para definir finalidades ou objetivos ocorre quando o legislador, diante de um direito fundamental, tem autorização para intervenção que:

a.1) deixe em aberto as razões para esta intervenção – hipótese em que o legislador pode decidir ele próprio se quer intervir no direito fundamental e em razão de que finalidades, objetivos ou princípios. Neste caso, o legislador pode escolher entre os mais variados fins, desde que fins legítimos, que em regra, serão interesses coletivos, ou

a.2) embora mencione razões, apenas permita, mas não obrigue a intervenção se essas razões estiverem presentes. Nesta hipótese, cabe ao legislador a decisão sobre encampar os fins, objetivos e princípios elencados no dispositivo constitucional e sobre a própria oportunidade da intervenção (Alexy, 2024, p. 582).

Sendo ampla a margem para escolher fins, ampla deve ser a deferência jurisdicional ao legislador no controle constitucional (Gavião Filho, 2020, p. 27).

Na prática, veremos que a análise desta liberdade para estabelecer fins estará relacionada ou atrelada com os demais subtestes da proporcionalidade. Embora o legislador tenha liberdade para escolher os fins, deve

usar os meios adequados e necessários para essa consecução, sem o que sua intervenção no direito fundamental não estará justificada, apesar de legítimo o fim eleito. Então, na realidade, como é sabido, a liberdade para escolher o fim, ainda que legítimo, não será por si só suficiente para justificar a intervenção no direito fundamental.

O teste da adequação ou idoneidade servirá para excluir uma medida inidônea para atingir o fim pretendido. Excluídas as medidas não idôneas, abre-se a margem de apreciação do legislador para escolhe medidas idôneas (Gavião Filho, 2020, p. 27).

No recente julgamento que descriminalizou o porte de maconha em pequena quantidade para uso pessoal no Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário número 636.659, entendeu que a condenação penal e o encarceramento de usuários de drogas não seria medida idônea para promover o fim pretendido que seria a redução do consumo de drogas no país (Brasil, 2024).

O subtexto da necessidade deve ser utilizado para excluir, dentre as medidas idôneas, as mais gravosas. Nesse sentido, deve-se entender que a autoridade deve escolher as medidas com menor intervenção em outros princípios ou bens coletivos. Isso não significa exigir otimização em ponto máximo, mas sim evitar sacrifícios desnecessários.

No mesmo exemplo de descriminalização do porte de maconha para consumo próprio, o STF entendeu não necessária a criminalização, pois haveria meios menos gravosos para reduzir ou evitar o consumo da droga, como, por exemplo, a punição administrativa, que foi o meio escolhido pela Corte.

A discricionariedade para escolha de meios ocorre quando as normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas, com por exemplo a concessão de uma proteção. Essa discricionariedade decorre da estrutura de deveres positivos (Alexy, 2024, p. 586).

Robert Alexy (2024, p. 587) traz o exemplo do salvamento obrigatório de alguém que se afoga. Este salvamento pode se dar, por exemplo, a

nado, através do alcance de uma boia ou com um bote. Do dever de salvar não decorre a obrigação de utilizar especificamente uma dessas possibilidades. Cabe ao agente escolher o meio.

Neste ponto, o limite para a autoridade é que estão proibidas, dentre as medidas idôneas, apenas as mais gravosas. Fora disso a autoridade está livre para escolher.

No mesmo sentido, o exemplo citado por Gavião Filho (2011, p. 303), em que se teria o caso de duas vacinas que são igualmente eficientes e não há distinções entre elas (eficácia, preço, efeitos colaterais), caso em que a autoridade poderá escolher qualquer delas.

Mas, nos casos em que os diversos meios fomentarem a finalidade: (a) em graus distintos, ou (b) se for incerto em que grau o fazem, ou (c) se tiverem efeitos negativos em diferentes graus nas outras finalidades ou princípios, ou ainda, (d) se for incerto em que grau isto ocorre, a determinação da medida necessária (menos gravosa) e proporcional poderá depender, na prática, da margem da ponderação e da margem de apreciação epistêmica (Gavião Filho, 2020, p. 28).

Segundo Matthias Klatt (2024, p. 136):

> O teste da necessidade requer que, diante de medidas igualmente efetivas, deva-se escolher aquela menos intrusiva. Nesta etapa do teste da proporcionalidade também haveria discricionariedade, eis que o legislador não é obrigado a usar uma única medida, mas pode usar um meio igualmente brando ou ainda mais brando para atingir os seus fins.

Assim, ainda dentro da margem estrutural, podemos encontrar a discricionariedade ou espaço para estabelecer ponderações. Isto ocorre quando a decisão depender de ponderação e identificação dos graus de fomento *versus* graus de prejuízo aos outros princípios envolvidos.

Neste passo, como visto, a regra material do subteste da proporcionalidade em sentido estrito define que quanto maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a importância da

realização de outro direito fundamental. A partir dessa ponderação é que se poderá verificar o que a Constituição ordena ou proíbe definitivamente e isto vincula o legislador (Gavião Filho, 2020, p. 28).

Ou seja, feita a ponderação (ou teste da proporcionalidade em sentido estrito) chegando-se à conclusão de que um direito fundamental deve prevalecer sobre o outro no caso concreto, não haverá margem ao legislador.

Todavia, se com a aplicação desse subteste resultar um empate, podemos entender que neste ponto, a Constituição nada decidiu, abrindo-se a margem estrutural para o legislador escolher livremente.

Neste contexto, a quantidade de empates dependerá da escala empregada na ponderação. Na escala triádica simples há mais possibilidades de empate (graus leve, médio e grave). Na escala de modelo triádico duplo (com atribuição de subgraus) a possibilidade de empate se reduz, reduzindo, por consequência, a margem de apreciação estrutural da autoridade, aumentando o controle jurisdicional sobre a margem de discricionariedade (Gavião Filho, 2020, p. 28-9).

Todavia, mesmo as escalas mais refinadas não são capazes de eliminar sempre e por completo as possiblidades de empate, o que assegura a compatibilidade entre ponderação e a Constituição como ordenação-quadro ou moldura procedimental material que se concilia com a ordem-fundamento qualitativa e preserva o espaço de discricionariedade do legislador decorrente do princípio democrático.

## 3.2. Margem de apreciação (ou espaço) epistêmico

O espaço epistêmico se ocupa não dos limites do que está proibido ou ordenado pela Constituição, mas dos limites da capacidade de cognição do que a constituição ordena, proíbe ou libera. Ele surge quando não há certeza sobre o que está ordenado, proibido ou liberado pela Constituição (Gavião Filho, 2011, p. 306).

Aqui o legislador está liberado para fazer as suas escolhas quanto às finalidades, as medidas e aos graus de intensidade da intervenção e de importância dos direitos fundamentais e dos bens coletivos envolvidos.

O espaço de apreciação epistêmico será empírico ou normativo, sendo que para Matthias Klatt (2024, pp. 138-9) ambos estão vinculados à segunda lei da ponderação, que determina que "quanto maior for o peso da interferência sobre um direito fundamental, maior deve ser a certeza sobre as premissas que a justificam".

### 3.2.1. Margem epistêmica empírica

Há uma insegurança quanto às premissas empíricas, isto é, e aqui se permite intervenção nos direitos fundamentais com base em premissas fáticas incertas, sustentáveis ou plausíveis.

O espaço epistêmico empírico permite ao legislador atuar mesmo diante de incertezas ou ignorâncias fáticas relativas à idoneidade ou necessidade da medida restritiva. É comum a ocorrência dessas incertezas no campo científico, o que acabará exercendo um papel importante em muitas áreas do direito (Klatt, 2024, p. 140).

A ideia é que a exigência de certeza inviabilizaria a atuação da autoridade competente.

A margem de apreciação epistêmica empírica, porém, não é ilimitada, não podendo a autoridade intervir intensamente nos direitos fundamentais a partir de prognoses apenas incertas, o que implicaria uma prevalência absoluta do princípio formal da competência legislativa sobre o princípio material dos direitos fundamentais (Alexy, 2024, p. 615).

Os limites da margem de apreciação epistêmica empírica são dados pela segunda regra da proporcionalidade em sentido estrito, antes vista: "Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia" (Alexy, 2024, p. 617).

O conceito de certeza deve ser tomado no sentido de confiabilidade e não de probabilidade. Essa confiabilidade deve ser expressa em graus epistêmicos: certo (ou seguro), plausível (sustentável) e não evidentemente falso.

Como conclui Gavião Filho (2011, p. 307), "premissas empíricas apenas plausíveis não podem sustentar a justificação de uma severa intervenção em direito fundamental ou bem coletivo juridicamente protegido. Muitos menos as não evidentemente falsas." O autor apoia sua afirmação no exemplo de pessoas que se negam a realizar transfusão de sangue por motivos religiosos, concluindo que a mera plausibilidade do risco de vida não pode ensejar uma medida estatal coercitiva de transfusão.

Retoma-se aqui, mais uma vez a importância do teste da proporcionalidade antes desenhado como ferramenta que visa orientar a jurisdição constitucional a delimitar e encontrar os espaços de atuação de cada um dos poderes, à luz do caso concreto.

### 3.2.2. Margem epistêmica normativa

A margem epistêmica normativa surge quando houver incerteza a respeito da intensidade da intervenção em um direito fundamental, ou, no dizer de Klatt (2024, p. 140), "quando não é claramente definido qual o peso de determinado direito fundamental, especialmente em casos de ponderação".

As incertezas normativas implicam em três questões distintas (Gavião Filho, 2020, p. 33):

> Como graduar diferentes intensidades de intervenção e de importâncias de realização de um princípio
> Incerteza quanto ao peso abstrato dos princípios
> Incerteza quanto ao peso concreto dos princípios relacionados uns com os outros

Aqui a autoridade está liberada para escolher conforme suas próprias valorações, contudo, como essa margem significa uma supressão do

controle jurisdicional sobre a as definições do legislador ou administrador, essa liberdade não pode levar a um espaço absolutamente livre e incontrolável, devendo a margem ser equilibrada com a necessária vinculação de todos os agentes democráticos aos direitos fundamentais (Gavião Filho; Moreira, 2021, p. 388).

A margem epistêmica normativa, portanto, somente existirá quando houver incerteza normativa quanto à ponderação dos direitos fundamentais. Se não houver essa incerteza, não haverá margem para o legislador realizar livremente sua própria ponderação.

Resta claro que o reconhecimento da margem de apreciação do legislador democraticamente legitimado não impede que o teste da proporcionalidade seja aplicado pela jurisdição constitucional para controlar as medidas estatais limitadoras ou restritivas de direitos fundamentais (Gavião Filho; Moreira, 2021, p. 388).

Com isto, fica assegurado tanto espaço para as decisões do legislador livres de controle jurisdicional, como também a intervenção da jurisdição constitucional quando o dado pelo legislador democraticamente legitimado viola os direitos fundamentais injustificadamente.

Como conclui Klatt (2024, p. 142):

> Se o teste da proporcionalidade é suplementado pela teoria da discricionariedade, não existe perigo que o controle judicial prejudique a competência do legislador democraticamente legitimado. Propriamente aplicada, a teoria da proporcionalidade pode assegurar que o poder do Estado não se volta ao tribunal constitucional. Aplicar esse sistema de discricionariedade assegura que tanto o legislador democraticamente legitimado e a necessidade de efetividade na proteção aos direitos fundamentais sejam reconciliados da melhor forma possível, diferente das soluções de uma ampla deferência ou de uma jurisdição intrusiva.

Neste contexto, a teoria da margem de apreciação propõe um controle moderado sobre o que é decidido pelo legislador democraticamente

legitimado, propiciando a conciliação entre direitos fundamentais e o princípio democrático, levando a uma constitucionalização adequada, em que os princípios formais e materiais serão objeto de ponderação, com base na proporcionalidade (Gavião Filho; Moreira, 2021, p. 389).

Assim, a importância da teoria da margem de apreciação, tanto estrutural, quanto epistêmica em conjunto com o teste de proporcionalidade, pode ser melhor evidenciada diante da análise de casos concretos, a exemplo do que a seguir se propõe.

## 4 MARGEM DE APRECIAÇÃO E PROPORCIONALIDAE NA PRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI 5592

Acerca dogmática dos espaços, em 11 de setembro de 2019, no julgamento da ADI 5592 (Brasil, 2019), intentada pela Procuradoria Geral da República contra o inc. IV do § 3º do art. 1º da Lei n. 13.301/2016[7], que dispunha sobre a permissão de uso, em situação de iminente perigo à saúde pública, de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão de substâncias químicas por aeronaves para combate aos mosquitos transmissores do vírus da dengue, da *chikungunya* e da *zika*, o Supremo Tribunal Federal travou discussão sobre os limites da discricionariedade do legislador, bem como das autoridades administrativas competentes para preverem e implementarem tal medida sanitária.

7 Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika , a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde - SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 , e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN. (...) § 3º São ainda medidas fundamentais para a contenção das doenças causadas pelos vírus de que trata o caput: (...) IV - permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida.

O pedido de inconstitucionalidade vem embasado na afronta ao art. 37, caput, (princípio da finalidade), ao art. 225, V e VII (dever de preservação do meio ambiente) e aos arts. 6º e 196 (proteção à saúde).

Em colisão, portanto, de um lado a intenção do legislador em municiar as autoridades sanitárias competentes, tanto em âmbito federal, estadual, distrital e municipal a utilizarem medidas de proteção à saúde pública no combate a epidemias e de outro, os bens jurídicos potencialmente afetados pela medida, quais sejam o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a vida e a também a saúde coletiva. No cenário, ainda, a incerteza quanto aos dados técnicos relativos à eficácia e à segurança da medida.

Trata-se, inicialmente, da delimitação da discricionariedade ou margem para escolha de meios, decorrente da estrutura de deveres positivos, em que se a atuação do poder público é necessária para proteger um bem coletivo, aqui na hipótese, a saúde pública fortemente ameaçada por epidemias sanitárias.

Mas, como antes visto, diante da incerteza tanto quanto ao grau de fomento, quanto ao grau de afetação ou de efeitos negativos que a medida pode causar em outras finalidades ou princípios, a determinação do meio necessário (menos gravoso) e proporcional depende, ainda, da delimitação do espaço para realizar ponderações e da margem de apreciação epistêmica.

Na hipótese, diante de colisão de direitos fundamentais envolvidos saúde pública e meio ambiente ecologicamente equilibrado, vale lembrar o que sustenta Gavião Filho (2005, p. 176), ao afirmar que:

> Se os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito configuram posições fundamentais jurídicas cuja realização é tão importante que não pode estar liberada à livre apreciação de uma maioria parlamentar, a decisão a respeito de quais direitos fundamentais a prestações em sentido estrito podem ser exigidas definitivamente é uma questão de 'ponderação de princípios'.

Analisando a hipótese *sub judice*, a Ministra Carmem Lúcia, votou pela procedência do pedido diante do vasto material carreado aos

autos, no sentido tanto da incerteza acerca da real eficácia da medida de dispersão aérea de inseticida para o controle das epidemias, quanto da incerteza dos efeitos danosos que poderiam ser causados pela medida ao meio ambiente e à saúde pública. Entendeu, portanto, que embora não caiba ao poder judiciário escolher a política pública mais apropriada para o enfrentamento das epidemias sanitárias, seria incompatível com a Constituição dispositivo legal que admita medida cujos efeitos positivos à saúde e ao ambiente não foram comprovados, mas que, bem ao contrário, a maior parte da informação disponível sugere seja ineficiente e danosa. No seu entender, a liberdade do legislador deve estar atrelada, no caso, a um estudo acerca da eficácia e da segurança da medida, que deve ser prévio à edição da própria lei.

Do voto se lê (Brasil, 2019):

> Os princípios da prevenção e da precaução espraiados nas normas constitucionais de proteção à saúde humana e de preservação do meio ambiente sustentável impõem cautela e prudência para e antes da edição de leis. Os estudos e o aprofundamento das pesquisas sobre a eficácia científica da medida devem preceder a edição do ato normativo.

Abrindo divergência, o Ministro Alexandre de Moraes votou pela constitucionalidade da disposição legal, por compreender que a lei, nos termos em que redigida, já contempla norma sobre a necessidade de estudo técnico para o implemento da medida, não cabendo ao poder judiciário limitar previamente e, em tese, a atuação do legislador, bem como do administrador na matéria.

Do voto se extrai (Brasil, 2019):

> No mérito, tenho que a norma impugnada não violou os preceitos indicados pelo requerente, pois tratou de autorização ao uso de aeronaves para dispersão de substâncias químicas condicionada à aprovação das autoridades sanitárias e à comprovação científica da eficácia da medida.

> Não se trata, portanto, de norma com aptidão para vulnerar a saúde humana ou o meio ambiente, uma vez que sua eficácia é condicionada à posterior regulamentação por atos administrativos. (...) É evidente, em razão dos condicionamentos que a própria lei estabelece, que o uso dessa metodologia de combate ao mosquito da dengue dependerá da averiguação da segurança e eficiência da dispersão de substâncias por aeronaves pelas autoridades sanitárias competentes.
> O Poder Público gozará de ampla margem de conformação para regulamentar a norma impugnada em pleno atendimento aos imperativos de proteção à saúde humana, ao meio ambiente e de eficiência da política pública de combate ao mosquito. Eventualmente, caso não satisfeitos esses requisitos, não deverá permitir a dispersão de substâncias por métodos não certificados.
> (...) A assunção de riscos na utilização de determinado método de combate ao *aedes aegypti* deverá ser avaliada escrupulosamente pelos órgãos competentes, sendo certo que decisões administrativas eventualmente arbitrárias ou desacompanhadas de embasamento técnico e científico suficientes poderão ser questionadas. O que não ocorre, entretanto, é a inconstitucionalidade da norma impugnada pela mera hipótese de risco, sob fundamento de que a incerteza do método cogitado pela lei seria, por si só, atentatória ao princípio da precaução e ao dever de proteção à saúde humana e ao meio ambiente equilibrado. A mera existência de risco não interdita a atuação do Estado em prol de determinada atividade (...). Não se ignora a existência de sérias e fundadas dúvidas sobre a eventual nocividade da dispersão de substâncias por aeronaves, ou mesmo sobre a real eficácia desse método no combate ao *aedes aegypti*. (...) Mas entendo que a legislação impugnada expressou uma resposta adequada e proporcional a esses riscos, pois expressamente condicionou a dispersão de substâncias ao prévio controle das autoridades sanitárias, (...)

Nesta linha argumentativa, a compreensão foi de que o julgamento de inconstitucionalidade da norma impediria peremptoriamente, por entendimento do poder judiciário, que tal medida viesse a ser implementada em qualquer caso, atual ou futuro, pela autoridade sanitária

competente, mesmo que viesse a ser embasada por estudos técnicos pertinentes acerca da efetividade e da graduação dos riscos envolvidos.

No mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux, em seu voto pela constitucionalidade do dispositivo legal, aponta (Brasil, 2019):

> Toda vez que o Supremo é instado a decidir uma causa em relação à qual ele não tem capacidade institucional nem legitimidade epistêmica para julgar, acabamos criando essas soluções heterodoxas. (...) essa ausência de expertise, na verdade, impõe-nos uma deferência ao legislador.

Diante do impasse interpretativo das vertentes trazidas, a Corte Constitucional, acabou, por maioria, julgando parcialmente procedente a ação, para dar ao dispositivo legal interpretação conforme à Constituição, pautando-se nos votos dos Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, que sustentaram a necessidade de que o dispositivo fosse lido com a compreensão de que os estudos técnicos mencionados deveriam ser necessariamente prévios e ainda autorizados não apenas pela autoridade sanitária (que já constava no texto) bem como pela autoridade ambiental competente, já que a medida poderia afetar tanto a saúde pública quanto o meio ambiente, restando o acórdão assim, no particular, ementado (Brasil, 2019):

> 3. O papel do Poder Judiciário em temas que envolvem a necessidade de consenso mínimo da comunidade científica, a revelar a necessidade de transferência do lócus da decisão definitiva para o campo técnico, revela-se no reconhecimento de que a lei, se ausentes os estudos prévios que atestariam a segurança ambiental e sanitária, pode contrariar os dispositivos constitucionais apontados pela Autora em sua exordial, necessitando, assim, de uma hermenêutica constitucionalmente adequada, a assegurar a proteção da vida, da saúde e do meio ambiente.
> 4. Em atendimento aos princípios da precaução e da prevenção, bem como do direito à proteção da saúde, portanto, confere-se interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao disposto no inciso IV do §3º do artigo 1º da Lei nº 13.301/2016,

> para fixar o sentido segundo o qual a aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e a comprovação científica da eficácia da medida são condições prévias e inafastáveis à incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves, em atendimento ao disposto nos artigos 225, §1º, incisos V e VII, 6º e 196 da Constituição da República.

Percebe-se, portanto, que o poder judiciário, em solução parcimoniosa, e num exercício de autocontenção[8], buscou preservar o espaço de escolha do legislador e do administrador, no que tange às medidas eleitas para atingimento de um fim legítimo (proteção da saúde pública) ao não retirar a regra permissiva do ordenamento jurídico, privilegiando, neste ponto, o princípio formal de separação de poderes[9].

---

8 Em seu voto o Min. Barroso coloca em dúvida a capacidade institucional do STF para aferir se a proposição relativa à pulverização aérea de produtos químicas está ou não correta, referindo que deve a Corte (Brasil, 2019), "exercer uma autocontenção para deferir este juízo à autoridade competente", cabendo definir apenas "qual ou quais autoridades são competentes."

9 Do voto do Min. Fachin, extrai-se, ainda (Brasil, 2019): "E este Tribunal, em meu modo de ver, assim já procedeu na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874, da relatoria da eminente Ministra Rosa Weber. Nesse caso, nós apreciávamos um tema acerca de produtos fumígenos contendo aditivos. Leio o trecho que creio aplicar-se à matéria: 'Definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre medidas específicas a adotar...' Até aqui a situação é um pouco diversa do que estamos a examinar, mas agora vem a parte que creio ter, *quantum satis*, cabimento: 'Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição.' *Mutatis mutandis*, não é - como eu disse - situação idêntica; mas o quadro dessa compreensão me leva a essa hipótese, aproximando-me das premissas e dos fundamentos da eminente Ministra-Relatora, não acolhendo a divergência, com toda vênia, aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, que julga improcedente, mas indo a ponto menor do que foi Sua Excelência a eminente Ministra-Relatora, estou concluindo que, em atendimento

A decisão inicialmente proposta de acolher a inconstitucionalidade da norma acabaria por gerar ainda no dizer de Fachin (Brasil, 2019) "um juízo científico de certeza sobre a ineficácia científica da medida". Ou seja, a retirada do dispositivo legal do ordenamento jurídico, acabaria por impor uma limitação extrema ao âmbito de atuação do legislador (ao prever) e do administrador (ao executar) medidas sanitárias, criando, ao fim e ao cabo, uma proibição de ordem definitiva a tais agentes políticos, restringindo-se, por consequência, a própria margem estrutural de discricionaridade.

Mas, de outro lado, a Corte Constitucional na proteção de direitos fundamentais que poderiam ser afetados pela medida (meio ambiente ecologicamente equilibrado e saúde pública) estabeleceu, de forma vinculativa, parâmetros interpretativos pertinentes à margem normativa epistêmica, ao condicionar o exercício desta competência ao prévio estudo técnico e à aprovação das autoridades máximas em matéria sanitária e também ambiental, devolvendo aos poderes legislativo e executivo, desde que e somente quando bem embasados tecnicamente sobre as questões epistêmicas empíricas envolvidas, a decisão de implementar as medidas eficazes pertinentes para atingir o fim almejado.

Ao aderir aos votos de Fachin e Barroso, o Ministro Dias Tóffoli concluiu (Brasil, 2019):

> Todavia, não há necessidade de fulminar, neste momento, a validade da lei por meio da declaração de inconstitucionalidade. Isso porque, não obstante a previsão expressa da condicionante na própria norma impugnada, deve-se interpretá-la conforme à Constituição Federal, em especial os arts. 225, § 1º, incisos V, VI e VII; 6º; e 196, de modo que, antes de implementar a pulverização, as autoridades competentes comprovem a eficácia e a segurança da medida, por meio de análise do impacto ambiental, permitindo ponderar os eventuais riscos mediante estudos técnicos.

aos princípios da precaução e da prevenção, bem como ao direito à proteção da saúde, por julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, a fim de conferir interpretação conforme (...)"

Ao encontro, vem a doutrina de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2020, p. 282):

> A regra básica é: na falta de critério constitucional para resolver um conflito normativo, o legislador é o único habilitado a concretizar as normas constitucionais, usando o poder discricionário que lhe conferiu a Constituição em virtude do caráter abstrato de suas normas. *Objeto da revisão judicial não é a ponderação, mas a verificação de eventual desrespeito de norma constitucional pelo legislador.* A proporcionalidade como exame de adequação e necessidade serve para aferir esse desrespeito específico, e não para substituir a decisão política do legislador pela decisão política do órgão jurisdicional constitucional.

Parece restar claro que, mesmo diante de uma incerteza empírica, isto é, ante a inseguranças científicas tanto sobre a eficácia, quanto sobre a existência e a extensão de efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente da dispersão por aeronave, optou a Corte por manter a vigência da lei, impondo, no entanto, às autoridades administrativas competentes o dever de embasar a escolha pela utilização desta medida sanitária (que visa a proteção da saúde pública ameaçada pela epidemia) em estudos técnicos prévios capazes de permitir a ponderação entre os bens jurídicos em conflito.

Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal, houve por bem, neste julgamento, prestar deferência ao legislador em atenção ao princípio formal da capacidade legislativa, mas condicionou a aplicação da lei pelo administrador à adoção dos mencionados estudos prévios que comprovem o grau de afetação dos princípios materiais ligados ao direito à saúde e ao meio ambiente[10], bem como o grau de eficácia na proteção

10 Nesse sentido, importante considerar a lição de Gavião Filho (2005, p. 198): "Conforme as circunstâncias do caso concreto, uma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação em sentido estrito estará configurada se assim recomendar a ponderação do princípio do direito fundamental ao ambiente com o princípio ou os princípios que lhe forem contrapostos, para o que será decisivo o princípio da proporcionalidade, sobretudo, o princípio parcial do princípio da proporcionalidade em sentido estrito."

da saúde coletiva, em exercício de ponderação capaz de aferir a proporcionalidade da medida prevista.

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, objetivou-se abordar uma questão crucial na interseção entre direitos fundamentais e decisões legislativas e administrativas: a aplicação adequada do teste da proporcionalidade e da teoria da margem de apreciação para a correta delimitação dos espaços de discricionariedade de atuação de tais autoridades democraticamente eleitas, que no exercício de suas competências devem observância à constituição.

O desenho de uma constituição adequada proposta por Alexy legitima democraticamente os direitos fundamentais tidos enquanto princípios ou mandamentos de otimização. Neste cenário, o papel da jurisdição constitucional no controle da atividade legislativa e administrativa, quando bem desempenhado, a partir da utilização correta da ferramenta da proporcionalidade preserva os espaços legítimos de atuação dos demais poderes.

Assim, podemos dizer, ao final do presente trabalho, que a tensão entre princípio democrático e direitos fundamentais pode ser equacionada com o auxílio do teste de proporcionalidade e com a teoria da margem de apreciação, cuja aplicação adequada fortalece a proteção dos direitos fundamentais, mas também preserva a autonomia das autoridades competentes.

O distensionamento passa, portanto, pelo reconhecimento da legitimidade democrática da jurisdição constitucional traduzida em seu caráter argumentativo que pressupõe, dentre outros aspectos, a capacidade de identificar racionalmente os espaços de discricionariedade destinados ao legislador e ao administrador, aos quais a jurisdição constitucional deve deferência.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais. 3** ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica.** Madrid: Trota, 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 5592. Julgado em 11/09/2019. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5054307. Acesso em 07/07/2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Direito fundamental ao ambiente.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

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

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Proporcionalidade e margem de apreciação. *In:* Anizio Pires Gavião Filho (org.). **Direitos fundamentais, jurisdição proporcionalidade e argumentação.** Belo Horizonte: Dialética, 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; Caye, Ana Adelaide Brasil Sá. Proporcionalidade em ação nos tribunais: o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **RDP,** Brasília, Volume 19, n. 103, 317-336, jul./set. 2022, DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6691, Acesso em 05/07/2024.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; Moreira, Bianca Medran. Margem de apreciação e deferência da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito,** v.24, n.47, pp. 380-395, disponível em: https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1270/243; Acesso em 09/07/2024

KLATT, Matthias. **A estrutura constitucional da proporcionalidade**.Tradução Fausto Morais. São Paulo: Editora Dialética, 2024. *Ebook*.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina. A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,** Ano XXIV,

Bogotá, 2018. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39260.pdf. Acesso em 09/07/2024.

MARTINS, Leonardo (Org.). Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

Saldanha, Jânia Maria Lopes; Brum, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional,** vol. XV, 2015, pp. 195-238, disponível em: https://shre.ink/b5k6. Acesso em 06/07/2024

SILVEIRA, Bruna Moresco. Jurisdição constitucional e democracia: representação argumentativa da jurisdição constitucional. *In:* Anizio Pires Gavião Filho (org.). **Direitos fundamentais, jurisdição proporcionalidade e argumentação.** Belo Horizonte: Dialética, 2020.

# TESTE DE PROPORCIONALIDADE: SUBTESTE DA LEGITIMIDADE DO FIM SOB A PERSPECTIVA DE AHARON BARAK

Vitória Larissa Zang[1]
Tamara da Silveira Batista[2]

## 1 INTRODUÇÃO

O teste de proporcionalidade é uma metodologia utilizada para verificar se uma limitação a um Direito Fundamental está justificada. O teste consiste, em seu modelo standard, em uma série de subtestes que devem ser aplicados de maneira sequencial para que, ao final, se verifique se está justificada a medida estatal limitadora.

A legitimidade do fim é o primeiro Subteste que deve ser enfrentado para que se possa prosseguir com o teste de proporcionalidade, esse

1 Graduada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS, pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, integrante do grupo de pesquisa Liberdade, segurança e expansão do controle penal na tutela dos bens jurídicos transindividuais: limites e pontos de contato entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador. Advogada. E-mail de contato: vitoriazang@gmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - Ulbra, pós-graduada em Direito Contratual e Responsabilidade Civil pela Universidade São Judas Tadeu, Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP, integrante do grupo de pesquisa René Girard e o Direito: rivalidade mimética, ódio e violência, sob a Coordenação do Prof. Dr. Bruno Heringer Junior. Advogada. E-mail de contato: tamaradasilveirabatista@hotmail.com

subteste busca verificar se a medida estatal persegue um fim constitucionalmente legítimo.

A importância do tema do presente artigo é demonstrada em razão da recente inclusão de tal Subteste ao teste de proporcionalidade, dessa forma, como não integra o modelo standard clássico do referido teste, não possuindo numerosa bibliografia a seu respeito, sua explanação minuciosa traz esclarecimento acerca do tema.

O Subteste da legitimidade do fim, oferece uma base para maior segurança jurídica na avaliação geral do teste de proporcionalidade, revelando-se um elemento importante na busca pela garantia e a proteção de direitos fundamentais, especialmente relevante em casos que envolvem o direito à segurança pública e o direito de liberdade, uma vez que esses direitos, muitas vezes, precisam ser equilibrados no contexto de limitações constitucionais.

O artigo tratará sobre o Subteste da legitimidade do fim e seus elementos, utilizando como base o livro "Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations" do autor Aharon Barak, e sobre sua aplicação nos tribunais constitucionais.

A presente investigação será dividida em quatro partes.

Na primeira parte, se explicará o funcionamento do teste de proporcionalidade numa tentativa de fazer entender o teste de proporcionalidade como uma metodologia, e dessa forma, explicar a aplicação do Subteste da legitimidade do fim como elemento integrante do referido teste e sua ligação com o estado democrático de direito.

Na segunda parte, haverá o aprofundamento acerca das categorias dos fins legítimos, explicando cada categoria e adentrando no conceito de interesse público. Na terceira parte, busca-se examinar o requisito da urgência presente no Subteste da legitimidade do fim e como esse requisitos é aplicado na prática, apresentando dois modelos, o primeiro sendo adotado pelos Estados Unidos, e o segundo adotado pelos tribunais do Canadá e da África do Sul.

Na última parte, pretende-se examinar as decisões dos tribunais constitucionais do Brasil e do Peru, para verificar a aplicação do Subteste da legitimidade do fim no teste da proporcionalidade.

O artigo se utiliza de pesquisa bibliográfica que busca demonstrar a importância do Subteste da legitimidade do fim para o funcionamento ideal do teste de proporcionalidade, especificando cada ponto importante do Subteste, tanto do que diz respeito ao seu conteúdo quanto ao requisito da urgência.

## 2 A LEGITIMIDADE DO FIM COMO COMPONENTE DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE E SEUS ELEMENTOS

Na doutrina clássica, o Teste da proporcionalidade é desenvolvido em três etapas, conforme Clerico (2015) primeiro se verifica a adequação da medida (teste de idoneidade), depois a sua necessidade e por último a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação da medida, nada mais é do que a verificação de que a medida estatal é adequada ao fim que se propõe.

Nesse sentido, para Barak, a adequação é um teste de limites e não de equilíbrio, porque não existe equilíbrio entre a finalidade adequada e a limitação de um direito.

A adequação é considerada um subteste de natureza negativa (exclui os meios inadequados), ao mesmo tempo em que trabalha com a probabilidade de que o propósito será atingido através daqueles meios.

Robert Alexy (2001) argumenta que a adequação é fundamental para assegurar que as medidas adotadas pelo Estado ou por outros órgãos sejam justificáveis dentro de um sistema jurídico que respeite os direitos fundamentais. Se uma medida não for adequada, não há necessidade de prosseguir com os outros testes de necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois já se pode concluir que a medida é inadequada e, portanto, inconstitucional ou ilegítima.

Já o Subteste da necessidade, exige que o meio escolhido seja, dentro os disponíveis, o menos gravoso, nas palavras de Gavião Filho:

> O terceiro subteste é satisfeito se a medida estatal adotada, considerada todas as outras medidas alternativas que igualmente promovem o fim constitucionalmente legítimo, é a menos restritiva aos demais direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Esse subteste tem inspiração no ótimo de Pareto, implicando que a medida ótima, dentre todos as outras igualmente eficazes para promover o fim, é aquela que menos intensamente afeta o escopo de proteção do direito fundamental ou bem jurídico constitucionalmente protegido que sofra uma intervenção ou restrição (Gavião Filho, 2022, p. 20).

Dessa forma, em havendo meio menos gravoso disponível, não se passará a análise dos demais subtestes por se tratar de medida desnecessária e desproporcional.

O último Subteste do teste de proporcionalidade é da proporcionalidade em sentido estrito, que verifica se há um equilíbrio entre o direito limitado e a medida estatal limitante.

Para Alexy (2001), a melhor forma de se verificar a proporcionalidade em sentido estrito, ou a ponderação, seria utilizando uma fórmula criada por ele, a fórmula peso, que leva em consideração a intensidade da interferência no direito fundamental e a importância do objetivo legítimo perseguido.

Recentemente, foi acrescentado um quarto Subteste, anterior aos demais, tendo o objetivo de verificar se o fim que a medida estatal persegue é legítimo.

Esse novo Subteste vem sendo aplicado e utilizado no modelo standard do teste de proporcionalidade.

Apesar do referido teste ter se popularizado pelos estudos de Alexy que previa uma estrutura triádica para o teste de proporcionalidade, atualmente grande parte dos juristas e dos tribunais reconhecem esse quarto Subteste.

Dessa forma, em sendo um Subteste que não foi tão explorado por alguns dos principais autores que falam sobre o teste da proporcionalidade, como Alexy e Clerico, será feita uma abordagem mais pormenorizada sobre o Subteste da legitimidade do fim.

A legitimidade do fim deve ser verificada antes dos demais subtestes, sendo que para se passar a análise dos demais é imprescindível que tenha sido verificado que a legitimidade do fim está presente, caso contrário não será necessário analisar os demais testes.

Conceitualmente, o Subteste da legitimidade do fim nada mais é do que a verificação acerca da legalidade do objetivo da lei, nesse primeiro Subteste não se analisa os meios ou a necessidade para que se garanta os direitos, mas tão somente se o fim é de fato considerado legitimo, dessa forma, também entende Schlink (2012), que, assim como Barak, também posiciona a legitimidade do fim como um Subteste anterior aos demais.

Para Barak (2012), nem todo fim pode justificar uma limitação constitucional, segundo ele um direito constitucional apenas pode sofrer alguma limitação se for para realizar um fim que possa justificar uma limitação de um direito constitucional. Ainda, afirma que no caso dos direitos humanos, apenas poderá haver a limitação com base nos valores em que tal sociedade foi fundada, que no caso das democracias constitucionais são os valores democráticos.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Gavião Filho (2022) que ressalta que se a medida estatal buscar um fim proibido pela constituição, o seu fim não é legítimo, e, portanto não é o caso de se avançar para os próximos Subtestes.

Schlink (2012) traz em sua obra um exemplo claro do que se trata a legitimidade do fim. No seu exemplo, o autor contextualiza que havia dois vizinhos, John e Frank, e no meio de uma noite de tempestade, John pega o carro de Frank sem perguntar e não o devolve no outro dia. Ocorre que devido a isso, Frank não pôde buscar sua mãe idosa na estação de ônibus, então a senhora ficou esperando no frio por duas horas e teve que ser levada ao hospital em virtude de uma hipotermia. Ao questionar

John do porquê ele pegou seu carro sem sua permissão e não devolveu, John explica que a bolsa de sua esposa grávida rompeu e ele precisava ir ao hospital com o carro de Frank pois seu veículo não possuía tração nas rodas e não conseguiria chegar ao hospital em virtude da forte nevasca. Dessa forma o autor tenta explicar que Frank, apesar de não ter pedido emprestado o carro do amigo e não ter devolvido no dia seguinte, o fez por um fim legítimo, qual seja salvar a vida de sua esposa tendo em vista que sua bolsa tinha rompido e era o único jeito de chegar ao hospital.

Importante esclarecer que a base constitucional da legitimidade do fim pode ser explícita ou implícita. As explicitas estão positivadas nos textos legislativos, enquanto as implícitas são derivadas dos princípios da democracia e da regra da lei.

Apesar de não ser unanimidade entre os autores que escrevem sobre o teste de proporcionalidade, Barak (2012) afirma que existem direitos relativos, a maioria e deles, mas por outro lados existem direitos absolutos que, segundo ele, não podem ser limitados. Dentre esses direito, o autor utiliza de exemplo a tortura e a proibição da escravatura.

Na visão de Barak (2012) as constituições dos países não podem ter uma diferença gritante entre si, e devem garantir que um direito constitucional apenas seja limitado para se garantir outro direito constitucional.

Para se verificar se um fim é realmente legitimo é necessário, segundo o autor, examinar os tipos de questões: as finalidades que podem justificar limitações a direitos constitucionais e ainda, o grau de urgência necessária para a realização do fim legítimo.

A legitimidade do fim de uma lei que limita um direito constitucional deve ser derivada dos valores em que tal sociedade foi fundada, e no caso do estado democrático de direito, os valores democráticos.

Dessa forma, se uma lei vai de encontro com tais valores, seu fim não será considerado legítimo. Nesse contexto Barak afirma: "uma lei

cujo único proposito seja a discriminação não possui um fim legítimo." (Barak, 2012, p. 251, tradução própria).[3]

Segundo Barak (2012), existem duas suposições que são compartilhadas pela maioria dos sistemas jurídicos ocidentais.

Primeiro, é essencial para qualquer democracia constitucional que o povo seja soberano. Essa soberania, para o autor, é traduzida na prática através da realização de eleições livres e iguais, em que o povo elege os representantes que melhor refletem as suas opiniões. A segunda suposição, nas palavras do autor:

> é que uma democracia deve reconhecer vários princípios, incluindo a separação de poderes, o estado de direito (incluindo os aspectos formais, jurisprudenciais e substantivos significados do termo), independência do judiciário (tanto pessoal quanto institucional), direitos humanos e outros valores básicos que permitem a coexistência de diferentes grupos dentro de uma única sociedade democrática. Esse é o aspecto substantivo da democracia e é de grande importância. Sem isso, não há democracia. (Barak, 2012, p. 252. Tradução própria.)[4]

Dessa forma, percebe-se que a democracia baseia-se tanto na noção fundamental do povo (exercício da democracia), como na noção dos valores democráticos de direitos, como a noção da separação dos poderes e dos direitos humanos.

Para Barak (2012), dos muitos valores subjacentes à democracia, o mais pertinente para a componente da legitimidade do fim são os direitos constitucionais, por um lado, e o interesse público (ou o bem público), por outro.

3 Thus, a law whose only purpose is to discriminate is not for a proper purpose.

4 the second assumption is that a democracy must recognize several principles, including separation of powers, the rule of law (including the formal, jurisprudential, and substantive meaning of the term), independence of the judiciary (both personal and institutional), human rights, and other basic values allowing for the coexistence of diferent groups within a single democratic society. this is the substantive aspect of democracy, and it is of major importance. Without it, there is no democracy.

A maioria das constituições estabelece os direitos constitucionais do indivíduo em relação ao Estado (direitos prestacionais e de defesa) e não em relação a outros indivíduos (direito dos outros).

Os direitos de defesa possuem a função de limitar o poder estatal para garantir maior liberdade ao cidadão, enquanto os direitos prestacionais tem a função de demandar posição ativa do estado e tem como objetivo a igualdade material.

Já os direitos constitucionais em relação a outros indivíduos, ou seja, direito dos outros, institui que o direito de um individuo termina quando começa o do outro.

Nesse contexto, uma sociedade que procura proteger o livre arbítrio de uma pessoa também deve proteger o livre arbítrio de outra pessoa com opiniões opostas. O reconhecimento do sistema jurídico de ambos os seus livres arbítrios exige, por sua vez, a imposição de limitações ambos os seus direitos. O reconhecimento dos direitos dos outros, portanto, é um "propósito adequado" para limitar um direito constitucional.

Um exemplo de positivação do direito dos outros está na declaração dos direitos do homem e do cidadão que indica:

> A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Dessa forma, conforme exposto, a declaração dos direitos dos homens e do cidadão indica que "liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudique outrem", salvaguardando de forma explícita o direito dos outros.

## 2.1 Categorias de fins legítimos

Segundo a doutrina de Barak (2012), os fins legítimos podem ser classificados em diversas categorias, como finalidades específicas em cláusulas de limitação geral, finalidades explícitas em cláusulas restritivas específicas e finalidades implícitas.

As finalidades específicas em cláusulas de limitação geral são utilizadas em certos sistemas jurídicos, em que é adotado um critério geral para determinar a noção de legitimidade do fim, e deve fornecer, com certa especificidade, uma série de categorias e subcategorias que juntas constituem um fim legítimo.

Essas cláusulas determinam os propósitos que justificam a limitação dos direitos humanos (positiva determinação).

Um exemplo desse diploma de especificidade está na Declaração Universal de Direitos Humanos que dispõe:

> No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Ainda, existe a categoria de Finalidades explícitas em cláusulas restritivas específicas. Nessa categoria, os direitos estão dispostos juntamente com as cláusulas de limitação específica, isso ocorre em boa parte das constituições e tratados sobre direitos humanos.

A Convenção Européia de Direitos Humanos, por exemplo, não contém cláusula de limitação geral; no entanto, alguns dos direitos especificados no documento são acompanhados de cláusulas de limitação específicas. As cláusulas específicas de limitação listam as finalidades que podem justificar a limitação de direitos específicos reconhecidos pela Convenção.

O artigo 8.º, item 1 da Convenção Européia de Direitos Humanos, reconhece o direito de qualquer pessoa ao respeito pela "sua vida privada e familiar, o seu domicílio e a sua correspondência." Enquanto no item 2 do referido artigo estão os casos em que se admite a limitação:

> Não pode haver intervenção das autoridades públicas ou o exercício desta direção, a menos que essa intervenção esteja prevista na lei e constitua uma disposição que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar económico (...)

No caso das finalidades Implícitas, a constituição não contém disposições específicas relativas às categorias de fins legítimos, o que não indica que esses direitos constitucionais sejam absolutos. O silêncio da Constituição não deve ser interpretado, nestes casos, como uma solução negativa. Pelo contrário, na maioria destes casos, as diferentes categorias de finalidades podem ser implicitamente derivadas do texto constitucional, e particularmente das disposições relativas à natureza democrática do estado.

Entre as categorias de fins legítimos, a segurança pública destaca-se como um dos principais motivos que podem justificar a limitação de direitos fundamentais, especialmente a liberdade. Em contextos de ameaça à segurança coletiva, a intervenção estatal é frequentemente necessária para assegurar a ordem e o bem-estar social, justificando a imposição de medidas restritivas.

Nos casos de proteção dos direitos dos outros também existem categorias, se dividindo, nesse caso, em disposições implícitas e explícitas.

Nas disposições explícitas, o próprio texto normativo determina que a proteção dos direitos dos outros seja um propósito que é "adequado", ou em outros termos, uma finalidade que justifica a limitação de um direito constitucional.

É o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Artigo 29, item 2 da Declaração afirma que os direitos nele enumerados só podem ser limitados, pelo

> (...) reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Existem ainda, as disposições implícitas, que, tais como as descritas anteriormente, não devem ser interprestadas como uma solução negativa.

Sem uma disposição explícita, a noção de que os direitos constitucionais podem ser limitados para proteger os direitos de outros, pode ser deduzido dos critérios de princípio e principalmente da natureza democrática da constituição.

No que tange ao interesse público, Barak (2012) considera interesse público como qualquer consideração que justifique uma limitação de um direito constitucional e que não está incluído na categoria de proteção do direitos dos outros.

Segundo ele, uma sociedade que se esforça para proteger os direitos humanos e que leva os direitos humanos a sério, não deve permitir que toda consideração de interesse público justifique uma limitação de um direito constitucional, sendo que os benefícios obtidos ao satisfazer o interesse público, por si só, não são adequados o suficiente para justificar uma limitação aos direitos constitucionais.

O autor ainda define que o conteúdo do interesse público deve derivar dos princípio básicos da constituição daquele Estado e deve refletir as noções de justiça e tolerância compartilhadas nele.

Barak (2012), afirma que dentro do interesse público estão inseridos:

a) Continuação da existência do estado como democracia: A lei que protege a existência e garanta a continuação do Estado como uma democracia possui um fim legitimo.
b) Segurança Nacional: A proteção dos interesses de segurança nacional constitui um fim legítimo, que pode servir de justificativa

para a limitação dos direitos constitucionais, desde que satisfaça o requisito de urgência que será explicado abaixo.

c) Ordem Pública: Sem ordem pública não podemos garantir os direitos humanos.

Além dos propósitos acima listados, existem mais dois trazidos pelo autor que são um tanto peculiares, ambos julgados pela Suprema Corte de Israel.

d) Tolerância: A Suprema Corte de Israel viu a tolerância como um valor social importante que pode ser um propósito adequado para limitar um direito constitucional. Conforme a decisão da Suprema Corte a tolerância constitui uma parte da noção de democracia.

Barak conceitua a tolerância, referida como propósito adequado, como a exigência de que uma pessoa responda adequadamente à opinião ou comportamento de outra pessoa, apesar do fato de que tal opinião ou comportamento não seja aceitável para eles.

e) Sentimentos: Em Israel, Caso de Horev na Suprema Corte, foi discutido incluir os sentimentos como uma das subcategorias que justificam as limitações sobre os direitos humanos. Segundo o julgado, por um lado, é natural que uma sociedade democrática considere os sentimentos dos seus membros. Por outro lado, é natural que haja um direito que ofenda sentimentos.

Dessa forma, em sua decisão, a Suprema Corte recusou adotar uma abordagem "tudo ou nada"; pelo contrário, a abordagem adotada foi que os sentimentos podem constituir um propósito adequado, mas somente se o dano aos sentimentos fosse tão grave que excedesse a "tolerância nível" aceitável para a sociedade.

## 2.2 O requisito da urgência na legitimidade do fim

Para que os fins de uma lei que limite um direito constitucional sejam legítimos, dois requisitos devem ser atendidos. Primeiro, o

conteúdo da lei deve ser adequado, conforme exposto acima, e em segundo lugar, a sua urgência deve ser legítima.

Em contextos de segurança pública, a urgência do fim legítimo torna-se ainda mais evidente, especialmente quando o Estado precisa impor limitações ao direito de liberdade para proteger a coletividade. Nesses casos, o critério de urgência permite uma ação estatal mais imediata e incisiva, justificando a restrição de direitos fundamentais para preservar a ordem e a segurança pública.

O direito comparado não revela uma abordagem uniforme em relação ao critério pelo qual a urgência do propósito deve ser determinada. Em vez disso, vários modelos são usados.

As diferenças entre os diferentes modelos podem ser explicadas pelas diferentes estruturas constitucionais que tratam de questões como garantias fundamentais e direitos humanos.

Conforme a doutrina de Barak (2012), existem dois principais modelos para explicar o requisito da urgência. O primeiro modelo usa um único nível de urgência. Assim, este modelo não distingue, quanto ao nível de urgência, entre os diferentes fins legítimos ou os diferentes direitos limitados. Aqui, apenas um único nível de urgência é definido. Este é o modelo aceito no Canadá e na África do Sul. O segundo modelo não determina um nível de urgência uniforme; em vez disso, ele usa vários níveis enquanto toma em consideração a importância de cada direito limitado em questão. Este é o modelo americano.

O primeiro modelo, utilizado pelos tribunais do Canadá, estabelece um exame unificado para verificação da urgência. De acordo com este exame, é necessário um elevado grau de urgência para efeitos de uma lei que limita um direito constitucional. O propósito deve ser de fundamental importância. Deve ser "urgente e substancial."

O critério estabelecido pelo Tribunal de Justiça Canadense foi firmado pelo caso Oakes e contém dois elementos distintos. Primeiro, serve como um critério único, que se aplica, no mínimo, a todos os direitos. Em

segundo lugar, o critério estabelece um padrão elevado, em que apenas os propósitos mais urgentes podem ser realizados.

A conclusão desse julgado é que a referida urgência se traduza em uma necessidade fundamental, que é "premente e substancial em uma sociedade livre e democrática."

Já na África do sul, que também aplica o primeiro modelo, a cláusula de limitação geral menciona especificamente a natureza do direito como um dos fatores a ter em conta ao analisar a proporcionalidade da limitação. Além disso, mesmo boa parte dos juristas argumentando que o teste de Oakes seria adotado pelos tribunais da África do Sul, segundo Barak (2012), a própria Constituição sustenta que este fator – a importância do objetivo – não é o fator decisivo, mas é, em vez disso, uma das várias considerações a ter em conta antes de determinar a constitucionalidade da limitação.

Já o segundo modelo, adotado Pelos Tribunais do Estado Unidos divide a urgência em graus.

Como explicado por Barak (2012), apesar da natureza "absoluta" de alguns dos direitos enumerados na Constituição Americana, a Suprema Corte Americana considerou, em uma longa série de casos, que estes direitos podem ser limitados.

O Tribunal divide todos os direitos constitucionais em três categorias principais, com cada categoria ganhando um grau separado de urgência que o caracteriza.

A primeira categoria de direitos refere-se àqueles direitos que exigem exame rigoroso. Os direitos incluídos neste grupo são os direitos fundamentais, como os direitos previstos na Primeira Emenda. Para justificar uma limitação de um desses direitos, a disposição legislativa limitativa deve servir a um "interesse estatal convincente" ou a uma "necessidade pública urgente" ou a uma "interesse estatal substancial".

A segunda categoria de direitos é a do "exame intermédio". Para justificar uma limitação dos direitos incluídos nesta categoria, o dispositivo legislativo em questão deve ter um "governamental importante". Já

não sendo mais necessário que o interesse estatal seja substancial como na primeira categoria.

Já a terceira e última categoria é a do "escrutínio mínimo" ou "revisão da base racional". Esta categoria se aplica a todos os outros direitos reconhecidos pela Declaração de Direitos. Aqui, tudo o que a disposição legislativa limitante tem de superar para ser justificada é mostrar que ela serve a um propósito "governamental legítimo, não sendo mais necessário que o objetivo estatal seja substancial ou sequer importante, basta que seja legítimo.

Dessa forma, para o segundo modelo, não há necessidade de um único padrão uniforme para o diploma da urgência exigida pela lei limitante, em vez disso, padrões separados podem ser fixados de acordo com o valor relativo de cada direito limitado, uma vez que nem todos os direitos têm o mesmo valor.

## 2.3 Aplicação do teste da proporcionalidade nos tribunais da américa latina

O teste da proporcionalidade é aplicado em diversos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo.

Em alguns, sua aplicação segue mais o modelo standard do que em outros.

Na America Latina, Peru e Brasil são exemplos de países que possuem decisões que aplicam o Subteste da legitimidade do fim como elemento do teste de proporcionalidade.

No Peru houve uma decisão do Tribunal Constitucional que ficou conhecida como "caso calle de las pizzas", julgado em 2007, em que foram examinadas restrições que certo município fez ao horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais em virtude do barulho gerado. Decidiu-se, quanto a legitimidade do fim, da seguinte forma:

> En suma, el *objetivo* de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene

> como *fin* o se justifica en el *deber de protección* del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (*entorno acústicamente sano*) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que resídemelas zonas aledañas donde opérala restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción. (sentencia Nº 0007-2006-P, fundamento jurídico 36)

Ou seja, nesse caso, a legitimidade do fim foi analisada e decidiu-se que como o objetivo da medida era a proteção da tranquilidade e do estado de saúde dos vizinhos, o fim era de fato legítimo.

Ainda no Peru, o Tribunal Constitucional, em outra decisão também em 2007, aplicou o Subteste da legitimidade do fim ao decidir com base no teste de proporcionalidade, em um pedido apresentado em face de uma restrição ao ato de fumar em espaços públicos fechados e em centros educacionais para adultos, pela legitimidade do fim da medida, nos seguintes termos:

> Por ello este Tribunal está de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en el sentido de que "el ´Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco´ (…), constituye un importante instrumento internacional para evitar y contrarrestarlas nefastas consecuencias del consumo del tabaco, en especial para la salud y el medio ambiente. (…). La finalidad del Convenio, señalada en su artículo 3, se en marca en la protección de las generaciones presentes y futuras frente a las consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo, y por tanto, desarrolla los principios contenidos en los artículos 49, 78 [protección del derecho fundamental a la salud], y 79 [derecho a gozar de un ambiente sano] de la Carta. En efecto, dichas normas señalan la obligación del Estado en la atención a la salud y saneamiento ambiental (…) señalan el deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad" (cfr. Sentencia C-665 de 2007).

Dessa forma, entendeu-se que o fim buscado pela restrição ao direito é legítimo, uma vez que o objetivo da medida estatal é diminuir as consequências do consumo do tabaco, salvaguardando a saúde e o meio ambiente.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil já decidiu algumas vezes com base no teste da proporcionalidade, analisando a legitimidade do fim em algumas delas conforme será demonstrado.

No caso dos pais veganos (Tema de repercussão geral 1103 de 2020) que não queriam a vacinação do filho, alegando liberdade de consciência, o referido tribunal analisou o teste da proporcionalidade ao afirmar que a legislação referente à vacinação de crianças é constitucional, ou seja, a obrigatoriedade da vacinação persegue um fim constitucionalmente. Dessa forma, foi fixada a seguinte tese:

> É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (Tema de repercussão geral 1103 de 2020)

Ou seja, o entendimento foi de que a vacinação obrigatória tem como objetivo promover a proteção da saúde pública, bem jurídico constitucionalmente legítimo, sem que isso configure violação da liberdade de cada um conforme suas próprias convicções.

Dessa forma, demonstra-se que os tribunais constitucionais estão se utilizando do Subteste da legitimidade do fim para aplicação do teste da proporcionalidade, não se filiando apenas ao modelo triádico que previa a aplicação somente dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que enuncia a importância do Subteste da legitimidade na metodologia do teste da proporcionalidade.

## 3 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou facilitar o entendimento acerca do que seria o Subteste da legitimidade do fim na aplicação do teste da proporcionalidade e como se dá sua utilização.

As estritas relações do Subteste, tema do presente artigo, com o estado democrático de direito também foram alvo de aprofundamento na presente pesquisa, se verificando que um fim apenas será legítimo quando seu proposito buscar um fim que seja fruto dos valores do estado democrático de direito.

As categorias de fins legítimos também foram alvo de pesquisa do presente artigo, bem como o direito dos outros e o interesse público utilizados, muitas vezes, como propósitos adequados a limitação de um direito.

O artigo trouxe seus requisitos no que diz respeito ao seu conteúdo e a urgência exemplificando na forma de dois modelos. Explicando as diferenças entra o modelo utilizado nos Estados Unidos (vários graus de urgência) e o modelo utilizado pelo Canadá e pela África do Sul (apenas um grau de urgência, ou é urgente ou não é).

Foram exploradas decisões de Tribunais Constitucionais da América Latina que, ao decidirem com base no teste de proporcionalidade, aplicaram o subteste da legitimidade do fim, demonstrando a importância prática do referido Subteste.

Portanto, a análise geral do Subteste da legitimidade do fim, explanada na presente pesquisa, demonstrou seu grau de importância para o teste de proporcionalidade, sendo imprescindível para que tal teste seja aplicado de maneira eficiente, visto que é um Subteste complexo e utilizado justamente para garantir que as limitações à liberdade (medida estatal aplicada) sejam justificadas por fins legítimos, como a proteção da segurança pública, sem comprometer a integridade dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BARAK, Aharon. **Proportionality**. Cambridge: University Press, 2012

CLÉRICO, Laura. **El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional.** Eudeba: Buenos Aires, 2009.

GAVIÃO FILHO, A. P . Proporcionalidade, direitos fundamentais, pandemia. In: o Rogério Gesta Leal, Rodrigo Rios Álvarez, Fábio Roque Sbardellotto. (Org.). **III Seminário Interinstitucional de Pós-Graduação Stricto Sensu - Universidade Finis Terrae (Chile) e Fundação Escola Superior do Ministério Público (Brasil).** 1ed.São Paulo: Editora Dialética, 2022, v. 1, p. 17-35.

SCHLINK, Bernhard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? **Duke Journal of Comparative & International Law,** v. 22:291, p. 291-302, 2012.

# DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA DO TEMA 786 DO STF SOB O CRIVO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Caroline Teles Witt[1]

## 1 INTRODUÇÃO

É proibido esquecer no Brasil.

Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no emblemático caso Aída Curi, brutalmente assassinada nos idos anos de 1958, no Rio de Janeiro. Segundo consta no *Leading Case* 1.010.606/RJ, Aída foi espancada, abusada e arremessada do 12º andar de um edifício por três homens que, embora devidamente identificados, sobressaíram praticamente impunes. À época o caso foi tão explorado pela mídia que a família da vítima acabou estigmatizada pela sociedade (Brasil, 2021).

Não bastasse todo o horror que circundou o caso, a história de Aída foi rememorada quase meio século depois através da exibição de um programa televisivo de cunho jornalístico-policial em uma das principais emissoras do país, o que infligiu intenso sofrimento aos seus familiares pelo revolvimento midiático dos fatos, ensejando a propositura de ação

1 Graduada pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS - 2011). Especialista em Gestão Pública Municipal (UFGRS - 2015) e Direito Municipal (Faculdade Verbo Educacional - 2023). Mestranda em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP (2024 - 2025). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Urbanístico e Direito à Cidade da FMP, sob a coordenação da Professora Dra. Betânia de Moraes Alfonsin. Advogada e Assessora Jurídica. E-mail caroltwitt@gmail.com.

indenizatória calcada na exploração e no uso não autorizado da imagem da vítima (Brasil, 2021).

O caso foi julgado pela Suprema Corte em 2021 e, após extenso debate, que envolvia, em síntese, o conflito entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito ao esquecimento – assim compreendido como a possibilidade de o indivíduo não ser perpetuamente lembrado por um fato ocorrido no passado – este último foi derrogado, por maioria de votos (Brasil, 2021).

Para o Tribunal, o direito ao esquecimento não foi expressamente previsto pelo legislador, de modo que não pode se sobrepor à liberdade de expressão ou ao direito à informação, legitimamente consagrados no ordenamento.

O reconhecimento da repercussão geral do tema trouxe consequências diretas ao Direito Civil e Penal, tratando-se de matéria de relevante interesse social, sobretudo porque a tese deixou ao alvedrio do julgador o exame de eventuais excessos mediante a análise do caso concreto.

Para além disso, conquanto a decisão tenha sido brilhantemente fundamentada em relatório que ultrapassa 300 (trezentas) laudas, almeja-se aqui demonstrar que os ilustres Ministros não empregaram a ferramenta metodológica adequada ao deslinde do caso, ao menos na sua versão *standart* amplamente aceita.

Para alcançar o fim colimado, o estudo vai estruturado em três capítulos. Adota-se, como ponto de partida, o exame dos direitos constitucionais em conflito: o direito ao esquecimento em cotejo com os direitos da personalidade, dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade de expressão, contextualizados no espaço-tempo com a sociedade da informação.

O Capítulo 2, de sua vez, se debruça sobre os elementos do teste de proporcionalidade através do exame de cada um dos seus subtestes: legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O terceiro capítulo, por fim, estabelece um liame entre os direitos fundamentais colidentes e o teste da proporcionalidade ao analisar

detidamente os votos que deram ensejo ao Tema 786 sob a perspectiva metodológica.

Com isso, pretende-se investigar se a decisão que deu azo à tese fixada pela Suprema Corte encontra fundamentação racional ao abolir o direito ao esquecimento do ordenamento jurídico pátrio.

A presente investigação vale-se do método hipotético-dedutivo e vai lastreada em pesquisa bibliográfica (livros, artigos e periódicos) e documental (Acórdão de n. 1.010.606/RJ).

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ROTA DE COLISÃO

Corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito ao esquecimento é o "direito de ser deixado em paz", de "estar só" (Gomes; Ferreira, 2022).

Conforme entendimento do Ministro Edson Fachin, é um conceito "guarda-chuva" que se coaduna, mas não se reduz, aos direitos tradicionais da honra, privacidade e imagem, decorrendo muito mais de uma leitura conjunta de tais liberdades fundamentais (Brasil, 2021).

Já o Ministro Dias Toffoli assim contextualizou o direito ao esquecimento por ocasião da fixação da tese em voga (Brasil, 2021):

> Como se observa, muitos dos precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento, na verdade, passaram ao largo do direito autônomo ao arrefecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados em suas razões de decidir, como a ressocialização, a proteção ao nome e à imagem do indivíduo. Desse modo, não obstante os esforços para se identificarem precedentes remotos do que viria a ser o direito ao esquecimento, o que se pode observar, em âmbito judicial, é a utilização discreta de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, aplicada de forma muito pontual, com significativa menção,

> ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade. Essa compreensão é relevante porque, não raro, buscam os doutrinadores estabelecer um conceito para o direito ao esquecimento embasando-se em tais precedentes, que, como visto, são significativamente distintos na lida com pretensões voltadas ao ocultamento de dados ou fatos dentro de contextos específicos. Não por outra razão, há significativa multiplicidade de definições propostas para a expressão direito ao esquecimento.

Como visto, conquanto não esteja expressamente previsto no ordenamento, estabeleceu-se uma espécie de consenso no sentido de que o direito ao esquecimento alberga os direitos da personalidade em geral – sobretudo da inviolabilidade da honra e da intimidade, de modo que costuma ser invocado sob o escopo da proteção da dignidade da pessoa humana.

É inclusive a redação do Enunciado n.º 531 do Conselho de Justiça Federal, aprovada na IV Jornada de Direito Civil, que diz: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento", sob a justificativa de que:

> (...) não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (CJF, 2013).

Sob essa égide, é que se defende que o revolvimento de fatos negativos há muito ocorridos sujeitaria a pessoa à violação dos seus direitos da personalidade (Gasparetto; Obaldia, 2021), já que a dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de a pessoa não ser alvo de ofensas ou de humilhações, mas ainda inclui a proteção afirmativa do desenvolvimento pleno da personalidade do indivíduo (Maihofer, *apud* Pereira, 2023, p. 4).

Evidente, assim, que a pessoa que almeja ser esquecida quer se libertar de um acontecimento que lhe infligiu sofrimento no passado - em maior ou menor grau - simplesmente para evitar que tal recordação

provoque o reavivamento dessas memórias e sentimentos do passado no presente, em um *looping* infinito e doloroso, o que – não escapa às dificuldades – é cada vez mais complexo na sociedade da informação.

Até aqui, duas assertivas se destacam: a primeira consiste no fato de que não se dissocia o direito ao esquecimento dos direitos da personalidade, enquanto a segunda conclui que efetivamente ausente dispositivo constitucional que recepcione tal prerrogativa de forma expressa (Viana, 2018).

O direito à informação, de sua vez, ocupa uma posição de preferência no ordenamento, só podendo ser derrogado em face de um alto ônus argumentativo capaz de contrapô-lo (Barroso, *apud* Fachin, 2021, p. 160).

Nem poderia ser diferente, já que a liberdade de expressão, informação e imprensa são os pilares de uma sociedade democrática, que repudia veementemente a censura prévia e enaltece a liberdade de pensamento e manifestação.

Não é prolixo afirmar que a liberdade de expressão também repousa no princípio da dignidade humana, vez que respeita o direito de o indivíduo se manifestar livremente e de não ser privado do conhecimento de fatos históricos relevantes.

Exsurge, assim, o inevitável conflito entre os preceitos fundamentais afetos aos direitos da personalidade em contraposição às liberdades de pensamento, manifestação e informação, a exigir o emprego de um juízo de ponderação no caso concreto diante do arrefecimento do direito ao esquecimento, assim reconhecido pelo Tema 786.

Canotilho (*apud* Gomes; Ferreira, 2022, p. 467) sintetiza a problemática: de um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

Sarlet (2019) socorre-se do interesse público para resolver o embate:

> O juízo de ponderação avalia a relevância atual do interesse público na divulgação desses fatos pretéritos, de modo que o direito ao

> esquecimento pode ser compreendido como "pretensão das pessoas, físicas e mesmo jurídicas, no sentido de que determinadas informações (aqui compreendidas em sentido amplo) que lhes dizem respeito, especialmente àquelas ligadas aos seus direitos de personalidade, ou, no caso das pessoas jurídicas, à sua imagem e bom nome, não sejam mais divulgadas, de modo a impedir sejam objeto de acesso por parte de terceiros ou pelo menos que o acesso a tais informações seja dificultado.

Já Martinez (2014) entende que não há de se sobrepor um direito a outro ao defender que o direito à informação somente será preponderante sobre a proteção da memória individual se a divulgação da notícia configurar interesse público, devendo ser avaliado o grau de "sofrimento imposto a um ou outro princípio".

Perfilhando do mesmo entendimento, Farias (*apus* Gomes; Ferreira, 2022, p. 476) apregoa que cabe ao intérprete a ponderação dos direitos tutelados, sempre visando o mínimo sacrifício dos interesses colidentes.

Em arremate, a conclusão de Sarlet; Molinaro (2013):

> Toda pessoa tem o direito à informação, conforme especificado por lei. As restrições a este direito podem ser impostas por lei apenas se for absolutamente necessário e justificado por razões de segurança nacional, combate ao crime ou para proteger os direitos e interesses legítimos de terceiros. De igual modo, toda a pessoa tem o direito de participar na Sociedade da Informação. A facilidade de acesso às informações tratadas por via eletrônica, e cuja produção, intercâmbio e difusão das mesmas constitui uma obrigação do Estado.

Como se percebe, a solução de conflitos perpassa, necessariamente, pelo estabelecimento de determinadas balizas, como o interesse público e o menor sacrifício dos direitos colidentes em busca da harmonização das normas e princípios, sobretudo quando não existem direitos absolutos no ordenamento.

É de bom alvitre rememorar que, inobstante a Suprema Corte tenha declarado a incompatibilidade do direito ao esquecimento à ordem constitucional, os fundamentos nos quais tal prerrogativa se assentou continuam gozando de proteção, sobretudo nas hipóteses em que configurado o abuso do exercício da liberdade de expressão e de informação.

Isso porque, não raras vezes, os direitos da personalidade são sacrificados em nome de uma liberdade de informação que, forjada em uma suposta historicidade, relevância e interesse público, sequer existe.

Em uma sociedade em que esquecer se tornou a exceção, e lembrar, a regra (Branco; 2017), o direito ao esquecimento surge no ordenamento da mesma forma que uma corda é lançada ao náufrago no mar: o indivíduo apega-se aquilo que pode salvá-lo do tormento eterno.

Na esfera penal, o sujeito é submetido a dois tipos de marginalização: o primeiro decorrente do processo criminal em si, e o segundo, durante a reclusão (Baratta, *apud* Marques; Freitas, 2021, p. 109).

Na sociedade da informação, o apenado sujeita-se ainda a um processo de etiquetamento social no qual a mídia desempenha um relevante papel através da espetacularização do processo criminal, onde o condenado, absolvido ou investigado é alçado ao posto de ator principal (Ribeiro, *apus* Marques; Freitas, 2021, p. 109), o que, além de impossibilitar sua reinserção ao convívio social, lhe inflige um estigma perpétuo (Marques; Freitas, 2021).

Exemplo disso são as inúmeras produções cinematográficas que exploram – e não há outro vocábulo capaz de substituir o verbo "explorar" – os crimes de grande repercussão nacional ou internacional, como o documentário que retratou o assassinato cometido por Suzane von Richthofen ou o caso conhecido como o "Canibal de Milwaukee", protagonizado pelo *serial killer* Jeffrey Dahmer, nos Estados Unidos. Ambas as histórias (de terror, não há dúvidas) foram transformadas em séries de sucesso por plataformas de *streaming*, alcançando grade repercussão.

O fato é que a humanidade tem certa predileção por aquilo que é horrendo e chocante e as mídias sabem bem disso.

Não por acaso, os vilões outrora estereotipados se transmutam em ídolos perante uma legião de fãs fascinados pela exaltação de suas figuras (Marques; Freitas, 2021). Estabelece-se uma curiosidade mórbida pela vida (se ainda vivem) dos condenados: o que fazem, o que comem, como se vestem, com quem se relacionam.

Não se está com isso afirmando que a positivação da imagem destes "párias sociais" vai ao encontro do que preconiza o direito ao esquecimento, tampouco que eles fariam jus a tal prerrogativa em razão da alta reprobabilidade das suas condutas.

Não nos compete julgar, sobretudo porque já foram submetidos ao escrutínio penal e social. Muitos já cumpriram suas penas. Outros tantos nem estão mais entre nós.

O que se pretende dizer é que, se assim quisessem, não deveria de lhes ser tolhido o direito de serem deixados em paz com suas memórias, que já devem ser aterrorizantes o bastante.

No Brasil, como dito, essa prerrogativa não pode mais ser invocada.

Resta saber se a incompatibilidade que se apregoa foi racionalmente justificada.

## 3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE JUSTIFICAÇÃO DA MEDIDA ESTATAL

O teste da proporcionalidade se configura como uma ferramenta metodológica capaz de averiguar se as restrições ao escopo de proteção dos direitos fundamentais – impostas por medidas estatais – encontram-se racionalmente justificadas (Gavião Filho; Caye, 2022).

Barak (2012) diz que, de acordo com a metodologia tradicional, o tribunal deve, em primeiro lugar, analisar a adequação da medida, no sentido de que nenhuma medida restritiva de um direito deve ser admitida se esta não visar a promoção de um outro direito ou interesse geral.

Entre os meios disponíveis, deve-se escolher aquele que impactará em menor grau possível os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que cumpre – mesmo que parcialmente – seu propósito legal.

A adequação é considerada um subteste de natureza negativa (exclui os meios inadequados), ao mesmo tempo em que trabalha com a probabilidade de que o propósito será atingido através daqueles meios escolhidos.

Em seguida, é necessário averiguar a necessidade da medida estatal. Este componente do teste da proporcionalidade parte da premissa de que a utilização de meios legais só é necessária se o objetivo não puder ser alcançado por outros meios (hipotéticos) que sejam menos prejudiciais ao direito em questão, ao mesmo tempo em que cumprem o propósito da lei, até porque, se existir alternativa disponível que cumpra tais requisitos, então não há necessidade desta (Barak, 2012).

Segundo o autor, de todos os subtestes utilizados no teste de proporcionalidade, a necessidade sobressai-se como o mais relevante, pois "a exigência de que o estatuto limite o mínimo possível o direito constitucional em questão está no cerne da exigência de proporcionalidade" (Barak, 2012).

Por último, há de se verificar a proporcionalidade em sentido estrito, que pode ser compreendida como um juízo de ponderação entre os benefícios da medida em análise - calcados principalmente no interesse público - e os potenciais prejuízos que podem ser causados aos direitos individuais ou coletivos, afetados por tal decisão.

Conforme Barak (2012), este subteste exige um equilíbrio entre os benefícios obtidos pelo público e os danos causados ao direito constitucional através da utilização dos meios selecionados por lei para alcançar o objetivo perseguido. Analisa-se, portanto, o custo-benefício razoável entre o fim produzido (promoção de um direito fundamental) e o meio escolhido (restrição de outro direito fundamental).

Segundo Alexy (2009) "um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca".

Ele também nos ensina que, quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância de satisfação do outro. Alexy (2009).

Sobre o tema, Humberto Ávila (*apud* Marques, 2010) traz a lição, *in verbis*:

> Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados.

Recentemente, alguns autores alemães vêm sublinhar a necessidade de agregar um quarto teste ao exame da proporcionalidade - prévio aos demais - consistente na análise da legitimidade dos fins, partindo da premissa que nem todos os fins perseguidos são efetivamente legítimos.

Assim, o subteste da legitimidade do fim é satisfeito se a medida estatal persegue um fim constitucionalmente legítimo.

Na hipótese de não ser satisfeito, desoneram-se os demais subtestes do exame, sendo o resultado uma desproporcionalidade e a não justificação da intervenção violadora do escopo de proteção de um direito fundamental (Barak, 2012).

Barak (2012) também defende que, em primeiro lugar, deve-se examinar a legalidade do objetivo da lei, ignorando, de início, os meios utilizados para atingir esse objetivo. Se não há finalidade adequada, a lei deve ser invalidada sem maiores exames.

Somente quando o propósito da lei for considerado "adequado" pode-se perquirir se os meios escolhidos para alcançar esse propósito também são adequados e se a relação entre o os benefícios da realização do propósito e o dano causado ao direito em questão são proporcionais, o que vislumbrar-se-á no subteste seguinte (adequação).

Para Silva (2002), a ordem de aplicação dos subtestes deve ser estritamente observada, porquanto "relacionam-se de forma subsidiária entre si".

Assim, reputa-se devidamente justificada a medida estatal que, submetida ao crivo dos quatro subtestes, resulta legítima, adequada, necessária e proporcional.

Eis a configuração do modelo *standart* – amplamente aceito - do teste de proporcionalidade, a ser empregado pelos tribunais no trato de questões complexas e controvertidas, a permitir a formatação de precedentes jurisprudenciais sólidos, lógicos e racionais, prestigiando ao mesmo tempo os direitos constitucionalmente tutelados e a segurança jurídica (Gavião Filho; Caye, 2022).

Veja-se que a ferramenta de solução de conflitos que se apresenta através do teste da proporcionalidade guarda relação direta com o critério de sopesamento, sempre respeitando a máxima "quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro" (Alexy, 2009).

Farias (*apud* Moreira;Souza, 2020, p. 30) ensina:

> A "colisão de princípios", ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validez, acontece dentro do ordenamento jurídico [...], vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa a cada princípio, a fim de escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrera menos constrição do que o outro.

Alexy (*apud* Moreira; Souza, 2020, p. 31) defende que o sopesamento serve para definir qual dos interesses (que de forma abstrata se encontram no mesmo nível) tem maior peso no caso concreto.

No que releva ao presente estudo, interessa conhecer quais foram os critérios de ponderação estabelecidos pela Suprema Corte para dirimir a tensão existente entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação na análise do caso concreto que serviu de lastro ao Tema 786.

## 4 ANÁLISE DO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 786 DO STF SOB A ÓTICA DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

O direito ao esquecimento mal tinha sido reconhecido no Brasil quando foi definitivamente extirpado do ordenamento por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1010606/RJ que, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese:

> É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. STF. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786). (Brasil, 2021, p. 04)

Cumpre relembrar que a aludida ação foi movida pelos irmãos de Aída Curi contra a Rede Globo S.A pela exibição da história do assassinato da irmã no programa "Linha Direta Justiça".

A postulação judicial invocava o reconhecimento do direito ao esquecimento ao caso e pleiteava uma indenização, tanto pela exploração da imagem da vítima quanto pela dor causada pelo revolvimento dos fatos em rede nacional (Brasil, 2021).

O recurso foi desprovido por maioria de votos.

Os Ministros Dias Toffoli (Relator), Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Rosa Weber, Alexandre de Moraes e Luiz Fux votaram contra.

Foram vencidos os Ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes, que também divergiram entre si nos fundamentos dos respectivos votos. O Ministro Luís Roberto Barroso se declarou suspeito e declinou da votação (Brasil, 2021).

O debate debruçou-se sobre duas principais vertentes: a possibilidade de proibir a veiculação de documentários tal qual o que retratou Aída em seus momentos finais – quase 50 (cinquenta) anos depois, amparados pelo direito ao esquecimento, e a reparação pecuniária pelos danos causados à intimidade, privacidade e inviolabilidade da família, bem como ao sofrimento infligido aos seus.

Defenderam os recorrentes que o simples fato de algo ser de conhecimento público e notório não extingue os direitos personalíssimos das partes. Além disso, reputaram inexistente o interesse público em razão do largo lapso temporal decorrido, sustentando que, mesmo que este estivesse presente, não justificaria a exploração comercial do patrimônio personalíssimo (Brasil, 2021).

Em defesa, a emissora demandada esclareceu nos autos do processo supra (Brasil, 2021, p. 12):

> (...) só exibia matérias sobre casos já conhecidos do público, fartamente noticiados e discutidos pela sociedade. O programa não tinha por objetivo invadir a vida privada e a intimidade e quem quer que seja. Muito pelo contrário, seu conteúdo se limitava à abordagem de fatos já públicos e históricos, todos relacionados a crimes notórios e aos respectivos julgamentos dos acusados.

Apegou-se a recorrida à tese de que o caso se revestia de interesse coletivo, sendo direito da sociedade ter acesso à história da vítima para compreender e evitar que se repita, sustentando que o direito à intimidade e imagem da falecida e da família não se sobrepõe ao fato histórico que a coletividade tem o direito de conhecer (Brasil, 2021).

Antes de adentrar-se na análise dos votos de cada Ministro em busca dos elementos de ponderação empregados em sua decisão, importante aclarar que um dos motivos determinantes que culminou na fixação da tese diz respeito ao seu aspecto formal, pautado justamente na ausência de previsão legal do direito ao esquecimento.

Andou bem o STF nesse sentido, já que não é atribuição do Poder Judiciário criar um direito não previsto, sob pena de incorrer em nítida usurpação da competência legislativa e afronta à consagrada separação dos poderes.

Além disso, não há como um direito que sequer existe prevalecer sobre outro constitucionalmente previsto e tão enaltecido, como a liberdade de expressão.

Foi essa condução de raciocínio que instruiu o voto do relator Ministro Dias Toffoli, que acabou sendo acompanhado pela maioria (Gasparetto; Obaldia, 2021), conclusão que evidentemente não comporta maiores digressões por questões de mero formalismo.

Agora não há dúvidas de que o debate ganha contornos mais complexos quando a liberdade de expressão é examinada em oposição aos direitos da personalidade, porque ambos gozam de especial proteção, a ensejar o uso de um critério de ponderação para dirimir a controvérsia.

Na concepção do Ministro Relator Dias Toffoli, o que se convencionou de "direito ao esquecimento" não pode ser recepcionado na ordem constitucional e, embora tenha reconhecido a possibilidade de os autores serem indenizados pelo uso da imagem da irmã falecida, entendeu que, no caso concreto, não fariam jus à reparação pelo dano imaterial (Brasil, 2021).

Para tanto, o Ministro assentou sua decisão em algumas premissas: a) não se pode coibir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros

licitamente obtidos; b) o decurso da passagem do tempo necessário para invocar a proibição de divulgação somente ocorre quando o caso se torna descontextualizado dos fatos que lhe deram origem ou diante da perda de interesse público relevante; c) o direito ao esquecimento não está previsto expressa ou implicitamente no ordenamento; d) é de potencial interesse público o que possa ser licitamente obtido e divulgado; e) o mero decurso do tempo não transforma um ato lícito em ilícito; f) a passagem do tempo não induz a um dever social de perdão; g) a liberdade de expressão é um direito humano e universal, não sendo permitido lhe impor restrições prévias (Brasil, 2021).

Para além disso, o Relator entendeu que o crime que vitimou Aída Curi compõe o rol dos casos notórios de violência do país e que não houve abuso na forma de divulgação dos fatos ou tratamento desonroso da falecida e de seus familiares. Sustentou que a violência à mulher é assunto sempre em voga em nossa sociedade e que os casos de grande repercussão não devem ser esquecidos (Brasil, 2021).

Concluiu que o direito ao esquecimento não deve ser recepcionado e que descabe a reparação imaterial na espécie, mas não sem propor uma possível "solução" para a colisão:

> Tanto quanto possível, portanto, deve-se priorizar: o complemento da informação, em vez de sua exclusão; a retificação de um dado, em vez de sua ocultação; o direito de resposta, em lugar da proibição ao posicionamento; o impulso ao desenvolvimento moral da sociedade, em substituição ao fomento às neblinas históricas ou sociais. Máxime em sistemas jurídicos com acanhada tradição democrática, essa ordem de precedência deve ser observada (Brasil, 2021, p. 83).

Veja-se que, ainda que se reconheça brevemente a aplicação do que se aproxima do subteste da necessidade, as considerações tecidas pelo Ministro repousam muito mais em um juízo de ponderação, como se infere do recorte supra (Brasil, 2021, p. 57):

> Sem embargo da precedência da liberdade de expressão e da necessidade de se manter vigilância constante para a fazer valer, o cotejo dessa liberdade com outros valores constitucionais deve sempre tender à harmonização, de modo a que se consagre o resguardo da intimidade do indivíduo sem se sacrificar a livre comunicação.

Acompanhando o voto do Relator, o Ministro Nunes Marques também não reconheceu o direito ao esquecimento como categoria jurídica individualizada e autônoma.

Sob a perspectiva da liberdade de informação e comunicação, entendeu que não é possível inferir-se, do texto constitucional, qualquer norma que proíba a veiculação da notícia em si ou mesmo que exija a autorização prévia dos envolvidos para tanto (Brasil, 2021, p. 113-114).

A par disso, o Ministro diverge parcialmente do Relator ao reconhecer o direito à indenização por dano moral, sob o argumento de que obrou mal a emissora ao explorar a imagem da falecida, vítima de crime sexual, trazendo seu nome à tona sem interesse público relevante, deixando assim de observar os padrões éticos do jornalismo.

Propôs a seguinte tese (Brasil, 2021, p. 121):

> Não é possível extrair-se diretamente da Constituição Federal de 1988 o chamado 'direito ao esquecimento'. Eventuais danos materiais ou morais causados por abuso do direito de informar ou de indexar informações devem ser apurados 'a posteriori', à luz dos elementos empírico-probatórios do caso concreto, e tendo em conta o disposto nos arts. 5º, incisos IV, V, IX, X e XIV, 220, § 1º, e 221, IV, da Constituição Federal".

Já o Ministro Alexandre de Moraes defendeu que a solução da complexa equação perpassa pelo binômio liberdade x responsabilidade, notadamente no que diz com o conteúdo difundido (Brasil, 2021, p. 138-139).

Rechaça o reconhecimento do direito ao esquecimento, sob o argumento de que a história não pode ser apagada. Alegou que, no caso

concreto, não houve desrespeito ou deturpação da história da vítima, motivo pelo qual votou pelo desprovimento do recurso. (Brasil, 2021), sem valer-se do emprego do teste da proporcionalidade.

O Ministro Edson Fachin, de sua vez, votou pelo reconhecimento do direito ao esquecimento e desprovimento do recurso no que tange ao dano moral, em tese que restou assim proposta:

> Têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88) (Brasil, 2021, p. 162-163)

Interessa aqui destacar que o Ministro defende a aplicação de "juízos de proporcionalidade" em casos de conflito entre o direito ao esquecimento e a liberdade de informação, observando-se a posição de preferência que a liberdade de expressão goza no sistema constitucional, mas sem descuidar-se da preservação do núcleo essencial dos direitos da personalidade (Brasil, 2021, p. 161).

Não obstante o Ministro tenha reputado ausente o dano moral na espécie - por entender que o caso de Aída integra um amplo acervo público, estando revestido por uma dimensão histórica latente, de forma que não profana o núcleo essencial dos direitos da personalidade dos requerentes - é a decisão que mais se aproxima, por ora, do teste da proporcionalidade, em que pese remeta somente à aplicação do subteste da proporcionalidade em sentido estrito.

Já a Ministra Rosa Weber enalteceu, em seu voto, a função social das biografias e obras tendentes a documentar eventos remotos e do direito à memória coletiva.

Fez breve menção ao critério da proporcionalidade ao defender a impossibilidade de inibir o direito à informação sobre a conduta - presente ou pretérita - de ocupante de função de interesse público (Brasil, 2021, p. 196).

Em relação à ferramenta metodológica sustenta:

> A imposição de restrições às liberdades de informação, de expressão e de manifestação do pensamento que, embora destinadas em princípio à proteção de finalidades constitucionalmente legítimas, de modo algum se mostrem necessárias ou adequadas no contexto de uma democracia plural, não sobrevive, pois, ao teste da proporcionalidade (Brasil, 2021, p. 198).

Do recorte supra, evidencia-se a referência aos subtestes da necessidade e da adequação, embora de modo superficial.

Acompanhou o Relator, votando pelo desprovimento do apelo máximo por entender que os direitos à personalidade já se encontram suficientemente amparados no ordenamento, sendo desnecessário recepcionar o direito ao esquecimento, frequentemente invocado como justificativa oportunista para censura (Brasil, 2021, p. 201).

Compartilhando o mesmo ponto de vista, a Ministra Carmen Lúcia se opõe veementemente ao "fechamento da cortina do passado". Teceu considerações a respeito da memória coletiva, das lutas dos nossos antepassados e dos horrores da escravidão (Brasil, 2021).

Sua decisão é eminentemente pautada no historicismo e na solidariedade entre as gerações:

> A Constituição brasileira é fruto de uma sociedade que quis se lembrar, por isso a Comissão da Verdade, por isso as comissões compostas para verificação de fatos e atos escondidos. Tudo a indicar que, como instituto jurídico, garantir o esquecimento como direito de alguém se opor e impedir a divulgação e a exibição de um fato, circunstância ou condição histórica, não me parece cabível no sistema constitucional. Sem lembranças, não há construções

> erguidas sobre o que se soube e se superou ou se aperfeiçoou ou até que sirvam como exemplo. Aqui lutamos pelo direito à lembrança, lembrança que se converte em elemento da memória coletiva e histórica. É com ela que se constrói ou reconstrói, com conhecimento dos fatos experimentados, o rumo histórico de um povo. (Brasil, 2021, p. 214)

À exemplo do Relator, a decisão vai também assentada em alguns elementos balizadores a serem sopesados no caso concreto, tais como a veracidade dos fatos, a licitude da obtenção dos dados e a demonstração de interesse público, acompanhando-o na decisão que desproveu o recurso.

O Ministro Gilmar Mendes também defendeu a adoção de um juízo de ponderação que repousa nas seguintes balizas: decurso do tempo entre o fato e a publicização; o interesse histórico, social e público atual; o grau de acessibilidade da informação e a possibilidade de divulgação anonimizada dos dados pessoais sem que se desnature a essência da divulgação. (Brasil, 2021, p. 284).

No particular, entendeu que o documentário veiculado extrapolou o direito de informar e trouxe uma visão deturpada ao público, expondo indevida e vexatoriamente a vítima em programa televisivo de cadeia nacional, reconhecendo a possibilidade de a família ser indenizada, ainda que presente interesse histórico, social ou público atual, com fundamento no direito à intimidade, à vida privada e à proteção ao nome e à imagem (Brasil, 2021, p. 289-290).

A tese por ele proposta apregoa que, na hipótese de conflito entre normas de igual hierarquia constitucional, deve-se adotar a técnica da concordância prática, demandando análise pontual sobre qual direito fundamental deve prevalecer, para fins de direito de resposta e/ou indenização (Brasil, 2021).

Na mesma esteira do que preconizou a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Marco Aurélio votou pelo desprovimento do recurso ao opor-se à censura prévia. Defendeu que não há ato ilícito a ser indenizado no

caso concreto. Porém, discordou da tese proposta, defendendo que não deveria ser fixada e, se fosse, deveria ter um texto mais claro e objetivo (Brasil, 2021). Não sem razão.

O Ministro Luiz Fux também citou os fundamentos da Ministra Carmen Lúcia ao desprover o recurso, acrescentando que admitir-se o contrário representaria um retrocesso, não obstante reconheça que o direito ao esquecimento está enraizado no núcleo essencial de tutela da pessoa humana (Brasil, 2021).

Encerrada a votação, o Plenário concluiu que não se harmoniza com a ordem jurídica o direito ao esquecimento, fixando a tese debatida. Assim, os casos vindouros deverão ser apreciados em processos subjetivos em que sopesadas as questões envolvidas (Brasil, 2021).

Sem embargo do esforço argumentativo empregado nos votos – o que não se está, sobretudo, negando; muito pelo contrário – pouco ou quase nada foi dito sobre o teste da proporcionalidade, ao menos na sua estrutura *standart*.

Veja-se que as decisões vão lastreadas, predominantemente, em um juízo de ponderação, ou seja, estão pautadas essencialmente na proporcionalidade em sentido estrito.

Não é de hoje que a Suprema Corte tem uma predileção pelo subteste da proporcionalidade em sentido estrito, em detrimento dos demais - legitimidade, adequação e necessidade.

Com exceção da Ministra Rosa Weber, que expressamente mencionou a necessidade e a adequação (Brasil, 2021, p. 198) ao afirmar que a imposição de restrições ao direito à informação não passaria no teste da proporcionalidade, e do Ministro Dias Toffoli, que implicitamente sugeriu o emprego do subteste da necessidade, nenhum outro voto abordou o tema sob esse viés metodológico, a par da enorme relevância que deu ensejo ao reconhecimento da repercussão geral da matéria.

Assim é que, salvo melhor juízo, a Corte decidiu tudo, e ao mesmo tempo, não decidiu nada.

Aboliu da ordem constitucional o denominado direito ao esquecimento, não há dúvidas.

Por outro lado, como pôde eliminar algo que na verdade nunca existiu?

O direito ao esquecimento, à felicidade ou ao apagamento de dados - na concepção dos Ministros Luiz Fux e Gilmar Mendes, respectivamente – não passa de uma nomenclatura que deriva dos direitos da personalidade e, em sentido mais amplo, da própria dignidade da pessoa humana.

Conquanto não seja objeto do estudo – a investigação aqui proposta almeja examinar se a ferramenta metodológica foi utilizada ou não e em que medida – não passa despercebido o fato de que, ao fixar a tese de que os excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, a Corte decidiu o que há muito já foi pacificado, tanto na jurisprudência quanto no próprio texto constitucional e na legislação infraconstitucional.

Afora isso, os questionamentos permanecem reverberando no ordenamento: o que deve prevalecer: o direito à imagem, privacidade e intimidade ou direito à informação e à liberdade de expressão?

Evidente que a resposta reclama a análise do caso concreto. Mas quais os critérios balizadores que deverão ser empregados neste exame pelo operador do direito, a quem competirá decidir, caso a caso, qual direito tem um peso maior? Como fazê-lo de forma lógica e coerente?

Ousa-se aqui afirmar que somente o emprego integral do teste da proporcionalidade seria capaz de fornecer os critérios racionais a serem adotados em um juízo de ponderação, do que lamentavelmente descuidou-se o STF.

Ao deixar ao alvedrio do julgador do caso concreto a fixação de balizas norteadoras, também dá azo à arbitrariedade e deixa de conferir a tão prestigiada segurança jurídica às decisões, sobretudo porque os direitos da personalidade e o direito à informação quase sempre estarão em rota de colisão. É da sua natureza intrínseca, tanto de um quanto do outro.

Também por isso que não escapa à compreensão que, ao subjugar o emprego do modelo *standart* da ferramenta metodológica, o Tribunal deixa de conferir o adequado grau de legitimidade às decisões, notadamente daquelas que afetam o escopo de proteção dos direitos fundamentais, evitando o sacrifício desmedido de um em detrimento do outro.

O risco maior é o de que exista uma profusão de decisões divergentes nos pretórios pátrios, tanto mais quando sequer a Suprema Corte conseguiu chegar a um consenso.

## 5 CONCLUSÃO

O caso Aída Curi voltou ao centro dos palcos após meio século do crime que vitimou a jovem carioca, dessa vez por ocasião do julgamento do recurso extremo de nº. 1.010.606/RJ que, em sede de repercussão geral, foi desprovido por maioria de votos, dando ensejo ao Tema 786, objeto da presente investigação.

Viu-se que a tese fixada declarou que é incompatível com o ordenamento a ideia de um direito ao esquecimento, estabelecendo que eventuais abusos deverão ser analisados individualmente, a partir dos parâmetros constitucionais.

Assim, é que ao longo do primeiro capítulo, constatou-se que o direito ao esquecimento, embora não tenha sido expressamente previsto, deriva dos direitos da personalidade e do postulado da dignidade da pessoa humana, dos quais não pode ser dissociado.

O segundo capítulo debruçou-se sobre o exame do teste da proporcionalidade em sua estrutura *standart* amplamente aceita, cuja principal atribuição é conferir racionalidade lógica aos julgados através da aplicação sequencial de cada um dos subtestes que o integram. Constatou-se que somente assim uma decisão pode ser reputada justificada, sobretudo nas hipóteses em que verificada a colisão de direitos fundamentais.

Por derradeiro, analisou-se, no terceiro capítulo, os fundamentos dos votos dos Ministros sob o escrutínio da ferramenta metodológica a

fim de buscar os elementos lógico-racionais que serviram de fundamento à fixação da tese que rechaça o direito ao esquecimento do direito brasileiro.

A única conclusão possível é a de que o teste da proporcionalidade deixou de ser aplicado no julgado de nº. 1.010.606/RJ, ao menos na sua estrutura proposta, vez que os debates se restringiram à proporcionalidade em sentido estrito, através da qual os julgadores atribuíram pesos distintos aos direitos em conflito.

Pouco ou quase nada foi dito em relação aos demais subtestes, a par da extensa fundamentação do relatório, o que permite dessumir, exclusivamente sob o crivo metodológico – objeto do exame – que a decisão que declara a incompatibilidade do direito ao esquecimento ao ordenamento pátrio carece da devida justificação lógica e racional.

Para além disso, apurou-se que, ao deixar de fixar as balizas capazes de nortear a decisão de qual direito deverá prevalecer no caso concreto, abre brecha à discricionariedade excessiva do julgador, que fará – não sem razão – seu próprio juízo de ponderação, o que pode descambar para a ilegitimidade das decisões.

O resultado é um amontoado de decisões conflitantes sendo proferidas pelos pretórios e a pergunta que permanece reverberando: qual direito deve prevalecer e à que custo?

Ao que tudo indica, nadamos muito e acabamos morrendo na praia, ao menos sob a perspectiva metodológica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

BARAK, Aharon. **Proportionality.** Cambridge: University Press, 2012.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na Internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 1010606. É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. **Diário de Justiça**, 20 de maio de 2021. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773.

CJF. Conselho da Justiça Federal (Brasil). **VI Jornada de Direito Civil**. Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142.

GASPARETTO, Higor Lameira; OBALDIA, Bruna Andrade. O Direito ao Esquecimento no Brasil a partir do Tema 786\STF: Uma investigação hermenêutica acerca do julgamento do Recurso Extraordinário n 1.010.606. **Anais Do Congresso Brasileiro De Processo Coletivo E Cidadania**, São Paulo: 2021. Disponível em https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2505.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; CAYE, Ana Adelaide Brasil Sá. Proporcionalidade em Ação nos Tribunais: O Tribunal Constitucional Alemão e Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **RDP**, Brasília, Volume 19, n. 103, 317-336: jul./set. 2022.

GOMES, José Mário Wanderley; FERREIRA, Paulo Rafael de Lucena. O Caso do Direito ao Esquecimento no Brasil: Análise Retórica do Recurso Extraordinário n. 1.010.606\RJ (Tema de Repercussão Geral n. 786 do STF). **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 49, n. 153, 2022. Disponível em https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1323/857.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos. **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT**, 2010. Disponível em https://shre.ink/b5kE.

MARQUES, Anna Elisa Alves; FREITAS, Beatriz Amâncio de Paiva. CANCELAMENTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 786 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Transgressões**:

**Ciências Criminais em Debate**, 2021. Disponível em https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/24187.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Aline Ribeiro. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. **Portal Aurum**, São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERREIRA NETO, Arthur M. **O direito ao "esquecimento" na sociedade da informação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo W.; MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à informação e direito de acesso à informação como direitos fundamentais na Constituição brasileira. **Revista da AGU**, ano XIII, n. 42, p. 09-38, Porto Alegre, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.

VIANA, Fernando França. Direito ao Esquecimento. **Revista do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP),** p. 299-318, São Paulo, 2018. Disponível em https://shre.ink/b5kz.

# A APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE COMO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE OU OMISSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Cláudio Rafael Morosin Rodrigues[1]

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo tem o objetivo de abordar a respeito da aplicação do teste de proporcionalidade, como ferramenta metodológica, na temática afeita à efetivação dos direitos sociais.

Nessa proposta, para tanto, será desenvolvida uma breve incursão histórica a respeito da evolução havida até a consagração dos direitos sociais na formatação jurídica existente nos dias atuais.

Prosseguindo-se nessa análise, será desenvolvido, inicialmente, a respeito do teste proporcionalidade, no viés da proibição do excesso, mormente avaliando a definição dos seus subtestes, a saber, legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na sequência, será alinhavado a respeito das etapas necessárias para a aplicação da ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade sob a ótica da proibição da proteção insuficiente ou por omissão, mormente

1 Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Aluno do programa de mestrado da Fundação do Ministério Público – FMP – do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: claudiorafael@mprs.mp.br.

cotejando-se com a necessidade de o Estado cumprir com uma obrigação positiva em prol do indivíduo, nomeadamente de um direito social.

Nesse sentido, será feito um estudo visando diferenciar as formações e formatações dos subtestes da proporcionalidade quando a temática versar sobre o mandamento constitucional da proibição de proteção insuficiente ou omissão, realçando-se as distinções, máxime quando comparados com a verificação dos subtestes nos casos em que a proteção for de proibição de excesso.

Além disso, será analisado um caso prático julgado pela Suprema Corte Argentina, em que se discutia a necessidade de implementação de um direito social tendo como destinatário uma família – direito à moradia em favor de uma mãe e de um filho portador de deficiência, de modo que esse *leading case* será submetido à aplicação do teste da proporcionalidade, como ferramenta metodológica.

Pretende-se utilizar no desenvolvimento deste texto o método dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental.

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A origem mais conhecida de Constituição, pensando-se em uma feição mais próxima que a ela guarda nos dias atuais, trata-se a proveniente da Revolução Francesa (1789), em que se trouxe a noção de Estado de Direito e, mais ainda, a ideia de limitação dos poderes do Estado. Neste cenário de Estado liberal surgiu a concepção dos direitos de primeira geração ou dimensão, na medida em que o Estado passou a ser olhado sob o prisma da relação de um pacto entre homens livres e iguais, estando a serviço do homem, e não o contrário.

Entretanto, não há olvidar que esse absenteísmo foi provocador, ao longo da história, de desigualdades sociais, de maneia que tomou força uma nova concepção de Estado, conhecido como Estado Social.

De acordo com esse modelo de Estado, o conceito de princípio da igualdade é completamente redefinido, na medida em que passa a ser visto não somente em seu aspecto formal, mas sim na sua feição material, em que se busca a real efetivação da igualdade por intermédio da lei. É nessa quadra do tempo, pois, que ganham força os direitos de 2ª geração ou dimensão.

Deste modo, segundo a lição de Leal, Maas e Kirste (2021), é importante destacar que desde o início do Século XX iniciou-se um movimento de identificação a respeito da existência de direitos sociais, em especial após o fim da 1ª Guerra Mundial e com a Constituição de Weimar (1919) na Alemanha.

Em terras brasileiras, é possível se registrar esse marco histórico com o advento da Revolução de 1930, na cognominada "Era Vargas", de modo que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a catalogar plúrimos direitos sociais, tais como o salário mínimo, a jornada de trabalho, dentre outros.

Nessa mesma linha de raciocínio, importante destacar o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a qual é fulcrada na necessidade de respeito e observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que nela foi prevista uma extensa gama de direitos e de mecanismos hábeis a assegurar a efetivação desses direitos. E foi nessa quadra do tempo, é relevante sublinhar, que se buscou erigir os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, a despeito das divergências doutrinárias existentes sobre o tema.

Dessa forma, e partindo-se da ideia de que catalogados os direitos sociais na área destinada ao repouso dos direitos fundamentais, é possível se dar um passo avante, mormente no sentido de se afirmar que os direitos sociais são, na verdade, espécies do gênero dos direitos prestacionais.

Com efeito, segundo a lição de Alexy (2008), os direitos fundamentais sociais são direitos do indivíduo em face do Estado, a ter uma prestação por parte do ente estatal, como saúde, moradia, educação. Eles consistem, assim, em uma ação positiva, na medida em que demandam uma obrigação de agir do Estado, distinguindo-se, desse modo, dos

direitos de defesa, que são direitos a uma ação negativa, que impõe ao Estado um dever de abstenção.

Além disso, insta acentuar que os direitos sociais são de aplicabilidade imediata, podendo ser invocados, inclusive, quando houver falta ou insuficiência de lei, sem olvidar do fato de serem reconhecidos, ainda, como cláusulas pétreas.

É importante destacar, ainda, o magistério de Leal, Maas e Kirste (2021) no sentido de que tais direitos fundamentais sociais são de titularidade individual, porém de expressão coletiva, ou seja, é o indivíduo que possui o direito ao voto, à saúde, à educação, cuja prestação se dá, em última análise, de maneira particularizada.

Outra observação importante trazida por Leal, Maas e Kirste (2021) é na linha de demonstrar o paradoxo existente no Brasil, que possui uma Constituição muito avançada na temática dos direitos sociais, até mesmo tendo como parâmetro as leis fundamentais da Alemanha, mas que, sob o ponto de vista prático, tem-se uma precária distribuição desses serviços, frente à omissão e ineficácia de políticas públicas. E é neste contexto, pois, que surge a problemática da judicialização dos direitos sociais, ganhando especial destaque as ações judiciais aforadas relacionadas à saúde pública.

Em contrapartida, observa Clérico (2009) que o desenvolvimento do Estado Social de Direito Alemão implicou no fato de que os direitos sociais alemães são satisfeitos por desenvolvimento preponderantemente legislativo, inclusive acima dos "Standards" mínimos que estabelece o direito internacional dos direitos humanos. Significa dizer, em outras palavras, que não é preciso se socorrer, em geral, da via judicial para reclamar o conteúdo mínimo desses direitos que possibilitam uma vida digna.

Nesta alheta, considerando que a realidade brasileira é absolutamente distinta, mormente sob o viés fático da concretização desses direitos, é inegável que, em razão da condição de direitos fundamentais sociais, e do regime jurídico daí decorrente, cabe ao Estado promover, de maneira positiva, essa consagração de respeito ao conteúdo do mínimo

existencial, conectado diretamente com o postulado da dignidade da pessoa humana e à igualdade.

Contudo, Leal, Maas e Kirste (2021) traz a lume importante observação a respeito da problemática na concretização dos direitos em testilha. Na sua concepção, não basta somente a sua previsão como direito fundamental na Constituição Federal para assegurar a sua concretização, na medida em que, de maneira fática, é preciso haver, na maioria das vezes, disponibilidade financeira por parte do Estado para a sua concretização em prol do indivíduo. Dito de outro modo, a concretização dos direitos sociais é dependente do desenvolvimento econômico e social do país.

Contudo, consoante já desenvolvido nas linhas acima, questões meramente orçamentárias não podem ser opostas perante o indivíduo pelo Estado para obstar a concretização do conteúdo constitucional do mínimo existencial, de relação estreita e umbilical com o postulado da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

## 3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA METODOLÓGICA DESTINADA A AVALIAÇÃO DA CONFORMAÇÃO DAS RESTRIÇÕES HAVIDAS AOS DIREITO SOCIAIS

Com o escopo de se avaliar a eventual conformação das restrições havidas no campo dos direitos fundamentais e sociais, é sabido que o teste da proporcionalidade surge, neste cenário, como uma destacada ferramenta metodológica a ser manuseada nesse desiderato, mormente para se verificar se as limitações havidas estão ancoradas em uma justificação racional.

Sobre o assunto, importante a observação de Gavião Filho e Costa Lyra (2022):

> O teste da proporcionalidade serve para avaliar se as medidas estatais são tais que alcançam proteção suficiente aos direitos fundamentais e aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Assim, a aplicação do teste da proporcionalidade serve para recusar

> medidas estatais que não alcançam proteção suficiente aos direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos (Gavião Filho e Costa Lyra, 2022, página 67).

Nesta alheta, de acordo com Caye e Gavião Filho (2022):

> Nessa configuração, uma medida estatal que intervém no escopo de proteção de um direito fundamental somente estará justificada se cumprir os quatro subtestes da proporcionalidade – legitimidade do fim, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Assim, ela deve perseguir um fim legítimo, deve ser adequada para fomentar o fim perseguido, bem como deve ser necessária e proporcional em sentido estrito (Caye e Gavião Filho, 2022, páginas 322-323).

Desse modo, incursionando sem mais delongas nos subtestes do princípio da proporcionalidade, é possível se afirmar que a medida adotada é legítima quando ela persegue um fim legítimo constitucionalmente, cujo objetivo não é proscrito pela legislação e pela Constituição Federal. E, ademais, a medida se revela adequada quando ela é apta a promover o fim colimado.

A outro giro, afirma-se que a medida adotada é necessária quando, em comparação com outras medidas igualmente aptas para se atingir o desiderato pretendido, é a que revela um menor grau de restrição ao direito fundamental objeto de intervenção.

E, por fim, se diz que a medida é proporcional, em sentido estrito, quando o grau de restrição ao direito fundamental é justificado pela magnitude da satisfação do direito fundamental promovido. Avalia-se, nesse prisma, o benefício obtido por meio da restrição havida ao direito fundamental, a fim de se verificar se foi observada a proporcionalidade em sentido estrito.

Nessa esteira, Clérico (2019) enfatiza que o teste de proporcionalidade atua de modo a impor limites à restrição havida ao direito fundamental, bem como no sentido de elevar a pretensão de exercício desse

direito. E a ideia é justamente estabelecer um critério para determinar se, diante da colisão havida no caso concreto, foi permitido que o direito afetado se realizasse na máxima medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Prosseguindo na investigação a respeito do teste de proporcionalidade, é importante observar que a regra da proporcionalidade é predominantemente utilizada e identificada como mecanismo de contenção estatal, como instrumento de controle de excessos.

Entretanto, o princípio da proporcionalidade revela, também, outra faceta, sendo esta destinada a realizar o controle das omissões ou ações insuficientes do poder público. E essa face, não há negar, é deveras relevante para a concretização dos direitos sociais, o que será alinhavado nas próximas linhas do presente escrito.

## 4 O EXAME DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE COMO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO POR OMISSÃO OU INSUFICIÊNCIA DE DIREITOS SOCIAIS

De acordo com os ensinamentos de Clérico (2019), a análise da aplicação do teste da proporcionalidade em sentido amplo foi largamente trabalhada pela dogmática constitucional alemã, mas a grande maioria dos casos analisa sob o viés da proteção do excesso. Todavia, mesmo que em um patamar menor de desenvolvimento, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, existe também a análise na perspectiva do mandamento constitucional de proibição de omissão ou ação insuficiente.

Assim, no âmbito da doutrina constitucional alemã, a aplicação do teste de proporcionalidade em sentido amplo como submandamento da proibição do excesso por restrição é chamado de ÜBERMAFVERBOT. A outro giro, a aplicação do teste de proporcionalidade como mandamento de proibição constitucional por omissão ou ação insuficiente recebe a designação de UNTERMAFVERBOT.

Desse modo, as próximas linhas do presente estudo serão destinadas para estabelecer as principais distinções existentes na formação e formatação dos subtestes do princípio da proporcionalidade no mandamento de proibição de proteção insuficiente ou por omissão, em especial estabelecendo o comparativo com os elementos do subteste empregado e voltado à proibição do excesso.

Assim, inicia-se pela análise do subteste da adequação, também designado de exame de idoneidade. No campo do teste da proporcionalidade como proibição de excessos, a adequação significa, em poucas palavras, uma medida apta e suficiente para promover e atingir o fim colimado.

Por outro lado, sob o prisma da vedação da proteção insuficiente do direito fundamental e social, o teste de proporcionalidade quando aplicado, de acordo com Clerico (2019), revela a existência de uma violação ao cumprimento de uma obrigação de proteção ou de prestação a direito jusfundamental quando (i) as regulamentações atacadas e as medidas estatais sejam inidôneas ou defeituosas para alcançar o fim de proteção obrigatório, ou quando estas medidas ficarem aquém do que estão obrigadas a protegerem. Ademais, fica igualmente evidenciada essa falta de adequação ou idoneidade quando (ii) o poder estatal permaneça totalmente inativo.

Desse modo, insta tecer algumas considerações sobre a relação entre meio e fim havida nesta análise do subteste da adequação (ou do exame de idoneidade), de acordo com as observações feitas por Clérico (2019). Em outras palavras, é possível se constatar que, nas hipóteses destacadas no "item i", o problema ("meio") está centrado na sua insuficiência ou no defeito. O fim, de acordo com a autora acima citada, é a efetivação de um direito fundamental de prestação, que, aliás, deve coincidir com o fim estatal perseguido pelo legislador.

Entretanto, na hipótese evidenciada no "item ii" – reforçando, nos casos em que o poder estatal permanecer completamente inativo – o meio é uma omissão, de maneira que este não fazer, segundo a autora, pode consistir em uma omissão "as secas"; uma omissão em que se discutiu e se reconheceu a obrigação de fazer do Estado, contudo não se

chegou à decisão de fazer algo em definitivo; ou, por fim, uma omissão em que já se reconheceu e decidiu sobre a obrigação estatal em fazer algo, contudo, esses meios ainda não foram implementados.

O fim, de igual modo, é a busca pela efetivação de um direito fundamental de prestação, que deverá ir ao encontro do fim estatal perseguido pelo legislador (aproximando-se da ideia de legitimidade do fim).

Com efeito, se comparado o exame do meio na avaliação de proibição da proteção por omissão com o exame de proibição de excesso, percebe-se uma significativa diferença na formação dos elementos destes subteste (adequação/idoneidade), a saber, na proibição do excesso, o meio está dado e previsto desde o princípio. Ele foi discutido, selecionado e estabelecido pelo legislador (no caso, administração) para se atingir o fim pretendido.

A outro giro, na proibição por omissão ou insuficiência, o meio é indeterminado, na medida em que para o sujeito de direito da prestação o meio, que deve se submeter ao exame, é a omissão ou ação estatal insuficiente, de maneira que esse meio ordenado consiste em uma ação suficiente e adequada.

Prosseguindo-se nessa análise, importante incursionarmos em outro subteste da proporcionalidade, a saber, o da necessidade, a fim de que também seja apreciado levando-se em conta as peculiaridades de formatação para suprir as expectativas e necessidades na aplicação da ferramenta metodológica em liça, quando o assunto for avaliar a conformação de eventual proteção deficiente ou ineficiente aos direitos fundamentais sociais.

Nessa ordem de ideias, convém destacar que, quando o assunto é proibição de excesso, convém recordar que uma medida estatal pode ser adequada e idônea e, ao mesmo tempo, ser desproporcional em sentido amplo, caso não seja "aprovado" no teste da proporcionalidade, no sentido de se apresentar como o meio alternativo menos lesivo.

Isso porque, como cediço, o meio alternativo deve implicar uma menor restrição para os direitos restringidos e possibilitar uma promoção maior na sua realização do ponto de vista empírico.

Examinando-se especificamente o meio alternativo mais idôneo no exame da proibição por omissão, insuficiência ou defeito, Clérico (2019) leciona que a limitação do direito de prestação restrito decorrente do meio atacado pode ser insuficiente ou defeituoso, caso pudesse ser evitado por meio da implementação de um meio alternativo mais idôneo. Em outros termos, um meio que permita uma maior realização do direito à prestação.

Desse modo, propõe a professora e doutrinadora acima referida que a regra do meio alternativo quando examinado no espectro do teste da proporcionalidade na vedação da proibição da omissão ou ação insuficiente, deve ter modificado, inclusive, o seu próprio nome, além da análise.

Isso porque, no mandamento de proibição por omissão, o meio alternativo tem que ser mais idôneo que o meio atacado, e suficiente para lograr uma promoção, um fomento eficaz do fim que é a realização do direito de prestação.

E prossegue Clérico (2019) lecionando no sentido que o exame da menor lesividade dos meios alternativos, no mandamento de proibição por omissão ou insuficiência, deve ser designado de exame de meio alternativo mais idôneo, caso queira refletir com exatidão o conteúdo da regra.

Por derradeiro, a fim de se ultimar a incursão por todas as etapas necessárias e integrantes da aplicação do teste da proporcionalidade, necessário estudar a etapa da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta senda, é sabido que o meio idôneo e necessário para a promoção de um fim não deverá ser implementado em caso de os prejuízos para os direitos fundamentais restringidos serem maiores que a importância da promoção desse direito, de maneira que o meio escolhido se revela desproporcional, em sentido estrito.

Nessa linha de raciocínio, Clérico (2019) leciona no sentido de que para que seja possível a realização de uma análise plena entre a gravidade da intervenção e o peso e profundidade dos fundamentos que a justificam, é preciso se considerar os limites da exigibilidade (e da suportabilidade) para os destinatários da proibição.

Desse modo, segundo o magistério da professora Argentina acima citada, a regra da proporcionalidade em sentido estrito assevera que, quando o meio estabelecido é idôneo e menos lesivo, e o peso dos argumentos militam a favor da importância do fim estatal legítimo ( o que pretende justificar a intensidade da restrição ao direito fundamental) supera o peso dos argumentos que falam a favor de evitar a intensidade da restrição ao direito fundamental, tem-se que a medida estatal é proporcional.

Por outro lado, se mesmo que idôneo e menos lesivo, os pesos dos argumentos que militam a favor da importância do fim estatal legítimo não superar o peso dos argumentos favoráveis a evitar a intensidade da restrição ao direito fundamental, evidencia-se que a medida estatal não é proporcional.

É possível se afirmar, desta feita, que o ponto central do exame acima realizado está ancorado na relação de peso dos argumentos que se inclinam favoráveis e contra a restrição do direito.

Prosseguindo, e avaliando o subteste da proporcionalidade em testilha com a lupa do mandamento constitucional de vedação da proteção insuficiente ou por omissão, Clérico (2019) ensina que, do mesmo modo do ocorrido no mandamento de proibição do excesso, neste exame se perquire sobre da relação entre a intensidade da restrição do direito e os argumentos favoráveis ao peso e à importância do direito e do bem jurídico coletivo colidente.

Dito de outra forma, é preciso se avaliar mais precisamente se a falta da realização do direito de prestação é mais importante que o peso dos princípios colidentes. Nesse sentido, não é necessário realizar modificações substanciais aos elementos neste exame.

Com efeito, segundo Clérico (2019), a regra da proporcionalidade em sentido estrito, no viés da vedação da proteção deficiente ou omissiva, assevera que, quando a omissão ou a ação insuficiente (atacada) é idônea (em abstrato ou em concreto) e não existem meios alternativos mais idôneos e suficientemente eficazes, mas a falta da realização do direito prestacional não pode ser justificada a luz do peso dos

argumentos que são favoráveis à importância do fim estatal perseguido e dos direitos fundamentais, então, tem-se uma omissão ou ação insuficiente desproporcional.

Por outro lado, quando a omissão ou a ação insuficiente (atacada) é idônea (em abstrato ou em concreto) e não existem meios alternativos mais idôneos e suficientemente eficazes e a falta de realização do direito de prestação pode ser justificada a luz dos pesos dos argumentos que militam em favor da importância da realização do fim estatal perseguido e dos direitos fundamentais, então, tem-se a hipótese de uma omissão ou ação insuficiente proporcional.

Desse modo, arremata a professora acima citada esclarecendo que as etapas a serem percorridas no subteste de proporcionalidade em sentido estrito são os mesmos ocorridos no mandamento de proibição do excesso, a saber, avaliar o (i) grau ou intensidade da realização da restrição do direito de prestação; (ii) o peso e a importância da realização do princípio colidente; (iii) a relação entre ambos dirigida a aplicação da lei da ponderação, a qual prevê que quanto mais baixa for a não satisfação ou não realização um direito de prestação (positiva), tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro direito.

Por fim, relevante destacar a observação feita pela professora Argentina que ancora as linhas deste estudo, mais especificamente no sentido da necessidade de se verificar o modo como impacta a não realização desse direito prestacional no plano de vida dos afetados. Assim, tem um papel importante nesse cenário definir se os afetados pertencem a um grupo de vulneráveis.

Com efeito, os motivos para a não concretização de um direito prestacional não podem ser acolhidos ou preponderarem quando implicarem em uma restrição que ofenda o conteúdo do mínimo existencial do indivíduo.

Além disso, é importante destacar que, se o resultado da limitação do direito à prestação é muito intensa, hiperintensa ou extrema, a força das contrarrazões deve crescer de maneira mais que proporcional.

E essa conclusão é resultado de uma interpretação progressiva, proposta por Clérico a respeito da lei da ponderação.

Sobre o tema – interpretação progressiva da lei da ponderação, o magistério de Clérico (2019) é no sentido de que, quanto mais se interfere na realização de um direito na sua função de prestação, deixando-o quase sem a possibilidade de realização alguma, tanto mais forte será a sua capacidade de resistência; é dizer, seu peso, e a força das razões que pretendem justificar essa falta de razão devem crescer de forma mais que proporcional, de forma que tal interferência nesse âmbito possa ser justificada.

Vê-se, pois, que essa fórmula é de extrema importância, levando-se em conta as projeções de aplicação do mandamento de proibição por omissão ou ação insuficiente no contexto das práticas constitucionais caracterizadas por um alto grau de exclusão social, em que boa parte da população não tem satisfeitos os seus direitos básicos de prestação em um patamar mínimo.

Nessa linha de raciocínio, segundo Clérico (2019), a aplicação da regra em contextos de exclusão social, onde as omissões ou ações estatais insuficientes afetam o mínimo existencial fundamental, requer-se um ajuste da regra de proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que, quando se está na presença de uma realização baixa (ou muito baixa, extremamente baixa) de um direito de prestação por uma omissão ou uma ação insuficiente, então se trata, em princípio, de uma violação ao mandamento de proibição por omissão ou ação insuficiente.

## 5 APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE EM UM CASO PRÁTICO ENVOLVENDO CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS JULGADO PELA CORTE SUPREMA DE LA JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Consoante se percebe do que até então foi escrito no presente estudo, não há negar a existência de uma complexidade na realização dos direitos sociais, em especial diante da sua falta de eficácia material, bem como diante da ausência de exatos contornos acerca dos seus limites fáticos.

Nesta alheta, surge a discussão a respeito da justiciabilidade – na expressão de Leal, Maas e Kirste (2019) – dos direitos sociais, nomeadamente no sentido de se avaliar se a concretização dessa categoria de direitos via provocação do Poder Judiciário não configuraria, em apertada síntese, uma interferência do Judiciário na esfera de competência e atribuições dos demais poderes constituídos.

Com efeito, é sabido que, a fim de se assegurar a higidez do conteúdo do mínimo existencial do indivíduo, valor este umbilicalmente conectado com o postulado da dignidade da pessoa humana, não há como, em linhas gerais, se negar o direito prestacional àquele interessado que o invoca.

Entretanto, a fim de auxiliar e qualificar esse processo de análise e de decisão a respeito do acerto nessa conformação constitucional e legal de concessão à parte do direito prestacional postulado, sem que isso macule o princípio da separação dos poderes previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é importante que o intérprete se socorra de uma valiosa ferramenta que está a sua disposição no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a utilização do teste de proporcionalidade como uma ferramenta metodológica concebida com esse desiderato é de grande valia e de suma importância nesse processo, de maneira que as próximas linhas serão destinadas a analisar uma decisão proferida pela Suprema Corte Argentina enfrentando a temática da concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, analisando-as, de igual modo, com a lupa focada para avaliação da aplicação do teste da proporcionalidade.

E o caso em apreço foi trazido a lume por Duarte e Sampaio (2018), em artigo científico denominado *Proportionality in Law*, *An Analytical Perspective*. O *leading case* Argentino é o "Caso QC vs Ciudad de Buenos Aires", em que, em apertada síntese, uma mulher e seu filho (PCD) de 6 anos de idade com sérios problemas de saúde (PCD) estavam em situação de rua e extrema vulnerabilidade. A mulher foi incluída em um programa de assistência social que lhe garantia um benefício por 10 meses para subsistência. Pediu a prorrogação do benefício, mas o pedido foi indeferido pelo município sob a alegação de que o benefício não era

prorrogável. Desse modo, foram morar nas ruas novamente, de maneira que ingressaram com uma ação judicial.

Nesta demanda, a parte autora solicitava, em resumo, uma solução que permitisse que ela vivesse de maneira digna com seu filho em uma moradia em condições dignas de habitabilidade. Para tanto, caso fosse agraciada com um benefício financeiro, que este fosse suficiente para arcar de maneira integral com o valor de uma locação que atendesse as características mínimas de uma habitação digna.

Em primeira instância, houve a procedência do pedido, de maneira que foi determinado que a Cidade de Buenos Aires deveria prover um subsídio à autora e seu filho de maneira a garantir o pagamento integral de um alojamento em condições dignas de ser habitado até que surgissem novas circunstâncias que permitissem concluir que o estado de necessidade do infante estivem cessado.

Em sede recursal, todavia, houve a reforma da sentença prolatada, de maneira que ficou deliberado no sentido de que não seria inconstitucional o fato de que os subsídios previstos na legislação fossem parciais e temporários, e tampouco que a quantia outorgada aos seus beneficiários fossem insuficientes para manter o custo de uma moradia digna.

Contudo, a Suprema Corte Argentina decidiu no sentido de que os direitos fundamentais consagram obrigações de fazer pelo Estado, de maneira que essa concretização está sujeita ao controle do Poder Judiciário. Assim, sem prejuízo das decisões políticas discricionárias, os Poderes constituídos devem atender as garantias mínimas indispensáveis para a sobrevivência digna de uma pessoa em extrema vulnerabilidade.

Desse modo, ordenou ao Governo da Cidade de Buenos Aires que interviesse com as equipes de assistência social e saúde para assegurar que o infante fruísse de atenção e cuidado que a sua condição de pessoa portadora de deficiência demande, bem como provesse à autora o assessoramento e orientação necessária para a solução da causa de seu problema habitacional. Ademais, a Corte Suprema Argentina garantiu à autora, ainda de forma definitiva, um alojamento em condições e com

edificação adequada à deficiência que ostenta o infante, sem prejuízo de contemplar a sua inclusão em algum programa ou curso futuro para solução permanente de sua situação.

Em síntese, a Suprema Corte da Argentina reconheceu que direitos sociais estavam sendo violados, a saber, o de moradia e integridade familiar. Reconheceu a Corte, também, que a limitação do direito da senhora QC e seu filho não estava justificada pelo Estado (cidade de Buenos Aires), falhando, assim, no teste da proporcionalidade (faceta da proibição de proteção insuficiente).

Nessa linha de raciocínio, submetendo-se o caso concreto ao teste da proporcionalidade, em específico ao viés do mandamento constitucional da vedação da proteção insuficiente e por omissão dos direitos sociais, tem-se que a decisão proferida pela Suprema Corte Argentina atendeu aos comandos da ferramenta metodológica em exame, consoante doravante será alinhavado.

Assim, avaliando-se a situação em testilha sob a ótica do subteste da adequação, constata-se que os meios empregados pela Cidade de Buenos Aires não eram adequados para atingir o fim colimado. Isso porque se dispunha dos seguintes meios para garantir o direito social à habitação/integração familiar: empréstimo habitacional; benefício para não mais de 10 meses; abrigos públicos para pernoite; ausência de programa habitacional para abrigar pessoas com deficiência/moradores de rua.

Prosseguindo-se nessa análise, constata-se que a decisão adotada pela Cidade de Buenos Aires não passou pela etapa do subteste da necessidade, ensejo em que deve ser verificado acerca da existência de um meio mais eficaz para atingir o direito social pretendido. Assim, neste tópico, a Suprema Corte Argentina afirmou que o meio utilizado para garantir o direito social (benefício financeiro e social de 10 meses) era deveras custoso, um dos meios mais caros disponíveis no mercado e, em contrapartida, apenas oferecia solução temporária para a situação em exame.

Passo avante, ao se analisar o subteste da proporcionalidade em sentido estrito, é importante se examinar, como cediço, se as razões

invocadas para se implementar o direito são mais relevantes que as razões do estado para não se implementar esse direito social. Analisa-se, assim, o peso das razões pelas quais o Estado não fez algo e a importância do direito social em voga.

No caso em testilha, a corte argentina considerou que a situação da mãe e do seu filho era urgente, sendo imperativo ao Estado dar à criança oportunidade de uma vida digna. A limitação dos direitos sociais que eles estavam vivenciando ao ter que morar nas ruas era medida extrema. O Estado, assim, possui um ônus elevadíssimo de explicitar os motivos pelos quais não concretizou o direito social nessa situação específica, o que não restou justificado de maneira proporcional, máxime se levada em consideração a situação da criança de portadora de deficiência, o que a coloca em um rol de pessoas em condições de vulnerabilidade.

Assim, de acordo com as lições de Clérico (2019), nessas hipóteses em que os destinatários dos direitos sociais são pessoas vulneráveis (no caso, o infante se tratava de pessoa portadora de deficiência) e que sistematicamente são, de alguma forma, discriminadas (na hipótese em testilha mãe e filho se tratavam de moradores de rua) deve se realizar uma interpretação progressiva da Lei da Ponderação, caso haja uma limitação do direito de prestação, porquanto essa limitação se apresenta muito intensa, hiperintensa ou extrema, fazendo que, de outro lado, a força das contrarrazões, da resistência para a concretização desse direito deve crescer de maneira mais que proporcional.

É justamente o que sucedeu na espécie em testilha, por ocasião da prolação da decisão sobre o caso concreto na Suprema Corte Argentina, razão pela qual a decisão proferida está plenamente em conformidade a ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade, o mesmo não podendo ser afirmado em relação à decisão proferida pela Cidade de Buenos Aires.

## 6 NOTAS CONCLUSIVAS

O presente artigo teve o escopo único de produzir reflexões a respeito da aplicação do teste da proporcionalidade, na condição de uma ferramenta metodológica, em decorrência do mandamento constitucional de vedação da proteção insuficiente ou por omissão dos direitos fundamentais, incursionando-se, assim, na exploração da outra face do princípio da proporcionalidade, e não somente no lado da sua atuação mais conhecida, aquela em que se veda a proibição de excessos.

Nesse sentido, desenhou-se a nova formatação havida das etapas necessárias para a realização do subtestes, na medida em que apresentam peculiaridades próprias, e que se revelam sobremaneira importantes para o êxito da aferição em concreto para avaliar se determinada medida não está implicando em sacrifício ou restrição indevida a algum direito social.

E essas características em especial influenciam o conteúdo da formatação das regras da adequação e da necessidade, razão pela qual demandam sejam modificadas no marco do exame do mandamento de proibição por omissão ou ação insuficiente.

No tocante ao exame de proporcionalidade em sentido estrito, conclui-se da importância em se destacar acerca da interpretação progressiva da lei da ponderação levando-se em conta as proteções do mandamento de proibição por omissão ou insuficiência principalmente nos contextos de exclusão social.

Com efeito, percebe-se da análise do texto que a regra da proporcionalidade em sentido estrito é similar para o mandamento de proibição por excesso e para o mandamento de proibição por omissão ou insuficiência, de maneira que as diferenças não ocorrem na estrutura da regra, mas sim no contexto de aplicação.

Por fim, revelou-se a importância, por intermédio da exemplificação com um caso prático levado a julgamento na Suprema Corte Argentina, da importância da realização efetiva do teste da proporcionalidade pelos Tribunais, máxime em se tratando do mandamento

constitucional de proibição de proteção insuficiente ou por omissão, na medida em que, atuando como uma ferramenta metodológica, viabilizará a concretização e a realização do direito social posto em causa na sua maior medida possível.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. Q. 64. XLVI. Buenos Aires, 24 de abril de 2012. Magistrados: Mayoria: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Voto: Petracchi, Argibay Disponível em: https://shre.ink/b5kZ> Acesso em 18 de julho de 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Dispõe sobre a Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov.2023.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad em el derecho constitucional. **Editorial Universitaria de Buenos Aires**, 2009.

CLÉRICO, Laura. Proportionality in social roghts adjuction: making it workabel. In: **Proportionality in Law: An analytical Perspective**. Lisbon: Springer. 2018.

DUARTE, Davi. SAMPAIO, Jorge Silva. Proportionality in Law, an Analytical Perspective. Editora Springer, 2018.

GAVIÃO FILHO, A. P.; CAYE, A. A. B. S. Proporcionalidade em Ação nos Tribunais: o Tribunal Constitucional Federal Alemão e o Supremo Tribunal Federal Brasileiro. **Revista Direito Público**, v. 19, 2022.

GAVIÃO FILHO, A. P.; LYRA, J. F. D. C. O teste da proporcionalidade no direito penal e a proibição de proteção insuficiente: uma necessária reconstrução crítica. **Revista da Ajuris**, v. 49, nº 152, junho, 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; MAAS, Rosana Helena; STEPHAN, Kirste. **Direitos fundamentais sociais e sua justiciabilidade: Brasil, Alemanha e Áustria**. Curitiba: Íthala. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Editora **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 798, 2002.

# LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y SUS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO

Luis Manuel Martínez Vela[1]

## 1 INTRODUCCIÓN

La configuración del Estado constitucional y democrático de derecho demanda garantías con motivo de la defensa de los derechos fundamentales. En este tenor, la eficacia constitucional se vincula íntimamente con estas, las garantías, entendidas como instrumentos jurídicos procesales para hacer efectivos los derechos.

No podemos entender una Constitución sin la existencia de estos medios de tutela, su ausencia asemejaría la norma fundamental a un decálogo bien intencionado, sin consecuencias jurídicas, quedándose únicamente en el reconocimiento de los derechos sin efecto alguno en el ámbito del derecho y abandonando su cumplimiento.

En este contexto, la defensa efectiva de los derechos constitucionales, entre estos los pertenecientes al consumidor, está conformada por herramientas cuyo propósito se sustenta en la consecución del

1 Licenciado en Derecho, Especialista en Derechos Humanos y Maestro en Derecho por la UNAM, Curso el Master "La protección Constitucional y el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos" del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid; Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNACH, Candidato a Investigador Nacional CONAHCYT. Correo electrónico: luis.martinez@unach.mx

cumplimiento de lo reconocido en el marco jurídico nacional a partir de la vulneración a la esfera jurídica fundamental.

Entre los organismos encargados de garantizar y proteger institucionalmente en México los derechos de las y los usuarios de bienes y servicios se encuentra la Procuraduría Federal del Consumidor, la cual brinda atención frente a las vulneraciones que eventualmente se presenten con motivo del incumplimiento de lo ofertado.

Las garantías constitucionales relativas a los derechos del consumidor constituyen una parte fundamental en cuanto a la eficacia de estos, toda vez que para que un derecho fundamental tenga verificativo en el ámbito material, es necesario emplear evidentemente mecanismos de protección y defensa.

En el marco jurídico mexicano, si bien existe un órgano destinado de forma exclusiva a la protección de los derechos del consumidor, la Constitución no alude de forma expresa esta defensa a través de dicho organismo, remite para dicho propósito a la ley reglamentaria, la cual desarrolla e instituye la naturaleza y alcance de este.

Para desarrollar esta vinculación entre eficacia constitucional y la protección de las y los consumidores, es imprescindible desentrañar la naturaleza de las garantías en este ámbito dentro del sistema jurídico mexicano, y a su vez cómo esta protección se desarrolla a través de su interpretación y aplicación.

## 2 LAS GARANTÍAS DE LAS Y LOS CONSUMIDORES EN EL CONTEXTO JURÍDICO NACIONAL

Las garantías como herramientas o instrumentos de tutela se entienden en este contexto como obligaciones correlativas a las expectativas de índole positivo que indican el propósito de anular un acto arbitrario (rompiendo con la teoría clásica que supone una vulneración de los derechos por una autoridad, en una relación de supra subordinación) en este

caso horizontal, tratándose de las y los consumidores; justo dentro del vínculo entre las obligaciones y las posibilidades de cumplimiento frente a la desobediencia de estas.

Las garantías se instrumentan como respuesta para remediar la desobediencia de actos contrarios a la eficacia de los derechos, vulnerando el espectro tutelado, en este caso la correcta prestación de un servicio o funcionamiento ofrecido sobre un bien disponible cuyas características definen las expectativas operativas de este, previendo para tal propósito una "garantía" entendida no como instrumento procesal, sino como medio de respuesta ante una eventual inoperancia de lo espectado.

Dicho esto, en el marco jurídico nacional, el significado de garantía como instrumento remedial ante la posible conculcación del derecho, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a las "técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los mismos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas" (México, 2014), es decir que sin estas, los derechos no se materializan y aun cuando resulten válidos y vigentes carecerán de eficacia.

Lo anterior evidentemente parte de la configuración del artículo 1° constitucional donde se reconoce de forma expresa que todas las personas deberán gozar de sus derechos y garantías constitucionales. Lo que, bajo una interpretación amplia, se extiende a los derechos de las y los consumidores como prerrogativas que dentro de los principios de integralidad e interdependencia se vinculan con otros derechos como los relativos a la propiedad y el acceso a la justicia.

De esta forma, las garantías se instituyen como herramientas para la salvaguarda de los derechos, intensificando su validez, vigencia y eficacia dentro del orden jurídico, guardando como fin provocar un equilibrio entre las entidades que prestan el servicio y las y los consumidores.

Estas herramientas jurídicas resultan aptas e idóneas como procesos de carácter constitucional que tiene por objeto hacer frente a los posibles desafíos que representa la protección de los derechos (Rodríguez,

2011, p. 61). No obstante, esta aplicación de derechos y garantías puede entenderse como una responsabilidad directa del Estado fuera de la teoría clásica del "verticalismo", donde los derechos fundamentales únicamente tienen razón de ser a partir de las relaciones entre las personas y el Estado y a su vez los derechos humanos se fundamentan en la garantía de una inmunidad del privado o particular frente al poder del Estado, sin embargo, frente a esta postura, la teoría "horizontal" se sustenta a partir de la idea de que los derechos humanos deben también permear las relaciones entre entes privados, lo anterior en virtud de que las transgresiones a los derechos no son exclusivas del Estado, pues es posible y común que surjan entre particulares. Ambos enfoques se han intensificado desde el contexto de la globalización y la creciente relación del consumidor con empresas internacionales dando paso a la necesidad de atención para ambas expectativas de protección.

Dicho esto, resguardar eficazmente los derechos se identifica con la expectativa de justicia a través de los instrumentos que se han reconocido para preservar el contenido de la norma, y lograr la conservación y permanencia del Estado democrático (Fix-Zamudio, 1999, p. 174).

Las garantías deben instaurarse como una prioridad dentro de las constituciones normativas, de esta forma la interés se centran en que las garantías protejan de forma efectiva y "garanticen" la materialización de los derechos, materialización que en el caso de las y los consumidores deviene del incumplimiento de aquello que se oferta como posible. En este contexto, resulta entonces, de vital importancia que las y los consumidores dispongan de una herramienta cierta ante la vulneración de la esfera jurídica fundamental.

Es preciso señalar que las determinaciones alcanzadas en torno a la protección de los derechos del consumidor serán de carácter no jurisdiccional, fungiendo como contrapeso ante los abusos proscritos, procurando la conciliación entre las partes cuya referencia constitucional ordena.

Estas garantías están fundadas en una defensa institucional, las cuales inciden en el desenvolvimiento pleno de la esfera jurídica

fundamental, asegurando su efectividad mediante relaciones horizontales respetuosas del orden constitucional y convencional que las procuran.

## 3 GARANTÍAS Y ACCESO A LA JUSTICIA Y EXCLUSIÓN INSTITUCIONAL

Dicho lo anterior es importante identificar un par de elementos de suma importancia, que inciden en la justiciabilidad, no solo de los derechos del consumidor, estos son la "accesibilidad" y la "asequibilidad", dada la condición de exclusión en la que se encuentran algunas personas del goce de los derechos y de sus garantías en México, estos tópicos resultan fundamentales para alcanzar la justicia de los derechos conculcados.

El problema vigente de los derechos radica hoy en protegerlos, así, el problema del fin, en este caso la tutela o protección, es el de los medios, cuyo reconocimiento resulta importante, no obstante, es de mayor trascendencia contar con herramientas que garanticen su protección, de poco sirve un derecho sin garantías accesibles y asequibles trasladando dicha posibilidad de justicia al arbitrio de quien detenta el poder. La posibilidad que guarda toda persona de defenderse implica que dicho acceso sea asequible, es decir, que no se traduzca en una erogación incapaz de ser cubierta por quien requiere llevarla a cabo, de esta forma, la exclusión no debe tener cabida como mecanismo material que impide el logro de la justiciabilidad de los derechos.

Esto subraya la importancia de considerar el acceso a las garantías, como recursos simples, rápidos y oportunos, no solo desde su enunciación, sobre todo cuando existen situaciones de exclusión vigentes. México no es ajeno a lo anterior, el panorama de desigualdad, y pobreza hacen inviable en el ámbito material defender los derechos. De esta forma, los derechos no serían tales, si se encuentran despojados de garantías constitucionales que guarden las características mencionadas, esto se aclara bajo la idea de qué un derecho no sería real si no se cumple de forma efectiva (Ferrajoli, 2002, p. 59).

Las garantías correlativas a las y los consumidores, aun cuando sus efectos no sean las de aquellas consideradas jurisdiccionales, deben provocar la consecución de los fines resarcitorios, salvaguardando el contenido de los derechos vinculados con la adquisición o prestación de un servicio determinado.

En este sentido, la eficacia de los derechos no debe desconocer el nexo vigente entre el derecho y justicia, obviando la exclusión social y jurídica de la población. Para provocar una satisfacción plena de la pretensión de las y los consumidores "resulta necesario dar una explicación del contexto social en que surge el problema del acceso a la justicia, vinculada especialmente a los tipos de conflictos que se producen en la sociedad" (Fix-Fierro, 2001, p. 144).

La exclusión social y económica constituye un elemento que se suma a otros de carácter cultural, laboral, etc. En el ámbito de los derechos del consumidor, resulta particularmente relevante que las personas tengan acceso a la posibilidad de tutela de sus derechos, toda vez que su afectación también incide en el ámbito patrimonial, por lo que guarda una grafía significativa dentro del Estado constitucional, pues su ejercicio se extiende y trasciende a la esfera jurídica fundamental.

La intención material de protección frente a los abusos o arbitrariedades suscritas por entidades que no cumplen con su función se sustenta en este caso a partir del entendimiento constitucional de la protección y desarrollo de este derecho a través de la ley, toda vez que su reconocimiento fundamental es apenas suficiente para enmarcar su referencia.

Ahora bien, es menester mencionar que la protección de los derechos de las y los consumidores puede considerarse dentro del rango constitucional, aunque su reconocimiento no se da de forma detallada en el artículo 28 párrafo tercero que menciona que "La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses" (México, 1983).

Existe la remisión a la norma reglamentaria, atribuyendo a la Procuraduría Federal del Consumidor la facultad de tutela como organismo

encargado de la protección a sus derechos, esto último es lo que se plantea en el Amparo directo 14/2009 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México, 2017).

Las y los consumidores pueden instrumentar de forma separada o conjunta las garantías que les son atribuibles con base en las vulneraciones a sus derechos. De esta forma el acceso de naturaleza directa se asume a través de instrumentos legales que puede interponer quienes lleven a cabo el requerimiento individual o colectivo.

Estas acciones jurídicas encaminados a la reintegración del orden normativo emergen frente al desconocimiento de los derechos de las y los consumidores; y los mecanismos de "garantía" no han resultado suficientes para alcanzar la consecución de las disposiciones en dicho ámbito, cimentándose como potestades de para demandar el cumplimiento de un derecho.

En este tenor, las garantías derivadas de la protección institucional deben asumirse como medios para lograr la eficacia de los derechos frente a su ausencia obligada para quienes en la relación entre las y los consumidores y los prestadores del servicio, no pueden verse materializados. Dicho de otro modo, estas comprenden un catálogo de procesos, que se desprenden del incumplimiento de esa "garantía comercial primaria" sobre un determinado bien o servicio.

Las garantías de las y los consumidores cruzan todo el orden jurídico, resultan transversales y van dirigidas a provocar una equidad, generalmente establecida entre quien presta o vende el servicio o el bien disponible y el consumidor, quien generalmente se encuentra en situación de desventaja, reduciendo la distancia entre vigencia y eficacia.

Ejemplo de esto lo encontramos en el Amparo directo en revisión 6221/2015 de la SCJN (México, 2017) que se enfoca en la interpretación de los artículos 24 y 26 de la Ley Federal de Protección al consumidor, al mencionar que estos deben ser interpretados desde la perspectiva del derecho al acceso a la justicia por que en ellos se establece de la promoción de sus derechos como una atribución de la procuraduría (PROFECO).

En este contexto, el garantismo resulta en un asunto que obedece a enlaces que se desprenden de la Constitución y aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia dada su relevancia y reconocimiento en dicha norma fundamental. "Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho"(CIDH OC-87/87, 1987) además se indica bajo esta lógica que "Los Estados Parte tienen la obligación de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, es decir, constituyen los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos"(Brito, 2016, p. 91).

Como se mencionó, los enfoques de protección a los derechos de forma vertical y horizontal pueden tener una conexión que se constituye de los derechos de los consumidores que los vincula a su vez de forma directa con los derechos patrimoniales y económicos que emanan de estos.

En este tenor encontramos, varias entidades encargadas de la defensa de los derechos, cuya vinculatoriedad también varía, dependiendo de la naturaleza y derecho de que se trate, así como su accesibilidad y asequibilidad, dentro de estas encontramos por supuestos la relativa a las y los consumidores. Entonces tenemos:

a) El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Organismo especializado encargado de la protección de los derechos reconocidos en el artículo 6º constitucional (INAI).
b) Los órganos Ombudsman especializados como la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría del Trabajo, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, el Instituto Nacional de las Mujeres, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, y de manera tímida, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
c) Los órganos ombudsman de carácter general que integran el sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos (Carpizo, 2012, p. 1092).

Con base en esto encontramos que las mencionadas herramientas conforman un concepto multidimensional, cuya naturaleza, alcance y concepción se vinculan con el derecho de que harán efectivos a través de distintas vías.

## 4 LAS GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Evidentemente las garantías del orden institucional provocan eficacia y reconocen y asumen en el Estado el cumplimiento de la obligación de protección, "que ven como su vinculación negativa a la Constitución y a la libertad objeto de la garantía institucional se transforma y positiviza (eficacia entre terceros de los derechos fundamentales)" (Presno, 2004, p. 101).

Las garantías institucionales de las y los consumidores se sustentan en la tutela del andamiaje normativo del Estado, generando que su intervención se presente de manera horizontal, adhiriéndose al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales.

En esta lógica, los derechos requieren de la conformación de procesos a través de los cuales se generen organismos capaces de defender su eficacia, tales como la PROFECO. Bajo el andamiaje adjetivo, las garantías institucionales se conforman a partir de la defensa de un derecho o institución en específico, como he mencionado, su naturaleza difiere de las jurisdiccionales. Su finalidad no es precisamente la de asegurar la eficacia del derecho conculcado, sino la de crear procesos, órganos o instituciones cuyo propósito es hacer viable la materialización de sus expectativas para optimizarlas

En este tenor, las garantías institucionales surgen como herramientas de protección que primero se circunscriben a instituciones públicas y después se vinculan a las privadas, inclusive sobre aquellas de naturaleza mercantil o comercial en este caso (Cidoncha, 2009, p. 150).

En el marco objetivo de los derechos, su configuración como principios permite bajo una óptica transversal transitar del ámbito público al privado. La eficacia se inserta de esta forma en las relaciones entre particulares; constituyen argumentos esenciales al interior del andamiaje institucional reconocidos de forma adjetiva dentro del Estado que instan a cumplir con intereses sobre servicios, productos, o bienes.

Los derechos ordenan una obligación de eficacia al andamiaje institucional del consumidor al Estado, la trasladan a este y conectado a él, se produce un efecto transversal, como resultado de la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales

Como hemos mencionado, si bien la protección del consumidor no se encuentra establecida constitucionalmente de forma expresa, la Ley Federal de Protección al Consumidor cuenta como un mecanismo institucional para salvaguardar los derechos (PROFECO) el cual establece los parámetros para darle solución a las controversias y vulneraciones.

En este tenor, el orden subjetivo comprende el ejercicio de los derechos atribuibles a las y los consumidores como facultades, mientras que la objetiva ostenta que constituyen piezas fundamentales para la consumación de los fines del Estado, esto es la preservación del orden constitucional y legal a través de un aparato institucional.

El ámbito objetivo se traduce en una obligación de los poderes públicos entendida de forma positiva (hacer) consistente en verificar que las personas implementen sus derechos mediante acciones o facultades individuales o colectivas, así, el Estado está implicado para sumar a su eficacia a través del aparato institucional.

La garantía de naturaleza institucional de defensa de las y los consumidores se identifica con una directiva de actuación horizontal como hemos sostenido, por su esfera espacial de aplicación. La finalidad de los mecanismos institucionales, se asientan no solo en la tutela a través de una entidad frente a su vulneración, sino en todos aquellos elementos encaminados a hacerla efectiva y en el caso de las y los consumidores, preventiva.

Esta horizontalidad puede verse reflejada en determinadas situaciones en las que se presentan controversias entre particulares y no se centran en la garantía cuya responsabilidad parte del Estado, pero si se requiere de su intervención por medio del organismo establecido para tal fin. Como ejemplo de ello son las diferentes controversias que en muchas ocasiones se dan entre particulares y empresas privadas encargadas de vender servicios, los cuales no siempre son suficientes o económicamente "justos" en cuento a la satisfacción y necesidad de los usuarios, lo que pueden terminar en consecuencias negativas.

Ante esto, el Estado establece que las empresas deben ser transparentes en la prestación de sus servicios o artículos, asimismo, guardan la obligación de la protección a los clientes prevista en el artículo 28 constitucional según lo emitido por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia civil y constitucional (México, 2022).

## 5 CONCLUSIONES

La Constitución preserva en las garantías institucionales la estructura y contenido de tutela como rasgos característicos del Estado constitucional y democrático de derecho. En este tenor las y los consumidores ven reflejada la salvaguarda de sus derechos conculcados.

El garantismo resulta en un entramado de enlaces adjetivos que se desprenden de la Constitución y aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia dada su relevancia y reconocimiento en dicha norma fundamental.

La defensa de los derechos de las y los consumidores se encuentra referida en la Constitución, y cuyo mandato de optimización de encuentra reflejado en la ley que reglamenta esa tutela a través de una institución, privilegiando la conciliación mediante reglas que provocan la eficacia de la expectativa incumplida

Las determinaciones logradas a partir de la tutela de los derechos del consumidor serán de naturaleza no jurisdiccional, sirviendo para

frenar los abusos proscritos a la luz de una identidad horizontal de vulneración de los derechos, procurando la eficacia de los postulados constitucionales y legales.

## REFERENCIAS

BRITO, Rodrigo. La noción de derechos humanos y garantías en la Constitución Mexicana. *In:* Guerrero Galván, Luis René, y Pelayo Moller, Carlos María (Coords.) **100 años de la Constitución mexicana:** de las garantías individuales a los derechos humanos, México, IIJ-UNAM, 2016.

CARPIZO, Jorge. Los Derechos de la Justicia Social: Su Protección Procesal en México. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado,** México, IIJ-UNAM, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012.

CIDONCHA, Antonio. Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial. **Teoría y Realidad Constitucional,** España, UNED, núm., 23, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías.** La ley del más débil. España, Trotta, 2002.

FIX, Héctor; LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria. *In:* VALADÉS, Diego; GUTIÉRREZ, Rodrigo (coords.), **Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,** México, IIJ-UNAM, t. I, 2001.

FIX, Héctor; VALENCIA, Salvador. **Derecho Constitucional Mexicano y Comparado.** México, Porrúa, 1999.

MÉXICO, [Constitución, (1917)]. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf. Acceso en 5 de Octubre de 2024.

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Consumidor. El derecho a su protección tiene rango Constitucional. Registro digital: 2008636. 2015. **Semanario Judicial de la Federación.** Décima época. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008636

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Derechos Humanos. Naturaleza del concepto "Garantías de protección ", incorporado al artículo 1ºde la Constitución Federal, Vigente desde el 11 de Junio de 2022**.** Registro digital: 2007057. 2014. Semanario Judicial de la Federación. Décima época. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007057

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protección al Consumidor. La acción de grupo prevista en los artículos 24 y 26 de la Ley Federal Relativa, vigente al 28 de febrero de 2012, debe ser interpretada a la luz del derecho al acceso a la justicia. Registro digital: 2015237. 2017. Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015237

MÉXICO, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protección al consumidor. Su alcance cubre a los usuarios del servicio de seguros y genera obligaciones para las aseguradoras privadas. Registro digital: 2025236. 2022. Semanario Judicial de la Federación. Undécima época. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2025236

Opinión Consultiva OC-87/87 de 30 de Enero de 1987, sobre el habeas corpus bajo suspensión de garantías, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

PRESNO, Miguel Ángel, Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978, España, Tecnos, 2004.

RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario; GIL, Raymundo, El Juicio de amparo a la luz de la reforma constitucional de 2011, México, IIJ-UNAM.

# O CÓDIGO DO CONSUMO: A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS E O PANORAMA LEGAL ATUAL

Agda Aparecida Gaudencio de Oliveira[1]
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger[2]

## 1 INTRODUÇÃO

Na sociedade do consumo contemporânea, o direito fundamental do consumidor é de suma importância na valorização e na concretização do princípio da dignidade humana, ambos previstos expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF). Nesse contexto, a vulnerabilidade do consumidor, que traduz a sua essência, é reconhecida pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande. Bolsista do Programa Institucional de Iniciação Científica nas Ações Afirmativas do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Constitucional e Violência na Universidade Federal do Rio Grande. Correio eletrônico: agda.oliveira@furg.br.

2 Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do curso de graduação em Direito e do Programa de Mestrado na Universidade Federal do Rio Grande. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professora visitante na Fundação Universidade Regional de Blumenau. Pesquisadora pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul. Advogada. Correio eletrônico: fabiana7778@hotmail.com.

como Código de Defesa do Consumidor (CDC). Essa condição se caracteriza pela fragilidade que o consumidor apresenta, em relação ao fornecedor, ao estabelecer suas relações de consumo, o que demonstra a necessidade de proteção de seus interesses (Marques; Mucelin, 2022). Ela, ainda, pode ser acentuada devido a características pessoais, como, por exemplo, a idade, resultando na ideia de hipervulnerabilidade – estado de especial vulnerabilidade.

Levando em conta o destaque e o crescimento das relações de consumo em meio digital, bem como atentando-se ao fluxo de tratamento de dados pessoais que é exigido para essas, é relevante discutir a respeito da existência da vulnerabilidade algorítmica nesse tipo de mercado de consumo. Essa está relacionada ao emprego de algoritmos para coletar, transformar e aplicar as informações provenientes do processamento de dados pessoais dos consumidores (Verbicaro; Vieira, 2021). Dessa maneira, tal fenômeno eleva o grau de assimetria de poder nas relações consumeristas, dado que o consumidor, nessa dinâmica, encontra-se desinformado em relação tanto às práticas de tratamento quanto às finalidades desse. Situa-se, logo, em meio à opacidade algorítmica, sendo possível verificar os riscos associados a esses procedimentos.

Esse problema se agrava, singularmente, quando se considera a difusão de anúncios direcionados para cada perfil de usuário, com base nas informações compartilhadas na internet por ele, por exemplo (Miragem, 2019). Ademais, fortalece-se o capitalismo de vigilância, que se concentra no acompanhamento e na previsão de tendências de consumo (Carlessi; Borges; Calgaro, 2022). Tendo isso em vista, é necessário discorrer sobre a vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital e relacioná-la com a legislação pertinente, a exemplo da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, referenciada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Assim, busca-se constatar a desigualdade nessas relações e dignificar o consumidor e o seu direito à autodeterminação informativa nesse panorama, sublinhando-se as lesões aos direitos decorrentes da manipulação algorítmica.

Dessa forma, o presente estudo foca na vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital no contexto brasileiro, atendendo à definição, à dinâmica, às dimensões e às tutelas protetivas dos direitos do consumidor nessa lógica. Pretende-se responder, então, como o processamento algorítmico de dados pessoais se conecta com o agravamento da vulnerabilidade do consumidor em seus negócios digitais, considerando o arcabouço legal vigente (CF, CDC e LGPD). Nessa perspectiva, os objetivos são os seguintes: associar o tratamento automatizado de informações pessoais com a hipervulnerabilidade do consumidor, discutir essa dinâmica e a sua repercussão nos direitos do consumidor e, por fim, abordar os principais diplomas legais já citados.

Para alcançar os fins do trabalho, a metodologia adotada privilegia o método hipotético-dedutivo, definindo-se a pesquisa como qualitativa e de caráter exploratório. Além das construções doutrinárias, valer-se-á também de legislação associada ao tema para se aprofundar as discussões desenvolvidas. Diante do exposto, justifica-se a análise diante da urgência de pesquisas que trabalhem a vulnerabilidade algorítmica do consumidor, dado os novos modos de consumir e as suas implicações legais na era da tecnologia. Assim, visa-se contribuir para a compreensão desse fenômeno e das suas relações com as normas atuais, o que pode auxiliar na materialização do direito do consumidor, seja a partir da atualização dessas e/ou da formulação de políticas públicas especializadas nessa defesa.

## 2 DA VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAL

Esta seção busca explorar a vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo estabelecidas digitalmente no cenário nacional, trabalhando o seu conceito e funcionamento, bem como suas dimensões.

## 2.1 Do conceito e da dinâmica da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital

Considerando a existência de uma espécie de "sociedade de algoritmos" e tendo em vista os impactos do emprego desses mecanismos em todas as esferas, é crucial explorar as nuances dessa dinâmica quando das relações consumeristas. Portanto, há que se delinear os contornos da definição e da extensão do fenômeno da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo de modo a efetivar, também no ciberespaço, o direito fundamental do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF) (Brasil, 1988). Nesse sentido, resta comprovado que, em uma estrutura social marcada pelo hiperconsumo e pela informação massificada, os dados pessoais dos indivíduos possuem um valor econômico intrínseco. Assim, enfatiza-se que o tratamento de tais informações deve se dar de maneira adequada e transparente, privilegiando os interesses do consumidor (Miragem, 2019).

Cabe ressaltar, nesse panorama, que se reconhece a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor no setor de consumo (art. 4º, I, do CDC), a qual pode se intensificar diante das características pessoais daquele, caracterizando a chamada vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade (art. 39, IV, do CDC). Diante disso, constata-se que há a acentuação da vulnerabilidade do consumidor em ambiente digital, que pode se manifestar em diversos campos e, em especial, no que tange à manipulação algorítmica de dados pessoais (Cravo; Joelsons, 2020; Leal; Paulo, 2023; Verbicaro; Maranhão; Calandrini, 2022). Dessa maneira, a forma de coleta e de aplicação dos dados pessoais do consumidor pode ser percebida como fator que agudiza a assimetria relacional entre os usuários desses serviços e os *players* em questão (Verbicaro; Maranhão; Calandrini, 2022).

Outra questão de relevância para abordar a vulnerabilidade algorítmica é compreender a dinâmica do sistema capitalista recente. As empresas operam com base no constante monitoramento no que diz respeito ao comportamento do consumidor, configurando-se o denominado capitalismo de vigilância (Carlessi; Borges; Calgaro, 2022; Verbicaro;

Maranhão; Calandrini, 2022; Zuboff, 2018). O objetivo é acompanhar e prever as preferências e ações desse público-alvo para, então, formular e aplicar estratégias de *marketing* a fim de lucrar com essas informações. Esse processo, que usa de artifícios algorítmicos, apresenta como fases desde o reconhecimento e a perfilagem do agente modulável até a etapa de atuação propriamente dita sobre o indivíduo (Verbicaro; Agrassar, 2024).

Realça-se que, anteriormente, essa formação de perfis (*profiling*) era voltada às ferramentas de análise de crédito bancário e, hodiernamente, encontra-se em plena expansão no ramo dos dados, sobretudo no consumo (Leal; Paulo, 2023; Miragem, 2019). A preocupação não é apenas a atração temporária do consumidor, mas, sim, a sua fidelização, o que ocorre a partir do aproveitamento de dados colhidos sobre hábitos na internet, interações nas redes sociais e transações financeiras do possível cliente, por exemplo (Miragem, 2019). Urgente, dado o quadro, é relacionar a vulnerabilidade dos consumidores com a publicidade particularmente dirigida a eles, haja vista que ocorre a personalização de anúncios conforme a construção algorítmica de suas identidades virtuais.

Tal realidade apresenta-se, precipuamente, nas redes sociais, domínio virtual em que há ampla comercialização tanto de produtos quanto de serviços. Por consequência, acaba por demandar um estudo qualificado de técnicas de venda a serem implementadas (Parchen; Freitas; Baggio, 2021). Tratando-se de serviços gratuitos, geralmente, o financiamento da publicidade direcionada é a fonte de sustento dos custos desses (Verbicaro; Vieira, 2021). Desse modo, eles lucram com as informações fornecidas e transformadas por esse tipo de processamento, mediante o consentimento dado através da aceitação dos chamados "termos de adesão" ou "termos de uso e serviço". O suposto fim declarado seria uma inocente personalização da experiência, encobrindo os reais interesses dessas organizações e as consequentes lesões aos direitos dos consumidores envolvidos (Miragem, 2019; Parchen; Freitas; Baggio, 2021). Deve ser levado em conta, então, que a interpretação do conceito de fornecedor

deve ser expandida, abarcando, também, as remunerações indiretas (Verbicaro; Vieira, 2021).

Ademais, pode-se notar uma influência significativa da confiança exacerbada do consumidor nas relações negociais eletrônicas, impulsionada pelo crescente acesso à internet, o que também contribui na elevação de sua vulnerabilidade nesse meio (Verbicaro; Maranhão; Calandrini, 2022). Soma-se a isso o fato de que essa confiança está profundamente atrelada a uma plataforma geralmente abstrata (Efing; Campos, 2018). Logo, o poder contratual do fornecedor é desproporcionalmente maior ao do consumidor nessa lógica, desequilibrando a relação de consumo (Miragem, 2019). A opacidade do tratamento algorítmico dos dados pessoais dos usuários também é um elemento a ser considerado (Verbicaro; Maranhão; Calandrini, 2022). Outro efeito decorrente pode ser, ainda, o estímulo ao consumismo, levando, inclusive, ao endividamento do consumidor diante das práticas de assédio de consumo postas, repercutindo também no corpo social.

Normalmente, o consumidor não percebe essa desarmonia em suas relações consumeristas digitais, alienando-se da finalidade dada aos seus dados pessoais. Tampouco é capaz de compreender sua conversão em mercadoria na economia de dados, pois atua ora como matéria-prima, ora como destinatário final nessa cadeia (Verbicaro; Vieira, 2021). Além disso, ele também acredita ter formado a vontade do consumo e o seu consentimento sem interferências (Divino, 2021). Viabiliza-se, dessa forma, a persuasão automatizada do consumidor, de modo a aproveitar-se de sua hipervulnerabilidade. A vulnerabilidade algorítmica, portanto, é definida por uma nova concepção de privacidade vigiada, pela incapacidade de se comportar de modo distinto do estabelecido nos termos de utilização de aplicativos e sites, assim como pela dependência do novo modelo de negócio monopólico (Verbicaro; Vieira, 2021).

## 2.2 Das dimensões da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital

Prosseguindo com a presente análise, é oportuno também destacar as dimensões da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital, ou seja, as suas classificações. Essa categorização pode ser efetuada a partir de três classes, a saber: a vulnerabilidade informativa ou informacional, a vulnerabilidade comportamental e, por fim, a vulnerabilidade situacional (Verbicaro; Vieira, 2021). Outra abordagem abrange, de forma especializada, dois tipos: a vulnerabilidade digital estrutural e a vulnerabilidade digital situacional, levando em conta também os reflexos dessa algoritmização na concepção tradicional de vulnerabilidade, tipificada como técnica, jurídica, fática e/ou informacional (Marques; Mucelin, 2022).

Conforme aponta a primeira segmentação mencionada, a vulnerabilidade informativa é qualificada, principalmente, pela ausência ou, mais comum, pela falta de clareza e de acessibilidade às informações necessárias ao negócio, prejudicando, assim, o consentimento do consumidor (Verbicaro; Vieira, 2021). Exemplo desse fenômeno é a adesão aos termos e condições de uso que, habitualmente, são muito técnicos e longos, dificultando a compreensão pela outra parte.

Também ocorre a vulnerabilidade em seu sentido comportamental, tida como similar à vulnerabilidade neuropsicológica, essa que utiliza estímulos sensoriais ou emocionais que impulsionam esse consumo (Miragem, 2020 *apud* Marques; Mucelin, 2022). Nessa conjuntura, é ligada ao assédio de consumo e à incitação do consumismo, diante perante as práticas disseminadas de *marketing* (Verbicaro; Vieira, 2021). Outro recurso aplicado nesse contexto é a *gamificação*: valendo-se dos modelos dos jogos, faz-se com que o usuário permaneça mais tempo conectado e facilite sua manipulação (Marques; Mucelin, 2022).

A respeito da vulnerabilidade digital situacional, existem discordâncias, o que resulta em duas linhas de pensamento distintas. Por um lado, essa pode ser interpretada como associada às circunstâncias de inexistência

de autonomia da vontade do consumidor, no caso dos contratos de adesão (Verbicaro; Vieira, 2021). Por outro, também pode ser entendida como, além dos fatores neuropsicológicos, atrelada à cativiade ou à dependência (Marques; Mucelin, 2022). Em relação ao último caso, afirma-se que o acesso a produtos e serviços pode ser visto como essencial para a realização do consumidor na sociedade atual, como, por exemplo, na conexão à conta de correio eletrônico (Marques; Mucelin, 2022).

Ainda, no que toca à vulnerabilidade digital estrutural, essa se vincula com a coleta e tratamento dos dados pessoais dos usuários. Assim, como situações que agravam essa debilidade, citam-se o consentimento aparente, a falta de transparência algorítmica nesses processos e a possibilidade de discriminação por algoritmos na estigmatização e/ou exclusão de certos consumidores segundo as suas características pessoais (Mendes, 2015 *apud* Marques; Mucelin, 2022).

## 3 DAS TUTELAS PROTETIVAS DO CONSUMIDOR EM FACE DA VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAL

Esta seção pretende apresentar e associar a vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital com o panorama legal atual, a saber, com a CF, com o CDC e com a LGPD. Desse modo, aborda a repercussão desse fenômeno no direito do consumidor e as possibilidades, presentes e futuras, das tutelas de proteção a ele.

### 3.1 Dos impactos da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital no direito do consumidor

É evidente que a hipervulnerabilidade do consumidor no meio digital, singularmente no que se refere à vulnerabilidade algorítmica, fere diversos direitos a ele conferidos, tanto no papel de cidadão quanto no papel de consumidor propriamente dito. Por isso, deve-se relacionar esse fenômeno com o arcabouço legal em vigência, com destaque para

a CF, para o CDC e para a LGPD nesse contexto, visando integrar normativamente esses diplomas para investigar o desrespeito à defesa do consumidor nessa lógica.

Alguns dos principais direitos violados se ligam com o direito à proteção dos dados pessoais (art. 5º, LXXIX, da CF) e com os preceitos defendidos na LGPD, que já prevê a defesa do consumidor como seu fundamento (art. 2º, VI, da LGPD) (Brasil, 1988; Brasil, 2018). Afirma-se isso, visto que a coleta dessas informações pelos *players*, muitas vezes, não torna possível que o consumidor realmente tenha conhecimento sobre os propósitos de seu fornecimento e consentimento, como no caso da vulnerabilidade informativa (Marques; Mucelin, 2022; Verbicaro; Vieira, 2021).

Observa-se isso, particularmente, nos contratos de adesão, devido à linguagem e forma utilizada, já tratada, lesando a norma de proteção ao consumidor (art. 46, *caput*, e art. 54, § 3º e § 4º, do CDC) (Brasil, 1990). Isso desobedece claramente ao princípio da autodeterminação informativa (art. 2º, II, da LGPD) e desrespeita o direito à informação, esse que é protegido constitucional e infraconstitucionalmente (art. 5º, XIV, da CF; art. 6º, III, e art. 31, *caput*, do CDC),) (Brasil,1988; Brasil; 2018). Reitera-se que a informação, nesse contexto, ocupa posição de destaque, pois, além de ser essencial para identificar direitos exigíveis, paralelamente, é parâmetro substancial para diminuir a vulnerabilidade do consumidor em suas relações (Efing; Campos, 2018).

Logo, em uma área de estudo mais abrangente, deve-se estender o conhecimento do consumidor em relação aos bancos de dados e cadastros resultantes desse processo de transformação algorítmica, de forma objetiva, clara e de fácil compreensão (art. 43, *caput* e § 1°, do CDC) (Brasil, 1990). É adequado declarar que isso já vem sendo realizado, na prática, nos tempos atuais (Miragem, 2019). Também pode se fazer analogia ao instituto de *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF) (Brasil, 1988).

Evidencia-se que se dá uma espécie de consentimento aparente dos consumidores nessa dinâmica, o que se pode atrelar à dimensão da vulnerabilidade digital estrutural (Marques; Mucelin, 2022). Na situação

de termos de adesão, pode-se interpretar a existência de vulnerabilidade situacional por conta da impossibilidade do consumidor manifestar sua vontade de modo propício (Verbicaro; Vieira, 2024). Sublinha-se que, no caso da adesão ser fundamental à prestação do serviço, deve-se haver comunicação prévia para que não sejam causados danos ao consumidor (art. 9, § 3º, da LGPD) (Brasil, 2018).

Referente ao consentimento do consumidor quanto ao emprego e ao tratamento de seus dados pessoais, salienta-se que tanto a LPGD quanto o CDC exigem esse de forma livre e expressa, podendo ele usar a plataforma mesmo não consentindo ou retirar seu consentimento após certo período (Leal; Paulo, 2023). Realça-se que esse ato precisa ser inequívoco, informado e para determinada finalidade específica (art. 5º, XII, da LGPD), sendo indispensável (art. 7º, I) (Brasil, 2018). Ainda, o consentimento do consumidor se encontra profundamente conectada à liberdade de escolha na contratação (art. 6º, II, do CDC) (Brasil, 1990). Nesse sentido, pode se dissertar a respeito de um possível vício de consentimento, de ônus do controlador, que pode impossibilitar esse tratamento de dados pessoais (art. 8º, § 3º, da LGPD), anulando essa anuência (art. 9º, § 1º, da LGPD) (Brasil, 2018).

Além disso, os chamados neurodireitos também deixam de ser observados, como os direitos à liberdade de pensamento e ao exercício da autonomia privada (Carlessi; Borges; Calgaro, 2022). Essa manipulação também se contrapõe ao princípio do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, presente no art. 2º, VII, da LGPD (Brasil, 2018). Em geral, o direito à liberdade é desvalorizado enquanto valor político (Verbicaro; Agrassar, 2024). Por óbvio, é uma afronta à dignidade da pessoa humana, fundamento importante a ser levado em conta(art. 1º, III, da CF) (Brasil, 1988). Outros direitos feridos são os direitos à privacidade e à intimidade (art. 5º, X, da CF e art. 17, *caput*, da LGPD) (Brasil, 1988; Brasil, 2018). Há que se falar, também, nos prejuízos quanto às legítimas expectativas que são elementares nesse quadro (art. 10, II e art. 6º, *caput*, da LGPD) (Brasil, 2018). Seja no processamento dos dados durante a

relação de consumo, seja após o fim dessa, no que concerne ao tratamento subsequente, o consumidor não pode ser frustrado quanto a isso (Cravo; Joelsons, 2020; Miragem, 2019).

Tendo isso em vista, é importante dizer, ainda, que as atividades respectivas ao tratamento de dados pessoais devem valorizar os princípios estabelecidos na LGBD: finalidade (propósito legítimo, conhecido e compatível com a lei), adequação (conformidade à finalidade, intimamente relacionada com o consentimento do consumidor), necessidade (mínimo de tratamento necessário) e livre acesso (consulta facilitada, com a participação do consumidor no tratamento), além de outros não mencionados, de modo a proteger o titular desses dados (Miragem, 2019). O fundamento legal desse gerenciamento encontra-se no art. 6º da lei em questão (Brasil, 2018).

Destaca-se também a obrigação de se concretizar a proteção do consumidor contra a publicidade ilícita, incluindo demais práticas abusivas, que se relacionam com a perfilagem aplicada às técnicas de *marketing* comentadas (art. 6º, IV, do CDC) (Brasil, 1990). Em amplo sentido, esse uso trata-se de uma prática abusiva que exige vantagem excessiva do consumidor (art. 39, V, do CDC) e que pode ser percebida como publicidade abusiva na medida em que se vale da hipervulnerabilidade daquele (art. 37, § 2º, do CDC) (Brasil, 1990). Acrescenta-se a essas ideias, o fato de que o emprego de algoritmos no direcionamento de anúncios não é rotulado (Verbicaro; Maranhão; Calandrini, 2022). Outro fato de interesse se dá pela possibilidade de interpretação da disposição de dados pessoais como cláusula abusiva diante do prejuízo do consumidor e do desacordo com o microssistema de proteção a esse (art. 51, I , IV e XV, do CDC) (Brasil, 1990). Assim, constata-se, em geral, a violação do direito fundamental do consumidor em relação à vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital (art. 5º, XXXII, da CF) (Brasil, 1988).

Em face do exposto, é imprescindível a participação estatal no controle do ambiente de consumo digital para preservar os direitos dos cidadãos (Verbicaro; Agrassar, 2024). Desse modo, a Política Nacional

das Relações de Consumo deve agir na defesa ativa dos interesses do consumidor contra todas as espécies de abusos praticados no mercado (art. 4º, VI, do CDC), além de operar na prevenção e na reparação de danos causados nesse âmbito (art. 6º, VI, do CDC) e se atualizar diante das alterações no mercado de consumo (art. 4º, VIII, do CDC) (Brasil, 1990).

## 3.2 Da proteção jurídica da lei geral de proteção de dados pessoais diante da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital

Levando em conta o reconhecimento da vulnerabilidade algorítmica no que concerne à coleta e aplicação de dados pessoais dos consumidores e os diálogos já desenvolvidos com a CF e com o CDC, é pertinente discutir especificamente a respeito das tutelas dos direitos lesados previstas pela LGPD. Nessa dinâmica, cabe salientar que a LGPD tem como pedra angular a autodeterminação informativa do indivíduo (Leal; Paulo; 2023). Em relação a isso, tem-se que a lei referida resguarda o direito à informação clara e apropriada, mitigando os efeitos da vulnerabilidade informacional (art. 9º, *caput*, e art. 18 da LGPD) (Brasil, 2018). Ainda, pode o consumidor peticionar esse interesse perante a autoridade nacional ou organismos de defesa do consumidor (art. 18, § 1º e § 8º) (Brasil, 2018). É importante saber também que o controlador pode criar e divulgar programa de governança em privacidade de modo a fortalecer a confiança com o titular dos dados, o que pode contribuir positivamente para essa relação (art. 50, § 2º, I, e), da LGPD) (Brasil, 2018). Reafirma-se, então, a profunda ligação entre os direitos do consumidor com o direito à proteção de dados pessoais.

Outra espécie de reparação de danos expressa é a estipulação legal do direito do usuário se informar a respeito da tomada de decisão baseada no tratamento automatizado de dados, incluídos os casos de perfilagem (art. 20, *caput*, da LGPD) (Brasil, 2018). Esse entendimento pode combater a vulnerabilidade digital tanto no aspecto estrutural quanto no aspecto situacional, tendo em vista que traz transparência e valoriza o

consumidor, nesse sentido. Também pode a autoridade nacional requerer relatório de impacto à proteção de dados pessoais ao controlador, de maneira a fiscalizar esse tratamento de dados de forma mais intensiva (art. 38, *caput* e parágrafo único, da LGPD) (Brasil, 2018).

Ademais, pode ser percebido a ocorrência de tratamento de dados pessoais de forma irregular nos termos do art. 44, II, da LGPD, sob a perspectiva dos riscos decorrentes da manipulação algorítmica que agudiza a vulnerabilidade do consumidor (Brasil, 2018). De forma geral, os danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos relacionados ao tratamento de dados pessoais implicam na responsabilidade de reparar pelo controlador ou operador (art. 42, *caput*, da LGPD); havendo, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados pelo juiz, (art. 42, § 2º, da LGPD), (Brasil, 2018). Quanto às situações trazidas nos art. 42, 43 e 44 da lei em questão, faz-se necessário sublinhar que a responsabilidade é objetiva e, em regra, não solidária, mesmo sem a discriminação se essa decorre da culpa do agente ou se dá pelo risco inerente à atividade (Leal; Paulo, 2023).

Nessa lógica, instituiu-se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), sendo ela uma autarquia especial, com autonomia técnica e decisória, possuindo patrimônio próprio (art. 55-A, *caput*, da LGPD) (Brasil, 2018). Suas principais competências são zelar pela proteção dos dados pessoais (art.55-J, I, da LGPD); fiscalizando e aplicando, exclusivamente, as sanções administrativas em caso de descumprimento (art.55-J, IV, e art. 55-K, *caput*, da LGPD); além de promover a conscientização da população a respeito das normas e políticas públicas de proteção de dados pessoais (art.55-J, VI, da LGPD) e deliberar sobre a interpretação da LGPD em termos administrativos (art.55-J, XX, da LGPD) (Brasil, 2018). Desse modo, adiciona-se a concepção de que essa competência sancionatória exclusiva se dará diante dos deveres explicitados na LGPD, que não tenham relação com a violação de norma referente à legislação do consumidor (Miragem, 2019). De toda forma, a ANPD pode e deve coordenar

sua atuação com órgãos e entidades competentes e correlatas à proteção de dados pessoais (art. 55-K, parágrafo único, da LGPD) (Brasil, 2018).

Como sanções previstas para a violação das normas e princípios da LGPD, citam-se advertências, multas e, até mesmo, a proibição parcial ou total da realização de atividades de tratamento de dados (art. 52 da LGPD) (Brasil, 2018). Além disso, já é positivado que demais formas de sanção previstas pelo CDC e outras legislações não são substituídas pelas inclusas nessa lei (art. 52, § 2º,da LGPD) (Brasil, 2018). Assim, preconiza-se a interpretação de forma integrada da LGPD, tanto com o CDC quanto com outras espécies legislativas e vice-versa (art. 7º, *caput*, do CDC e art. 64, *caput*, da LGPD) (Brasil, 1990; Brasil, 2018). Portanto, quanto ao tratamento de dados com finalidade econômica pelo fornecedor, há de se observar o previsto tanto no CDC quanto na LGPD, além das normas presentes no Marco Civil da Internet quando a relação envolver a internet (Miragem, 2019).

## 3.3 Das propostas de leis para a defesa do consumidor frente à vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital

Ainda, convém tratar dos projetos de leis futuros (PL) que influenciam a dinâmica da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital. Nessa esteira, alude-se ao PL nº 3154, de 2015, com origem na Câmara dos Deputados. Ele possui o foco de transformar o CDC em vista das preocupações oriundas do mercado de consumo digital, ampliando os direitos do consumidor nesse contexto ao especializar sua defesa (Cravo; Joelsons, 2020; Marques; Mucelin, 2022; Verbicaro; Vieira, 2021). Inclui-se, por exemplo, o direito à privacidade e à segurança dos dados pessoais dos consumidores em meio eletrônico (art. 6º, XI, do PL), proibindo o assédio de consumo (art. 6º, XII, do PL) e inovando em parâmetros para normatização e sanção nesse ambiente (Brasil, 2015). Esse está apensado ao PL 104/2011, assim como outros projetos similares e encontra-se em tramitação nessa Casa Legislativa.

Outro projeto relevante é o PL nº 2338, de 2023, que visa regular a Inteligência Artificial (IA), impactando no emprego de algoritmos, chamado de Marco Civil da Inteligência Artificial (Marques; Mucelin, 2022). De origem e ainda tramitando no Senado Federal, as principais contribuições são o reconhecimento da defesa do consumidor como fundamento a ser observado no uso da IA (art. 2º, VII, do PL) e a valorização da autodeterminação informativa (art. 2º, VIII, do PL) (Brasil, 2023). De toda forma, ambos os projetos de lei podem ser muito benéficos na discussão da vulnerabilidade algorítmica como um todo, permeando outras esferas do saber.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise buscou abordar a respeito da vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital no contexto brasileiro, associando-se a esse cenário as legislações da CF, do CDC e da LGPD, a fim de se pesquisar as relações entre o processamento algorítmico de dados pessoais e a hipervulnerabilidade do consumidor, bem como seus direitos violados e suas possíveis tutelas. Nesse sentido, revelou-se que o tratamento automatizado de informações pessoais implica na agudização da vulnerabilidade do consumidor, devido aos riscos que dele decorrem, tais como as limitações aos direitos de privacidade, de intimidade, de informação, de liberdade de escolha, dentre outros. Isso se dá, pois não há transparência no que tange às técnicas de coleta e de processamento desses dados, havendo um consentimento, muitas vezes, ilusório por parte do consumidor e o abuso desse emprego em publicidades direcionadas.

Dessa maneira, verifica-se que a desproporção entre o poder contratual de fornecedores e de consumidores é amplificada em suas interações digitais, em variadas dimensões. Assim, os primeiros têm seus interesses privilegiados em detrimento dos direitos dos últimos. Destaca-se, nessa esteira, a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade digital estrutural e a vulnerabilidade digital situacional que exprimem essa condição de especial fragilidade dos consumidores.

Mesmo considerando as proteções aos direitos determinadas pela LGPD, além das definidas na CF e no CDC, é notória a inadequação e a ineficácia do panorama legal vigente para mitigar os efeitos promovidos pela vulnerabilidade algorítmica nas relações de consumo digital, por conta de suas particularidades, primordialmente. Ainda, tendo em vista os projetos de lei brevemente discutidos, reitera-se a urgência de enfoque legislativo nesse tema, que deve articular, de modo específico, a normatização da IA frente ao direito do consumo e, principalmente, quanto à informação disponibilizada sobre esse emprego e ao *marketing* gerado.

Evidencia-se, portanto, a necessidade de regulamentação legal e de criação de políticas públicas especializadas na defesa do consumidor, buscando a prevenção e a devida reparação dos danos causados a esse grupo quando do consumo digital. Além disso, frisa-se que a conscientização da população é crucial para mobilizar a sociedade como um todo e garantir seu engajamento nessa luta. Desse modo, será possível concretizar o direito fundamental do consumidor, em atenção à transformação do mercado de consumo e às novas necessidades sociais.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3514, de 2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2338, de 2023**. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em: 19 set. 2024.

CARLESSI, Mariana Mazuco; BORGES, Gustavo Silveira; CALGARO, Cleide. Tecnologias persuasivas e neurodireitos: a tutela dos consumidores nas redes sociais na sociedade consumocentrista. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 32, n. 12, p. 372-392, maio/ago. 2022. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/8502/. Acesso em: 02 set. 2024.

CRAVO, Daniela Copetti; JOELSONS, Marcela. A importância do CDC no tratamento de dados pessoais de consumidores no contexto de pandemia e de vacatio legis da LGPD. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 131, n. 1, p. 111-145, set./out. 2020. Disponível em: https://shre.ink/b5kG. Acesso em: 05 set. 2024.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Desafios e benefícios da inteligência artificial para o direito do consumidor. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 654-688, 2021. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6669. Acesso em: 02 set. 2024.

EFING, Antônio Carlos; CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. A vulnerabilidade do consumidor em era de ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, n. 1, p. 149-165, jan./fev. 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; PAULO, Lucas Moreschi. A Lei Geral de Proteção de Dados, a vulnerabilidade dos usuários da internet e a tutela dos direitos: linhas introdutórias à dinâmica dos dados, do Big Data, da economia de dados e da discriminação algorítmica. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 1-30,

2023. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/911. Acesso em: 11 set. 2024.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1-30, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872. Acesso em: 07 set. 2024.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1009, n. 1, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf. Acesso em: 09 set. 2024.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BAGGIO, Andreza Cristina. O poder de influência dos algoritmos no comportamento dos usuários em redes sociais e aplicativos. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 26, n. 1, p. 312-329, jan./abr. 2021. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17587. Acesso em: 4 set. 2024.

VERBICARO, Dennis; AGRASSAR, Hugo José de Oliveira. Desafios na regulamentação de algoritmos sob o Marco Civil da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 154, n. 1, p. 109-131, jul./ago. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5kj. Acesso em: 03 set. 2024.

VERBICARO, Dennis; MARANHÃO, Ney; CALANDRINI, Jorge. O impacto do capitalismo de plataforma no agravamento da vulnerabilidade algorítmica do consumidor e do trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, São Paulo, v. 223, n. 1, p. 277-305, maio/jun. 2022. Disponível em: https://shre.ink/b5k7. Acesso em: 12 set. 2024.

VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína. A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 134, n. 1, p. 195-226, mar./abr. 2021. Disponível em: https://shre.ink/b5kA. Acesso em: 11 set. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power. 1. ed. New York: PublicAffairs, 2018.

# A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR ON-LINE E A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO INFLUENCIADOR DIGITAL COMO FORNECEDOR EQUIPARADO: UMA ANÁLISE À LUZ DO FATOR GERACIONAL DO PÚBLICO-ALVO

Júlia Farias Mertins[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A internet foi mola propulsora de grandes mudanças nas relações sociais, rompendo barreiras geográficas e possibilitando uma comunicação de forma ininterrupta e em escala global entre seus usuários por meio de plataformas de interação pessoal, também denominadas de redes sociais.

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Pesquisadora no Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil-Constitucional, Família, Sucessões e Mediação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), coordenado pela Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischman. Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões da OAB Subseção de Taquara Seccional Rio Grande do Sul. Coordenadora da Comissão de Relações Acadêmicas, Institucionais e Sociais do Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção do Estado do Rio Grande do Sul (IBDFAM/RS). Advogada. E-mail: julia@fariasmertinsadvocacia.com.br.

Nesse mesmo sentido, o ambiente digital possibilitou ao consumidor o acesso imediato à bens, produtos e serviços por meio de plataformas de *e-commerce* (lojas virtuais) nas quais, em poucos cliques, é possível adquirir praticamente qualquer mercadoria ou contratar os mais variados tipos de serviço.

A maior possibilidade de interação social nas plataformas on-line fez surgir agentes que rompem com os preceitos "analógicos" de marketing, publicidade e propaganda, instigando os consumidores a construírem relações de consumo por influência daqueles, denominados de influenciadores digitais.

Pautado por essas premissas, surge o debate acerca do tipo e dos limites de responsabilização dos influenciadores digitais em relação aos seus seguidores que se tornaram consumidores de eventual produto ou serviço por conta da propaganda realizada por tais agentes.

Assim, o presente estudo, por meio de uma metodologia hipotético-dedutiva e análise bibliográfica e jurisprudencial, pretende averiguar se é possível imputar responsabilidade civil aos influenciadores digitais e, em caso positivo, se esta será objetiva ou subjetiva, bem como se existem variáveis que devam ser consideradas.

Para tanto, o artigo restou estruturado em quatro partes. Na primeira, pretende-se estudar quem é o consumidor no ambiente digital e se é possível flexibilizar a sua vulnerabilidade de acordo com características particulares, especialmente relacionadas à idade (denominada de fator geracional). Na segunda, busca-se compreender quem são os influenciadores digitais, de que forma realizam publicidade nas plataformas on-line e qual o grau de influência destes em relação aos consumidores.

Na terceira parte, intenta-se a identificação do estado da arte das normativas sobre publicidade on-line no Brasil, com análise de eventuais legislações acerca da temática, bem como resoluções de órgãos publicitários, autônomos ou não. Por fim, a última parte do trabalho se volta à análise do posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da

temática, finalizando-se o estudo com a conclusão e a resposta ao problema de pesquisa proposto.

## 2 A (NOVA) VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE DIGITAL E A INFLUÊNCIA DO FATOR GERACIONAL

O Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990) prevê como princípio que rege as relações consumeristas a vulnerabilidade do consumidor[1], pretendendo "proteger a parte mais frágil da relação de consumo, a fim de promover o equilíbrio contratual" (Tribunal [...], 2023).

No ambiente digital, essa vulnerabilidade do consumidor é acentuada, já que este passa a ter uma exposição ainda maior, tendo em vista "as novas formas de marketing e ofertas, de contratos, de discriminações, assédio e de coleta de dados nas plataformas digitais", o que acarreta uma necessária expansão da proteção do usuário, denominada por parte da doutrina como uma "nova vulnerabilidade digital do consumidor" (Marques; Mucelin, 2022).

Tal vulnerabilidade é catalisada por diferentes condições e contextos, afetando a forma como o consumidor interage com o mercado de consumo. Trata-se de um estado de impotência que causa um "desequilíbrio nas interações entre os agentes mercadológicos", por meio da atividade do marketing (Marques; Mucelin, 2022).

Nesse sentido, merece destaque o relatório realizado pela Organização Europeia do Consumidor que estabelece, no âmbito da vulnerabilidade digital, a criação de perfis personalizados de "persuasão", combinando estratégias baseadas não apenas em dados demográficos, mas também na idade e gênero, por exemplo, a fim de que a vulnerabilidade

1 "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;".

de cada consumidor seja analisada de acordo com as suas características específicas como, por exemplo, a idade[2] (Helberger; Lynskey; Micklitz; Sax; Strycharz, 2021).

Ao encontro disso, as pesquisas voltadas ao marketing e à publicidade on-line estabelecem que o desenvolvimento de estratégias para o ambiente virtual "exige que se realize um estudo profundo sobre o comportamento do consumidor, as suas intenções e necessidades e os seus desejos", sendo necessário compreender e dominar informações a respeito do público-alvo, isto é, os consumidores destinatários da publicidade (Trevisan; Romanel; Trein; Porciúncila; Stocker, 2020).

Pautados por tal premissa, Cláudio Torres (2018) estabeleceu a divisão do público-alvo destinatário da publicidade online de acordo com o fator geracional, separando-os em 03 grupos, quais sejam: imigrantes digitais, geração milênio e nativos digitais, levando-se em consideração o que cada um busca, quais ferramentas utiliza e de que forma interagem no ambiente digital.

Para que seja possível compreender a influência das redes sociais e da internet em cada um destes grupos, é importante ter em mente os

2 "The creation of personalized 'persuasion profiles' in combination with the (ability to implement) adaptive targeting strategies that would deliver the right message at the right time and place to the right consumer lies at the heart of new targeted advertising strategies that seem increasingly to form the backbone of online advertising. These strategies can range from contextual advertising and advertising strategies that are based on rather broadly defined demographics, such as age or gender, to more fine grained targeting (for instance: matching demographic characteristics with observed behaviour) to very finegrained forms of psychographic targeting that rely on psychological insights into the personality and behaviour of a consumer, her values, opinions and interests. [...] Originally designed to single out situations in which consumers, for reasons largely related to their own personal characteristics (for example their age), are particularly susceptible to forms of market persuasion, the concepts of average and vulnerable consumers play an important role in assessing the fairness of a commercial practice. The question that this Chapter discusses is: what protection can the concept of consumer vulnerability offer the digital consumer, is the distinction between the average and the digital consumer still fit for the digital age, and if not, do we need a new understanding of 'digital vulnerability' and what would its elements be?".

principais marcos temporais e surgimentos de plataformas online, sendo o ano de 2000 considerado como o principal ponto referencial da transformação digital, especialmente com o surgimento da maioria das redes sociais no ano de 2004 e do Facebook em 2006 (Torres, 2018).

Partindo dessa premissa, o primeiro perfil de consumidor são os usuários denominados de "imigrantes digitais". Este grupo contempla todas as pessoas nascidas antes de 1980, que já contavam com mais de 23 anos de idade quando surgiu o Facebook. Esses usuários conhecem e usam a internet, mas já como adultos, sendo que grande parte trabalhava sem internet antes (Torres, 2018).

Os imigrantes digitais nasceram e cresceram em um mundo "analógico", no qual a internet aparece como uma novidade tecnológica cuja descoberta foi feita aos poucos. Em razão disso, são caracterizados por um menor período de conectividade diário, com mais apego às mídias denominadas de tradicionais (jornais, rádio e televisão). Para atingir este público, a publicidade não pode ser feita apenas de forma online, sob pena de não serem impactados (Torres, 2018).

A geração milênio, por sua vez, contempla o grupo de pessoas nascidas ente 1981 e 1996. Este grupo tinha entre 8 e 23 anos de idade quando surgiu o Facebook. Em razão disto, aprendeu a utilizar a internet no cotidiano e possui razoável facilidade no seu uso, eis que, em certa medida, cresceu conjuntamente com um mundo que se tornava cada vez mais conectado. Essa geração ingressa no mercado de trabalho já com o uso da internet como uma importante ferramenta. Em razão disso, tem conhecimento das mídias convencionais, mas acompanha com maior proximidade as mídias digitais e, em razão disso, tende a ser mais alcançado pela publicidade online (Torres, 2018).

O terceiro grupo, por fim, denominado de "nativos digitais" (ou "geração Z"), são as pessoas nascidas após 1997, e, portanto, contava com menos de 07 anos de idade quando surgiu o Facebook e menos de 09 anos de idade quando surgiu o YouTube. Esse público já nasceu em um mundo online, com internet e tecnologia móvel e apresenta pouca (ou quase

nenhuma) resposta à publicidade pelos meios convencionais, pois as tecnologias digitais estão para eles como os eletrodomésticos estão para dentro de uma casa: não conseguem imaginar um mundo sem um smartphone ou uma conectividade à internet que não seja permanente (Torres, 2018).

O fator geracional possui direta conexão com a necessidade de atenção e proteção do consumidor. Isso porque, de acordo com estes dados, é possível identificar que o público mais jovem são os consumidores mais impactados pela publicidade on-line e, consequentemente, mais influenciados pelos denominados "influenciadores digitais", incluindo-se, aqui crianças e adolescentes.

## 3 PUBLICIDADE ON-LINE, A OFERTA DO PRODUTO OU SERVIÇO E OS NOVOS AGENTES DE DIVULGAÇÃO NAS REDES SOCIAIS: OS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Ainda que a maioria dos usuários trate publicidade online e marketing digital como sinônimos, esta é, na verdade, ferramenta daquela, voltada para a produção de produtos, serviços de ideias. O marketing, portanto, é desenvolvido por meio de ferramentas, entre as quais está a publicidade, ao lado das vendas, do atendimento e da propaganda (Torres, 2018).

O marketing desenvolvido no ambiente online é denominado de "digital" e consiste no conjunto de ações que uma empresa pode executar, com a intermediação de canais eletrônicos, como a internet, pretendendo conquistar o desenvolvimento e reconhecimento de sua marca.

No ano de 2022 Rakuten Advertising, realizou pesquisa estatística, a fim de analisar os novos hábitos de consumo no mundo e em determinados países, bem como a forma com a qual o público interage com anúncios on-line e os impactos dos *reviews* sobre produtos escalonados no ambiente digital.

O relatório final constatou que 37% dos brasileiros fazem compras em comércios eletrônicos imediatamente após interagir com

anúncios online, bem acima da média mundial, que é de 14%. O número de conversão dos anúncios realizados em plataformas específicas também é alto se comparado à média global, sendo 69% no Instagram e 51% no YouTube, ao passo que a média mundial é de 44% e 37%, respectivamente (Rakuten [...], 2022).

Tratando-se de publicidade on-line, o marketing digital possui relevante espaço, especialmente o denominado "marketing de influência", consistente em um conjunto de estratégias publicitárias (compreensão de público, engajamento nos canais de comunicação e impacto) que vinculam a imagem de determinada marca à imagem de uma pessoa física influente, pretendendo que essa vinculação seja a "chave do sucesso" e converta o seguidor do influenciador em leads ou vendas para a marca contratante (Digital [...], 2022).

Há não muito, as pessoas que eram consideradas famosas, principais agentes no exercício do marketing de influência, eram os profissionais que estavam na televisão ou nas revistas, como atores, modelos, repórteres, jornalistas, entre outros, também denominadas de "celebridades".

O aparecimento de tais figuras nas propagandas e publicidades veiculadas na televisão, jornal ou rádio partia do pressuposto de que aquela pessoa em específico garantia os resultados prometidos nos anúncios, dando mais força e credibilidade ao produto ou serviço (Pereira, 2007), aumentando as vendas da empresa que estava pagando pelo marketing feito pela celebridade.

Nas hipóteses de vício do produto ou serviço divulgado pela celebridade na televisão, por exemplo, denominada de "publicidade de palco", a jurisprudência é pacífica ao entender que "a responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é do fabricante ou prestador, e não se estende ao veículo de comunicação que o anuncia" (Brasil, 2021), tendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, firmado entendimento nesse sentido, ao estabelecer que a celebridade atua como "garoto-propaganda", mas não como avalista da qualidade e funcionalidade do produto ou serviço ofertado ao telespectador (Brasil, 2011).

Com o surgimento da internet, porém, e da possibilidade de que as pessoas criem redes de conexão no ambiente online, este cenário sofre relevante mudança, já que, basta que se tenha um telefone com acesso à internet para que qualquer pessoa se torne, em diferentes medidas, uma pessoa que influencie digitalmente seus seguidores[3], ainda que tal pessoa não seja uma celebridade.

Conceitualmente, influenciadores digitais (ou *digital influencers*) são pessoas que exercem influência de forma demasiada sobre determinado público e que, por meio de postagens e "diálogos informais com seus seguidores, tem o poder de influenciar a mudança de opiniões e padrões comportamentais" (Sampaio; Miranda, 2021), especialmente no que diz respeito aos padrões de consumo dos usuários, eis que possuem influência direta no estilo de vida dos seus seguidores.

Os influenciadores, ao demonstrarem seus estilos de vida, suas rotinas "perfeitas", suas escolhas e preferências fazem surgir no usuário da plataforma uma admiração que se transforma em necessidade, fazendo com que o mero usuário se torne consumidor dos produtos utilizados e divulgados pelo *digital influencer*. Nesse sentido:

> A utilização desta técnica para incremento de consumo pode gerar um desvio na racionalidade do consumidor, com a construção de vieses (desvios cognitivos), seja por meio de um viés de adesão (decidir de uma determinada forma porque outras pessoas assim o fazem), ou por meio de um viés de confirmação (tomar uma decisão na crença de que o produto ou serviço é atestado por aquele intermediador) (Leite, 2021).

Em estudo realizado pelo Instituto QualiBest (2019), restou identificado que 76% dos participantes já compraram algo por meio de

3 Mister referir que qualquer pessoa é um influenciador digital em potencial e a influência que irá exercer dependerá do número de "seguidores" que serão influenciados pelo conteúdo criado em determinada plataforma. Sendo assim, evidente que um perfil com mil seguidores terá influência diversa de um perfil com milhões de seguidores, por exemplo.

indicação de influenciadores digitais. Quando indagados acerca da recomendação dos produtos, 63% responderam que gostavam que os influenciadores recomendassem produtos, 55% responderam que achavam que as recomendações feitas por influenciadores são menos invasivas que os demais tipos de anúncios na internet e na TV e 50% responderam que costumava pesquisar a opinião de influenciadores digitais antes de comprar produtos ou serviços.

Nesse cenário, debate-se a possibilidade de que os influenciadores digitais sejam responsabilizados pela oferta de produtos e serviços ofertados nas plataformas de redes sociais, fazendo-se necessária a análise das normativas consumeristas acerca da temática.

## 4 O ESTADO DA ARTE DAS NORMATIVAS SOBRE PUBLICIDADE ON-LINE NO BRASIL

O ingresso da internet no cotidiano dos consumidores brasileiros é contemporâneo à promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Isso significa que a legislação civilista não contém previsão expressa acerca da proteção do consumidor no ambiente digital[4].

Da mesma forma, ausente regulamentação nesse sentido na lei que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e agenciador de propaganda no Brasil (nº 4.680), promulgada em 1965 e regulamentada pelo Decreto nº 57.690, de 1966.

No entanto, ainda que revista e parcialmente atualizada no ano de 2010, as modificações ficaram muito aquém das necessidades do digital, eis que, além dos consideráveis avanços de 2010 até o corrente ano, a normativa partia de uma premissa de linearidade de relações, inexistente nos meios digitais (Camargo; Moisés, 2019).

4 A ausência de previsão expressa não significa que a legislação consumerista não possa ser aplicada às relações de consumo online, conforme analisar-se-á no decorrer deste estudo.

De outra banda, a publicidade no Brasil é regulamentada por meio do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitário (CONAR) que, em 1980, instituiu o próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, fixando princípios, categorias de anúncios, responsabilidades, infrações e penalidades.

No entanto, em razão da época de sua promulgação, não conta com espaço específico para a tutela da publicidade na internet sem, contudo, eximir-se de sua aplicação, que é obrigatória independente do meio de veiculação da publicidade[5].

Com o aumento das transações consumeristas em plataformas on-line, de *e-commerce* e *marketplaces*, por exemplo, restou promulgado Decreto (Brasil, 2013), que regulamenta o respeito ao direito de arrependimento do consumidor que efetuar contratação por meio do comércio eletrônico.

No âmbito dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, destaca-se a previsão de que "No comércio eletrônico, deve-se garantir aos consumidores, durante todo o processo da transação, o direito à informação clara, suficiente, verídica e de fácil acesso sobre o fornecedor, o produto e/ou serviço e a transação realizada" (Brasil, 2020).

Assim, não havendo regulamentação jurídica expressa acerca da publicidade realizada por meio de influenciadores digitais, o CONAR, em 2021, expediu um guia de orientação para esse tipo de publicidade.

No referido guia, o Conselho (2021) apresenta os três elementos que, de forma cumulativa, caracterizam a publicidade realizada por influenciadores, quais sejam: a divulgação de produto, serviço ou outro

5 "SEÇÃO 6 – Identificação Publicitária. Artigo 28. O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação." [...] CAPÍTULO IV – AS RESPONSABILIDADES. Artigo 45. A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo: [...]." CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.** São Paulo: CONAR, 05 abr. 1980. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 05 jul. 2024.

sinal a eles associado; a compensação ou relação comercial[6] com anunciante e/ou agência e a ingerência por parte do anunciante e/ou agência sobre o conteúdo da mensagem[7].

O guia também prevê que o conteúdo deve ser claramente identificado como publicitário, por meio das expressões "publicidade", "publi", "publipost", ou anexa equivalente, de acordo com "o vocábulo que for compreensível para o perfil de seguidores com quem se pretende comunicar" (Conselho, 2021, p. 4), destacando, portanto, a necessidade de que a mensagem seja clara para o público-alvo a que se destina, tendo em vista que, conforme analisado no tópico anterior, o fator geracional possui influência na forma pela qual o consumidor interage nas plataformas digitais.

Nesse mesmo sentido, enfatiza a necessidade de "adoção padronizada da aplicação dos termos ou ferramentas de identificação publicitária, como forma de garantir a pronta percepção sobre a natureza da mensagem divulgada" (Conselho, 2021, p. 4), a fim de que o consumidor esteja ciente de quando o influenciador está fazendo um conteúdo pelo qual foi pago para divulgar e quando está compartilhando algum produto ou serviço sem interesse comercial.

Dentro das "regras gerais e específicas" (Conselho, 2021, p. 5) o guia prevê que é dever do influenciador ter conhecimento e dar o seu depoimento em conformidade e que contenha uma apresentação verdadeira do produto ou serviço anunciado, tal qual as diretrizes gerais contidas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Destaca, por fim, que os presentes recebidos por influenciadores que não tenham um controle editorial e, consequentemente, não possuírem natureza comercial (denominados popularmente de

6 Importante destacar que essa compensação ou relação comercial não precisa, necessariamente, ser financeira. É comum que, no âmbito das publicidades feitas por influenciadores, sejam feitas permutas de produtos ou serviços em troca de divulgação pelo *digital influencer*.

7 A contratante é quem estabelece o controle editorial na postagem do influenciador, como, por exemplo, qual vai ser a postagem, quanto tempo, qual formato e em quais plataformas.

"brindes" ou "recebidos") não constituem publicidade, por não terem como objetivo levar o consumidor a adquirir determinado produto ou serviço (Conselho, 2021, p. 5).

O mesmo raciocínio se aplica às postagens que contenham menção a produtos, serviços, marcas ou sinais característicos de forma espontânea, sem contato entre o influenciador e a marca ou agência (Conselho, 2021, p. 5), como, por exemplo, as publicações que pretendem "ostentar" o padrão de vida, geralmente feitas utilizando produtos de marcas de luxo.

Nessa mesma toada, o CONAR, juntamente com o Google e o Ministério Público de São Paulo, publicou um "Guia de Boas Práticas para a Publicidade Online Voltada ao Público Infantil" ([20--?]), estabelecendo diretrizes que considerem a especial condição de crianças e adolescentes, que devem ser protegidas por possuírem maior grau de vulnerabilidade, reforçando a influência da análise do fator geracional do destinatário do marketing on-line.

Merece destaque, ainda, o Código elaborado por parte de da Associação de Mídia Interativa (IAB Brasil, 2021), que estabelece diretrizes para boas práticas no ambiente digital pautadas por princípios mais voltados à livre concorrência, à liberdade econômica e à proteção das identidades das marcas dos anunciantes, sem afastar, no entanto, o senso de responsabilidade social destes, como, por exemplo, a proibição de omissão de informações que sejam relevantes e que caracterizem condutas abusivas ou enganosas ao consumidor.

Da análise das normativas alhures, percebe-se a importância de os agentes publicitários atentarem às normas específicas estabelecidas pelos Conselhos e Associações atuantes no setor. As diretrizes jurídicas que visam a proteção do consumidor no ambiente virtual, no entanto, ainda são brandas, cabendo à doutrina e à jurisprudência a fixação dos parâmetros que pautam as relações consumeristas on-line, especialmente as realizadas por meio de influenciadores digitais.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: POSICIONAMENTOS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

No Distrito Federal, a consumidora M.J.L.O. adquiriu um dispositivo de retenção veicular infantil (denominado popularmente como "cadeirinha para carro") da empresa Babyusame, em decorrência de uma publicidade feita pela influenciadora digital M.M.R.O.Z.

O referido produto, no entanto, não foi entregue pela fornecedora, razão pela qual M.J.L.O. ingressou com ação em face da influenciadora pretendendo o pagamento de danos morais, pleiteando a responsabilização em decorrência da publicidade enganosa veiculada no perfil da rede social, alegando ser a influenciadora fornecedora por equiparação.

Na ocasião, o TJDFT entendeu que não havia relação de consumo entre a influenciadora e a consumidora, não havendo, portanto, possibilidade de responsabilização de M.J.L.O, conforme trecho extraído do acórdão:

> No presente caso, não existe relação de consumo entre as partes, uma vez que **a aquisição de produtos indicados por influenciadores não revela uma relação de consumo entre ambos**, não se encaixando nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pela legislação consumerista, ainda que por equiparação. Em verdade, trata-se de **relação entre particulares**, restando demonstrado que a apelada não comercializa produtos ou serviços, não se enquadrando, portanto, no conceito de fornecedora, nem por equiparação. [...]. **Não se nega a capacidade de formação de opinião virtual que os influenciadores possuem ao publicarem em suas redes sociais este ou aquele produto. No entanto, isso não os torna garantidores das obrigações assumidas** (Brasil, 2002, grifo nosso).

Em caso análogo, a consumidora V.H.S.S. adquiriu um produto da empresa A.L.C. por conta de uma divulgação feita pelo influenciador digital G.C.A. em plataforma de rede social. O produto, no entanto, não

foi entregue pelo fornecedor A.L.C, razão pela qual a consumidora distribuiu demanda pretendendo a responsabilização civil do influenciador, alegando que se tratava de responsabilidade objetiva de G.C.A.

Em sede recursal, o TJSP reconheceu a ilegitimidade passiva do influenciador, ante a justificativa de que se tratava de "publicidade de palco", terminologia já trabalhada no presente tópico deste estudo, entendendo, assim, que "não é dever do veículo de comunicação (no caso, o influenciador digital) apurar a veracidade ou abusividade do anúncio contratado, pois esse ônus é do fornecedor anunciante", bem como que:

> A existência de relação de consumo não altera o quadro, porquanto o influencer digital atua como mero divulgador do produto ou serviço, podendo ser, inclusive, mediante remuneração, não tendo o dever de aferir a idoneidade do fornecedor, o que exclui a possibilidade de que responda pelo alegado inadimplemento do anunciante (Brasil, 2021).

Em ambas as demandas, os consumidores pretendiam a responsabilização dos influenciadores sob o argumento de que estes são fornecedores por equiparação, sendo este definido como "aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores como se fornecedor fosse" (Benjamin; Marques; Bessa, 2007, p. 107). Assim sendo, o anunciante seria um fornecedor equiparado, sujeito, portanto, à disciplina do Código de Defesa do Consumidor (Bessa, 2007).

No caso dos influenciadores digitais, o argumento vincula-se pelo fato de que tais agentes são o meio que possibilita a existência da relação consumerista entre determinado fornecedor e determinado consumidor, atuando, portanto, como intermediadores, responsáveis pela relação principal tendo em vista o poder de influenciar o seguidor a se tornar consumidor do bem (produto ou serviço) que está divulgando (Squeff; Burille; Reschke, 2022).

A parcela majoritária da doutrina defende a referida tese, sustentando que o *digital influencer*, quando é pago para realizar publicidade indicando determinado produto ou serviço, responde objetivamente pelos prejuízos sofridos pelo consumidor, ante a teoria do risco da atividade[8] respondendo de forma solidária ao lado do fornecedor como integrante da cadeia consumerista (Becker; Soares, 2023).

Há, de outra banda, quem defenda que a responsabilidade do influenciador digital não será sempre a mesma, devendo ser analisados outros critérios em cada situação específica, podendo a responsabilização "ser distinta ou no mínimo personalizável conforme as circunstâncias concretas, incluindo a análise sobre o modo de veiculação e o conteúdo da publicidade levada a efeito pelo influenciador" (Becker; Soares, 2023).

Na situação em que, por exemplo, o influenciador utilizar expressões como "eu garanto" ou "desse produto eu assino embaixo", a responsabilidade deverá ser objetiva, eis que assume o risco da informação que transmite, respondendo, portanto, de forma objetiva pelo dano causado pelo consumidor, incluindo-se na cadeira de responsabilidade (Speranza, 2012).

Fato diverso ocorreria nos casos em que o consumidor adquire determinado produto ou serviço por conta da credibilidade do influenciador digital, sem que haja garantia expressa dos resultados, respondendo, neste caso, de forma subjetiva (Speranza, 2012).

Situação hipotética também é apresentada pela doutrina no caso de um adolescente contratar um serviço de jogo online divulgado por um influenciador que se tratasse de propaganda enganosa. No caso, caberia a responsabilização do influenciador "em razão da sua falta de comprometimento para com o público-alvo composto de crianças e adolescentes, vez que deveria primar pelo uso de linguagem fácil e informações completas" (Maximilian, 2023).

8 Prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

## 7 CONCLUSÃO

O surgimento da internet marca um importante momento histórico, sendo verdadeiro divisor entre um mercado de consumo analógico para um mercado de consumo digital. O consumidor, presumidamente vulnerável em razão de sua condição, torna-se ainda mais, ante a dificuldade de supervisão e fiscalização estatal do conteúdo publicitário amplamente divulgado nas redes sociais.

Neste cenário, os influenciadores digitais atuam como instrumentos de persuasão e convencimento do consumidor à celebração de determinados negócios jurídicos consumeristas, com base nos interesses do fornecedor para venda ou contratação do produto ou serviço pelo público seguidor do influenciador nas plataformas de redes sociais.

O fator geracional é ponto de extrema importância e necessária análise na aferição do grau de vulnerabilidade do consumidor, eis que, certamente, os indivíduos de idade mais avançada tendem à não possuir a mesma destreza no manuseio das tecnologias (e na análise dos riscos de fraudes on-line) quanto as pessoas nascidas já na era tecnológica. O surgimento das redes sociais guarda direta relação com o fator geracional no qual está inserido o consumidor.

Da análise normativa, vislumbra-se a ausência de disposição expressa acerca da proteção do consumidor pelas publicidades realizadas por influenciadores digitais. Em razão disto, doutrina e jurisprudência divergem acerca da (im)possibilidade de imputação de responsabilidade civil à tais agentes.

Como possível resposta ao problema, parcela da doutrina sugere que o tipo de responsabilidade (objetiva ou subjetiva) irá variar de acordo com o comportamento do influenciador que fez com que o consumidor adquirisse determinado produto ou serviço.

Na prática, a realização da referida análise é utópica, eis que seria tarefa hercúlea identificar qual o estímulo que levou o consumidor a celebrar o negócio jurídico promovido pelo influenciador digital.

No contexto atual e, partindo-se das premissas de presunção de vulnerabilidade do consumidor, conclui-se pela possibilidade de imputação responsabilidade ao influenciador digital, de forma subjetiva, eis que, ainda que possua importante (e, muitas vezes, decisiva) influência em relação ao comportamento do consumidor em determinada oferta, é apenas uma das muitas ferramentas de desenvolvimento do marketing.

Imprescindível, porém, a elaboração de um Regulamento específico voltado aos profissionais que atuam como influenciadores digitais, a fim de que estejam atentos à parâmetros éticos, bem como que possam ser fiscalizados e, eventualmente, sofrer sanções pelo descumprimento dos preceitos protetivos dos respectivos influenciados.

Mister referir, por fim, a necessidade de ampliar as discussões em relação ao comportamento, interesses e características dos grupos específicos de consumidores, a fim de que as normativas possam ser direcionadas à proteção do consumidor com base em diretrizes (características) que o tornem mais ou menos vulnerável no ambiente digital.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Maria Alice; SOARES, Flaviana Rampazzo. **Migalhas**, [*s.l.*], 30 nov. 2023. Coluna Migalhas de Responsabilidade Civil. Disponível em: https://shre.ink/b5kt. Acesso em: 15 jul. 2024.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 107.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 61, jan./mar. 2007

BRASIL. Decreto nº 10.271, de 6 de março de 2020. Dispõe sobre a execução da Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, do Grupo Mercado Comum, que dispõe sobre a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10271.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Decreto nº 57.960, de 1 de fevereiro de 1966. Aprova o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4680.htm. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. **Planalto**. Disponível em: https://shre.ink/b5ke. Acesso em: 05 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e Agenciador de Propaganda e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4680.htm. Acesso em: 05 jul. 2024

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.157.228/RS**. CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI. I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco". II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. "Embargos de declaração manifestados com notório

propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório" (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Paulo Roberto Merg Jardim. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://shre.ink/b5kM. Acesso em: 08 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (6. Turma Cível). **Recurso nº 1006926-92.2020.8.26.0223**. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Ilegitimidade passiva do apresentador do produto adquirido em rede social conhecido com influenciador digital mantida. Impossibilidade de responsabilização pelo insucesso do negócio. Inexistência de danos morais indenizáveis. Ausência de constrangimento, ofensa à honra e/ou exposição dos autores a situação vexatória ou humilhante. Indenização por dano moral que deve ser reservada para os casos de dor profunda e intensa, em que ocorre violação aos direitos da personalidade. Multa. Conversão em perdas e danos. Astreintes que devem ser majoradas, pois seu objetivo é impor a parte a cumprir a decisão judicial. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte. Recorrente: Vanessa Hellen Sousa Silva. Recorrido: Aralton Lima Consultores e Advogados Associados e outro. Relatora: Min. Suzana Pereira da Silva, 29 jun. 2021. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1284342&cdForo=9001. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (7ª Turma Cível). **Apelação Cível 0709603-37.2021.8.07.0006**. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. REJEIÇÃO. DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE PRODUTO. PUBLICIDADE EM CONTA DE INSTAGRAM DE INFLUENCIADORA DIGITAL. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA. 1. Não há falar-se em ausência de dialeticidade do recurso, a motivar o seu não conhecimento, quando as razões expõem os fundamentos que dariam ensejo à modificação da decisão combatida, cumprindo o que dispõe o artigo 1.010 do CPC. 2. Não se aplicam ao caso em tela as disposições do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que entre os litigantes não restou caracterizada relação de consumo. 3. Não há relação jurídica entre a parte autora e a ré, influendora digital, tendo em vista que não houve prestação de serviços pela recorrida, que, afinal, não integra a cadeia produtiva da empresa. 4. Recurso não provido. Recorrente: Mychelle Jacqueline Lorenzo de Oliveira. Recorrida: Marina Molina Rodrigues de Oliveira Zehetmeyer. Relator: Des. Cruz Macedo, 31 de agosto de 2002. Disponível em: https://shre.ink/b5k8. Acesso em: 10 jul. 2024.

CAMARGO, Cris; MOISÉS, Ana. O desafio de regulamentar a publicidade digital. **IAB Brasil**, Vila Madalena (SP), 13 ago. 2019. Disponível em: https://iabbrasil.com.br/artigo-o-desafio-de-regulamentar-a-publicidade-digital/. Acesso em: 05 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA; GOOGLE; MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Guia de Boas Práticas para a Publicidade Online Voltada ao Público Infantil**. São Paulo: [*s.n.*], [20--?]. Disponível em: https://mpsp.mp.br/documents/portlet_file_entry/20122/2689642.pdf/32c6d25d-3a50-92af-6e42-01ee231194a4. Acesso em: 15 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.** São Paulo: CONAR, 05 abr. 1980. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 05 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais.** São Paulo: CONAR, 11 mar. 2021. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 05 jul. 2024.

DIGITAL MARKETING INSTITUTE. **Marketing de Influência: Como os digital influencers impactam na decisão de compra?** Porto Alegre, ESPM, 30 set. 2022. Disponível em: https://shre.ink/b5kI. Acesso em: 19 jul. 2024.

HELBERGER, Natali; LYNSKEY, Orla; MICKLITZ, Hans-W.; SAX, Marijn; STRYCHARZ, Joanna. EU Consumer Protection 2.0: Structural asymmetris in digital consumer markers. **BEUC – The European Consumer Organisation**, Bruxelas, mar. 2021. Disponível em: https://pure.uva.nl/ws/files/62051712/beuc_x_2021_018_eu_consumer_protection.0_0.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

IAB BRASIL. **Código de boas práticas em publicidade digital**. Vila Madalena, SP, ago. 2021. Disponível em: https://iabbrasil.com.br/wp-content/uploads/2021/08/IAB-BRASIL_CODIGO-DE-BOAS-PRATICAS_AGOSTO-2021-V2.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024

INSTITUTO QUALIBEST; SPARK. **O post é pago, e aí?** [São Paulo], nov. 2019. Disponível em: https://www.institutoqualibest.com/wp-content/uploads/2019/11/O-post-e-pago.-e-ai.pdf. Acesso em: 19 jul. 2024.

LEITE, Ricardo Rocha. A responsabilidade civil e os influenciadores digitais. **Migalhas**, [*s.l.*], 14 dez. 2021. Coluna Migalhas de Responsabilidade Civil. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/356439/a-responsabilidade-civil-e-os-influenciadores-digitais. Acesso em: 12 jul. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**, [*s. l.*], ano 11, n. 18, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872. Acesso em: 03 abr. 2024.

MAXIMILIAN, Paulo. Responsabilidade dos influencers que indicam produtos sob a ótica do CDC. **CONJUR – Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 abr. 2023. Área Comercial. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-abr-05/responsabilidade-influencers-indicam-produtos-otica-cdc/. Acesso em: 14 jul. 2024.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Da responsabilidade civil da celebridade pelo produto ou serviço anunciado. **Migalhas**, [*s.l.*], 24 abr. 2007. Migalhas de Peso. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/38009/da-responsabilidade-civil--da-celebridade-pelo-produto-ou-servico-anunciado. Acesso em: 18 jul. 2024.

RAKUTEN ADVERTISING. **Envolving channels and costumer acquisition:** How to attract and reengage the consumer. Londres: Internet Retailing Media Services, ago. 2011. Disponível em: https://shre.ink/b5kf. Acesso em: 19 abr. 2024.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva; MIRANDA, Thainá Bezerra. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais diante do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, amo 30, v. 133, p. 175-204, jan./fev. 2021. Disponível em: https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2021/11/Publicacao_da_Dra._Marilia.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Publicidade enganosa e abusiva. **Âmbito Jurídico**, [*s.l.*], 1 set. 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/publicidade-enganosa-e-abusiva/. Acesso em: 15 jul. 2024.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; BURILLE, Cíntia; RESCHKE, Ana Júlia de Campos Velho. Desafios à tutela do consumidor: a responsabilidade objetiva e solidária dos influenciadores digitais diante da inobservância do dever jurídico de informação. **Revista de Direito do Consumidor**, [*s.l.*], v. 140, p. 313-332, mar./abr. 2022. Disponível em: https://shre.ink/b5kB. Acesso em: 10 jul. 2024.

TORRES, Cláudio. **A bíblia do Marketing Digital:** tudo o que você precisa saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar. 2. ed. São Paulo: Novatec, 2018.

TREVISAN, Nanci Maziero; ROMANEL, Gisele Passos; TREIN, Sérgio Roberto; PORCIÚNCILA, Cristina Russo Geraldes da; STOCKER, Pâmela Caroline. **Publicidade on-line**. Porto Alegre: SAGAH, 2020. p. 89-100. *E-book*. Disponível em: https://biblioteca-a.read.garden/viewer/9786556900247. Acesso em: 19 abr. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Princípio da vulnerabilidade do consumidor.** Brasília, DF: 02 maio 2023. Disponível em: https://shre.ink/b5ks. Acesso em: 15 jul. 2024.

# ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): DAS PLATAFORMAS GOVERNAMENTAIS E PRIVADAS AO PROCESSO JUDICIAL

Lara de Sousa Duarte[1]

## 1 INTRODUÇÃO

O contingente de mais de 83 milhões de processos em tramitação segundo dados retirados do Conselho Nacional de Justiça (2024) demonstram a necessidade urgente de encontrar soluções para uma tramitação célere e efetiva, além de indicar o alto índice de litigiosidade no Brasil.

Embora o problema da alta taxa de congestionamento e grande litigiosidade não sejam uma novidade no âmbito jurídico e acadêmico, certo é que também não se trata de um problema superado.

Dessa forma, o presente artigo, tendo em consideração essa situação de congestionamento em que se encontra o Poder Judiciário, pretende buscar entender como as Online Dispute Resolution podem ser ferramentas aptas a auxiliar a superação desse gargalo de tramitação, dentro de uma série de outras ferramentas, inclusive com amplo avanço tecnológico.

1 Bolsista pela CAPES. Mestranda pela Universidade Federal do Ceará. Membro do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição coordenado pelo prof. Dr. Handel Martins, do PPGD da FMP/RS; do grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção coordenado pelos professores Dr. Pedro Estevam Serrano e Dr. Luís Manoel Fonseca Pires, do PPGD da PUC/SP; e do grupo Teoria do Direito, coordenado pelo professor Dr. Francisco Mota, do PPGD da FMP/RS. Juíza Leiga no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Advogada. laaraduarte@hotmail.com

Para tanto, a priori desejamos conceituar e compreender o que são e qual a funcionalidade das ODR, além de analisar modelos bem-sucedidos, como o Consumidor.gov, de forma que se possa extrair dessa análise o que pode ser replicado em outros modelos, e os pontos que devem ser ajustados.

Em um segundo momento, estudaremos as medidas tomadas nos últimos anos pelo Poder Judiciário, em busca de uma modernização de seu staff. Essas medidas modificaram sensivelmente o cenário do sistema judiciário na última década. Não se pode esquecer, contudo, que a Pandemia de Covid-19 foi responsável por acelerar muitas dessas medidas, em razão da emergência sanitária a que todos foram submetidos.

Por fim, analisaremos que dentre as medidas tomadas pelo Poder Judiciário, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, determinou o lançamento de um sistema informatizado que buscar a resolução de conflitos através da mediação e conciliação, o que pode ser então caracterizado como uma ODR em sentido amplo do termo.

O artigo busca então compreender em que medida a criação de uma ODR judicial pode contribuir para melhorar a qualidade de tramitação processual, sem, contudo, esquecermos de voltarmos um olhar crítico aos entraves que parcela da população sofre ao tentar acessar serviços através de ferramentas eletrônicas.

Não se pode ainda, esquecermos dos problemas econômicos sociais tão presentes atualmente no Brasil, de forma que a análise de índices de tramitação processual deve sempre andar acompanhada da preocupação com a qualidade do serviço jurisdicional prestado, assim como em tornar o acesso à justiça um direito pleno em sua efetividade.

Tem-se, portanto, que o objetivo geral desse artigo é o de compreender o papel das Online Dispute Resolution no cenário brasileiro, seja através de plataformas judiciais ou extrajudiciais. Intenta ainda, no que tange aos objetivos específicos, analisar de forma breve o conceito de ODR e o seu papel atual no Brasil; o caminho percorrido pelo Poder Judiciário na implementação de Tecnologias de Informação e Comunicação

(TICs); assim como analisar a possibilidade de se criar uma ODR pelo próprio Poder Judiciário, através das regulamentações do CNJ.

Para tanto, na metodologia adotou-se o método científico hipotético-dedutivo, através de realização de pesquisa bibliográfica e revisão de literatura especializada sobre o tema. Realizou-se ainda levantamento de atos normativos pertinentes ao assunto. Através dos referidos expedientes metodológicos, constatou-se, em sede de considerações finais, pela importância da atuação de ODR, dentro ou fora do ambiente Judicial, desde que a sua implementação passe pela necessária análise crítica de inclusão daqueles socialmente marginalizados.

## 2 ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR'S) – CONCEITOS E RESULTADOS NO BRASIL

Cotidianamente as relações humanas estão vastamente permeadas pelas relações com outros seres humanos e corporações. Embora não sem digressões[2] sobre se essa sociabilidade ocorre de forma natural ou institucionalizada, fato é que se faz necessário uma análise destas para compreender os fenômenos jurídicos e econômicos da atualidade.

Por essa razão, é preciso compreender que a partir da década de 1990 as relações humanas, tanto em seu aspecto social, quanto no econômico, foram modificadas pelo ambiente digital. A criação da internet e dos avanços tecnológicos não só migrou para o mundo virtual negócios e operações que antes só existiam no mundo presencial, como fez surgir uma série de novos produtos, serviços e relações.

2 Para Chauí (2024, p. ), a sociabilidade do ser humano pode ser entendida de formas diferentes: "1) na primeira, afirma-se que o ser humano é naturalmente um ser social, pois a sociabilidade seria um dado ou fato natural; assim, por natureza o homem é um animal social; 2) na segunda, afirma-se que o ser humano distancia-se da vida natural compartilhada com os animais quando cria formas de vida reguladas por símbolos, normas e valores que permitem uma existência em comum; a sociedade, portanto, seria instituída pela ação humana, o que significa que o ser humano se torna um ser social.

Assim, as transações econômicas e relações de consumo que outrora eram exclusivas das vias presenciais ou telemáticas, passaram a ser operadas através da rede mundial de computadores, até chegar ao cenário atual, onde não é possível pensar sobre negócios e relações de consumo dissociada dos canais digitais.

Essa transformação das relações, por óbvio impactou na transformação dos conflitos. Inerente à todas as relações humanas, os conflitos e disputas de poder vão ocorrer em todos os espaços, e a internet não é diferente deles. Os produtos, serviços, problemas e soluções do mundo virtual se transformam com uma velocidade muito superior aos meios tradicionais, como a legislação, por exemplo.

Nessa toada, foi preciso que o próprio ecossistema digital encontrasse soluções para os problemas que ali surgiam. E é nesse cenário que surgem a *Online dispute resolution,* daqui em diante referidas apenas como ODR, que surgem como alternativas dentro da própria rede mundial de computadores para solucionar as disputas geradas no ambiente digital.

ODR pode ser compreendida como o uso de meios alternativos[3] de solução de conflitos em um ambiente virtual. O conflito pode ser proveniente de relações nascidas e desenvolvidas nesse mesmo ambiente, ou mesmo em espaço *off-line*. E esse novo espaço para solução de conflitos é impulsionado pela popularização das Tecnologias de Comunicação e Informação (TIC's) (Gaio Júnior, 2022, p. 387).

Nas palavras de Malone (2023, p. 91) a ODR pode ser entendida "como uma das novas portas disponíveis no sistema de justiça para

3 Para esse estudo, entende-se que a melhor nomenclatura seria "meios adequados de solução de conflitos" e não "meios alternativos". Isso porque não se trata de usar esta ou aquela ferramenta, de maneira excludente, mas sim de poder fazer uso do meio que melhor se adeque à lide em questão, podendo inclusive ser utilizado de forma conjunta com outras ferramentas. Corrobora esse entendimento, a doutrina de Cabral e Cunha (2016, p. 1): "Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam "alternativos", mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem, e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal".

a resolução dos conflitos, e, de forma ampla, pode ser entendida como qualquer uso da tecnologia para resolver conflitos".

Bonnomi (2023, p. 5) nos apresenta uma reflexão sobre os avanços da ODR e sua forma de atuação:

> No entanto, deve-se observar que a resolução *online* de litígios avançou significativamente desde sua origem, e não pode mais ser definida apenas como uma versão virtual de mecanismos "alternativos" de solução de conflitos. Atualmente, as plataformas de resolução *online* de litígios têm cada vez mais se apoiado na inteligência e na capacidade de máquinas. A tecnologia tem exercido o papel de "quarta parte", podendo auxiliar ou complementar a figura do humano mediador/terceiro neutro ou até mesmo substituí-lo em casos menos complexos.

Nesse papel de "quarta parte", Malone (2023, p. 92) entende que a ODR atua no sentido não de substituir o terceiro neutro (papel comumente exercido pelo conciliador ou mediador), mas sim para auxiliar os litigantes e o terceiro neutro a alcançar a composição naquele litígio.

Ou seja, o que se depreende das análises acima expostas, é que se pode entender por ODR a utilização dos meios adequados de solução de conflitos isoladamente em ambiente virtual, assim como a utilização dos meios já conhecidos agregados às novas Tecnologias de Comunicação e Informação.

Dessa forma, com o avanço da tecnologia e vivência nessa sociedade da informação, a ODR absorveu novas tecnologias e incorporou novos elementos, tais quais o uso de algoritmos, negociação automatizada e assistida. Ademais, o uso dessas ferramentas ainda possibilita a captação e gerenciamento de dados importantes sobre as causas e consequências dos conflitos (Malone, 2023, p. 92).

De acordo com Katsh e Rabinovich-Eine (2017, apud Malone, 2023), a ODR não pode mais ser encarada como mera reprodução on-line de técnicas já existentes, mas sim uma transformação dos métodos

tradicionais de resolução de conflitos. Destaca que a ODR gera três grandes impactos na forma de se solucionar conflitos: i) A modificação do local onde a resolução ocorre, saindo dos espaços físicos e migrando para os digitais; ii) Que o processo de tomada de decisões passa a ser subsidiado por decisões algorítmicas; iii) Assim como modifica-se a confidencialidade para coleta e uso dos dados levantados durante o procedimento.

No Brasil, a ODR de maior sucesso é a plataforma governamental Consumidor.gov, criada em 2014. Com números expressivos, a ODR já registrou 7,7 milhões de demandas, tendo índice de 78% das reclamações solucionadas pelas empresas, que respondem em um prazo médio de 06 dias. (Brasil, 2024, p. 7).

Na esteira do que afirmado por Malone (2023, p. 92), de que o uso da ODR possibilita uma interessante captação e gerenciamento de dados, o boletim Consumidor.gov referente ano de 2023 (Brasil, 2024) apresenta interessantes dados gerais e segmentados (como qual a porcentagem de reclamação e de resolutividade por segmento, e uma análise de cada ramo de fornecedores com as reclamações mais constantes), assim como o perfil dos consumidores que se utilizam da plataforma (como gênero, idade e reclamações mais frequentes por cada faixa etária).

O relatório destaca ainda a utilização de inteligência artificial através de ferramenta da Secretaria Nacional do Consumidor para avaliação de palavras mais registradas no sistema. É expresso no relatório que as entregas efetuadas pelo Consumidor.gov objetivam fortalecer a Política Nacional de Defesa do Consumidor.

Essas informações fornecidas pela plataforma, ressaltam a ideia de que a ODR, embora criada com o fito de resolver conflitos existente, pode, já na atualidade funcionar como uma importante ferramenta para coleta e gestão de dados, que são imprescindíveis para o planejamento e implementação de políticas públicas, e através dessas, talvez evitar o surgimento de novos conflitos, ou pelo menos reduzir a sua quantidade.

Ou seja, a ODR passa de um simples espaço para utilização de métodos adequados de solução de conflitos de forma virtual, e se torna

uma tecnologia primordial para estudos e elaboração de políticas públicas, podendo inclusive influenciar no nascedouro ou na forma de lidar com os novos conflitos.

## 3 JUSTIÇA DIGITAL

Os altíssimos números de processos congestionados no Brasil reforçam a tese de o sistema de justiça necessita de modificações. Para Nunes e Paolinelli (2021, p. 2-3) esse cenário gerou um incremento de estratégias desjudicializadoras, que funcionam como soluções mais ágeis, e amigáveis ao mercado, em grande parcela orientado por uma agenda neoliberal. A essa promessa de solução, se soma o uso da tecnologia.

A despeito das altas taxas de congestionamento, a atuação do judiciário brasileiro em relação à digitalização de processos e altos investimentos em tecnologia tem o levado a ser uma referência mundial nesse sentido. Para Bragança (2023, p. 212) "o primeiro sistema informatizado implementado de forma bem-sucedida pelo Poder Judiciário Brasileiro foi a urna eletrônica". A doutrinadora (2023, p. 214) destaca ainda que foi a partir dessa experiência exitosa que outros tribunais passaram a investir em tecnologias de informação e comunicação.

Após as urnas eletrônicas, o Brasil percorreu um longo caminho que nos levou da tramitação integralmente física ao processo eletrônico atual. O Código de Processo Civil de 2015 apresentou importantes novidades, dentre elas a regulamentação para a prática dos atos processuais eletrônicos, em seu artigo 213.

Também em 2015, a Organização para as Nações Unidas elaborou um plano para o desenvolvimento sustentável, divididos em 17 objetivos que através de uma abordagem ambiciosa buscam ser estratégias para enfrentar os desafios vindouros por todo o mundo. Esses objetivos de desenvolvimento sustentável objetivam ainda contribuir para o alcance Agenda 2030 no Brasil (ONU, 2024).

Quando se fala que esses objetivos são ambiciosos, pode-se extrair isso da diversidade dos seus eixos, que abordam desde erradicação da fome até o alcance de cidades sustentáveis, passando por educação de qualidade e trabalho decente. Apesar de uma aparente diversidade entre os objetivos, ao analisá-los em conjunto, é possível perceber uma intrínseca correlação entre estes.

No que tange ao escopo desse trabalho, o objetivo 16 (ONU) versa especificamente sobre questões correlatas ao alcance da justiça. Sob o título de "Paz, Justiça e Instituições Eficazes", o referido objetivo tem como desdobramentos, dentre outros:

> 16. Promover sociedade pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis:
> 16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis;
> 16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

Contudo, para além do objetivo 16, muitos outros se entrelaçam na atuação do Poder Judiciário, justamente em razão da interdependência entre estes. Nesse cenário, o CNJ elaborou a Resolução nº 325 de 2020, integrando vários desses objetivos à Estratégia Nacional do Judiciário, que contém um plano com os desafios para o período entre 2021-2026 (CNJ). Assim, o CNJ contempla em suas estratégias, o alcance de todos os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável.

É válido destacar que ocorrência da pandemia de Covid-19 e a necessidade de isolamento social como única forma de conter a disseminação do vírus obrigou o avanço do uso de recursos tecnológicos em todos os setores da sociedade, não sendo diferente no Poder Judiciário.

Souza e Carmona (2022, p. 11) destacam dentre as diversas medidas adotadas pelo Poder Judiciário na gestão durante a pandemia o

desenvolvimento de um sistema para possibilitar a realização de audiências e sessões de julgamento:

> Uma outra medida tomada pelo CNJ, foi disponibilizar a Plataforma Emergencial de Videoconferência, (Portaria nº 61 de 31/03/2020). Com o objetivo de propiciar opção aos tribunais para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário. Essa ferramenta para videoconferência foi resultado de uma parceria firmada entre o CNJ e a empresa Cisco Brasil para uso da plataforma Webex, a ser utilizada de forma gratuita. É possível observar que, entre abril e dezembro de 2020 a plataforma de videoconferência atendeu mais de 20 mil usuários, com cerca de 1,2 milhão de reuniões. Posteriormente foi editada a Resolução nº 337 de 29/09/2020, dispondo que cada tribunal deverá adotar um sistema de videoconferência para suas audiências e atos oficiais.

Diversas foram as medidas tomadas em contexto de Pandemia de Covid-19 para viabilizar o funcionamento do Poder Judiciário, embora não se possa responsabilizar a crise sanitária por todo o avanço realizado nesse período, mas sim a um trabalho de modernização e atualização de tecnologias que já vinha sendo construído a muitos anos, e em especial, incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Outras soluções foram implementadas nesse período, como a instauração do "Juízo 100% Digital", através da Resolução nº 345 de 09/10/2020, que possibilita o acesso à justiça exclusivamente através do meio eletrônico. Destaque-se que de acordo com o art. 3º da Resolução nº 345, a tramitação pelo "Juízo 100% digital" é uma faculdade do jurisdicionado, podendo ser escolhido no momento de distribuição da ação, e podendo a parte demanda a ela se opor.

Por óbvio que em um país de dimensões continentais como o Brasil, e especialmente, de desigualdades econômico-sociais ainda mais abissais, não existe cenário a possibilidade de se impor a prática de atos apenas por meio digital. Por isso, é necessário levar em consideração que parcela significativa da população ainda não tem acesso aos meios

tecnológicos, seja por não ter acesso à internet, especialmente com qualidade de conexão, seja por não ter acesso à *hardwares* capazes de rodar determinados programas.

A Resolução nº 372 de 2021 do Conselho Nacional de Justiça estabelece a criação do Balcão Virtual. Para tanto, o CNJ leva em consideração a necessidade de se estabelecer um canal de comunicação entre o jurisdicionado e as secretarias judiciárias de forma permanente. Essa solução visa viabilizar o despacho de processos com servidores, que antes era realizado apenas de forma presencial, através de sistemas tecnológicos. A resolução ainda prevê, em seu art. 2º, § 1º, que em localidades onde a infraestrutura tecnológica for deficiente, a possibilidade de utilização de ferramenta de comunicação assíncrona para o atendimento do Balcão Virtual.

Nessa esteira de importantes decisões para o desenvolvimento tecnológico do Poder Judiciário, a Resolução nº 335 de 29/09/2020, que instituiu a Política Pública para governança e gestão de Processo Judicial Eletrônico. De acordo com a ementa (CNJ) afirma que "Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça".

Dentre diversos pontos importantes da Resolução nº 335/2020, destacamos a preocupação por parte do CNJ, de que não apenas o Poder Judiciário utilize-se de tecnologias já existentes, mas que se atente para evitar a dependência de fornecedores privados – em algumas situações inclusive estrangeiros -, especialmente em ponto tão sensível para o Estado Democrático de Direito, como o exercício da jurisdição:

> Considerando a necessidade de se convergir esforços para a adoção de soluções desenvolvidas e compartilhadas pelos próprios tribunais brasileiros, sem a dependência de fornecedores privados, atentando-se para requisitos de segurança de interoperabilidade e racionalização dos gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoa em atividades mais dirigidas à finalidade do judiciário (CNJ).

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça lança o programa Justiça 4.0, que atua em quatro eixos. O primeiro focado no incremento de inovações e tecnologia para melhorar a prestação do serviço jurisdicional, a segunda busca atuar no combate e prevenção de crimes de lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, melhorando a gestão de dados e informações do judiciário, e melhorando o serviço de buscas.

O terceiro eixo é a Gestão de informações e políticas judiciárias, passando pela formulação, implantação e monitoramento desta política para fortalecer a promoção de Direitos Humanos. O quarto e último eixo é o que trata sobre o fortalecimento institucional do próprio Conselho, através da transferência de conhecimentos e soluções aos órgãos do Poder Judiciário, inclusive o próprio CNJ, tendo em vista a segurança jurídica e a sustentabilidade dos projetos.

Dados do Balanço de 1º Ano do Programa Justiça 4.0 (CNJ, 2022, p. 6) 88 tribunais já receberam diagnósticos sobre a sua realidade tecnológica, e 44 destes já estão com o plano de ação finalizados ou em andamento. Além disso, 7,4 mil serventias judiciais já utilizam o Juízo 100% digital, incluindo audiências e sessões de julgamento (CNJ, 2022, p. 12).

O fato é que a tecnologia permeou toda as relações humanas, e a Justiça e o processo, não estão apartados disso. Para Nunes (2022, p. 116-117), o emprego da tecnologia não pode mais ser visto apenas como uma ferramenta de automação de funções, mas sim como uma virada, que refletirá em uma necessária releitura dos institutos vigentes, partindo dos aspectos propedêuticos e caminhando até o ponto de uma transformação das técnicas processuais, desde que resguardado as normas fundamentais que garantem o modelo constitucional processual.

## 4 DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS ODR'S NO PODER JUDICIÁRIO

É possível perceber que, então, o longo caminho percorrido pelo Poder Judiciário para buscar avanço no campo tecnológico, desde a implantação de tecnologias já existentes, quanto a buscar por desenvolver

novas soluções, de forma que o judiciário não fique dependente de empresas privadas detentoras de tecnologias.

O cenário atual já nos permite conviver com a existência de ODR incluída nos processos judiciais, ou seja, pelo próprio Poder Público. Não sem críticas sobre a sua utilização dentro da esfera pública, Nunes (2022, p. 134) afirma que:

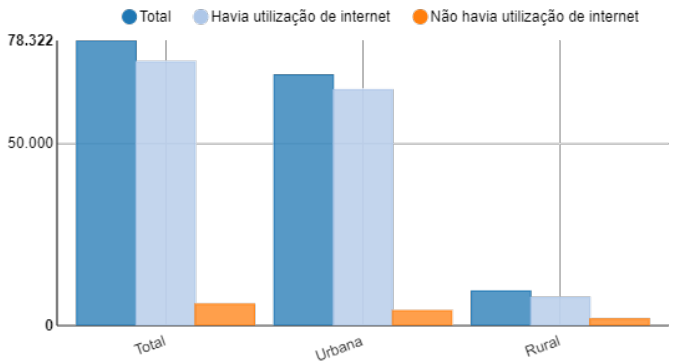
> A absorção pública, por vezes, emprega a mesma estrutura e principiologia da ODR, sem olvidar que suas decisões são efetivadas dentro da própria plataforma com satisfação até superior àquela obtida na jurisdição de inúmeros países, de modo que o afastamento aparenta mais uma percepção retórica do que efetiva. Ademais, seguindo o raciocínio, a conciliação/mediação incorporada pela legislação ao procedimento judicial (por exemplo no art. 334, CPC) desnaturaria sua natureza técnica e suas premissas decorrentes de seu berço nas ADRs.

De acordo com Nunes e Paolinelli (2021, p. 4), o uso de ODR pode apresentar significativas vantagens como celeridade, redução do tempo e custo de tramitação, desterritorialização, mineração de dados. Contudo, de outro lado também pode evidenciar abismos sociais existentes como "a tonificação da pauta única de eficiência (retórica) pode acabar acentuando disparidade já existentes no sistema de justiça, aprofundando o fosso entre marginalizados e aquele "que tem", num cenário de distopia de litigância.

Nesse sentido é preciso considerar que o direito fundamental de acesso à justiça ainda não é pleno em um país como o Brasil, quer consideremos uma justiça analógica ou digital. Porém, no campo de acesso à justiça através de meios tecnológicos, esbarramos ainda no fato de que o acesso à internet não é heterogêneo em todo o Brasil.

De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Dados Contínua, referente ao ano de 2023, dos 78.322 domicílios analisados 5.860 não existia utilização de internet, consubstanciando um total de

7,48%. Esse percentual aumenta consideravelmente quando falamos em residência rural, quando de 9.470 domicílios que participaram da pesquisa, 1.795 não existia utilização de internet, ou seja 18,95%:




Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual - 4º trimestre

Ademais, os dados acima falam apenas sobre a existência ou não utilização de internet no domicílio, não havendo nenhuma análise sobre a qualidade e estabilidade dessa rede de internet, ou mesmo sobre a disponibilidade de equipamentos que permitam a utilização dessa internet, como *smartphones, tablets* e computadores.

É nesse aspecto que a utilização de ODR, dentro ou fora do Poder Judiciário podem constituir um obstáculo ao acesso à justiça. Nesse sentido, Duarte e Duarte (2023, p. 139):

> Por isso, é importante ressaltar que as ODRs possuem caráter dicotômico no que concerne ao acesso à justiça: se de um lado são uma plataforma gratuita e de fácil acesso para alguns, por outro lado, e mais especificamente para os infloexcluídos, se trata de uma plataforma para a qual não existe o acesso. Nesses casos, ao invés de cumprirem a sua função de facilitadoras do acesso à justiça, as ODRs, por demandarem que seus usuários estejam conectados em rede, transformam-se em uma barreira que dificulta, quando não impede, o acesso, agravando a situação de marginalidade dessa parcela da população.

Conforme já destacado, a utilização de ODR para a resolução de conflitos já é uma realidade, sendo, aqui no Brasil, a plataforma Consumidor.gov seu maior expoente. Contudo, o CNJ, através da Resolução nº 358 de 02 de dezembro de 2020, regulamentou a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação, pelo próprio Poder Judiciário.

A Resolução estabelece o prazo de 18 meses para que os tribunais criem um Sistema Informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação, o SIREC. Destaca em seu art. 1º, que o sistema pode ser desenvolvido ou contratado pelos Tribunais, que também são os responsáveis pelo armazenamento e hospedagem dos dados e metadados, gerados ou derivados.

Nesse sentido, resta claro que o intuito do Poder Judiciário, em estabelecer a ODR dentro do próprio sistema judicial. Contudo, o CNJ deixou a cabo dos tribunais, individualmente, para elaborarem os seus próprios sistemas, ainda que a Resolução nº 358/2020 estabeleça em seu art. 1º, §1º que preferencialmente deve o desenvolvimento ocorrer de forma colaborativa, nos temos da PDPJ, da Resolução nº 335/2020.

Em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (2022) com o termo "Resolução 358", localizou-se, dentre outras publicações, uma matéria sobre a criação de um Grupo de Trabalho designado especialmente para o desenvolvimento de uma plataforma eletrônica, nos termos da resolução.

Um dos grandes desafios da implementa da ODR nos sistemas públicos é garantir a que o desenvolvedor seja desinteressado no resultado dos conflitos em análise. Isso porque, quando a plataforma é de criação do setor privado, este detém toda as informações pertinentes ao sistema, o que pode maximizar situações de disparidade entre os litigantes. Nesse mesmo sentido ocorre quando se trata de litigantes habituais, visto que a frequência e volume de dados a serem inseridos no sistema pode acarretar resultados tendenciosos, de forma a beneficiar os litigantes habituais, em razão dos vieses do algoritmo (Nunes e Paolinelli, 2021, p. 14).

Nesse sentido, é possível perceber através das Resoluções expedidas pelo CNJ, de que essa é uma preocupação, especialmente ao se considerar a possibilidade de dependência de um ou alguns fornecedores específicos, assim como pela responsabilidade e guarda e manutenção de dados e metadados coletados e gerados pelas plataformas eletrônicas.

Assim, é possível perceber que ODR são uma realidade dentro e fora do judiciário, sendo extremamente benéfica um regramento que estabeleça diretrizes únicas a todos os tribunais do país, embora se compreenda que o ideal seria um sistema único para todos os tribunais, de forma que a gerência dos dados pudesse ocorrer de maneira uniforme, o que embora a cooperação entre os tribunais possa ajudar, não soluciona completamente.

## 5 CONCLUSÃO

Através de todo o exposto, é possível concluir que a utilização de Online Dispute Resolution são uma realidade, dentro e fora do Poder Judiciário. Aqui, nesse trabalho se adota o conceito amplo de Malone (2023, p. 91), onde qualquer meio de solução de conflitos através de meios tecnológicos pode ser caracterizado como uma ODR.

Nesse cenário, é necessário destacar a existência da plataforma Consumidor.gov, que é uma modalidade de ODR no Brasil, vinculada à Secretaria Nacional do Consumidor. A plataforma que atinge os 10 anos de funcionamento em 2004 tem números significativos de atendimento e de resolução de conflitos.

Embora não sem críticas, é fato que a plataforma governamental Consumidor.gov é uma iniciativa bem-sucedida, e que conta com parcerias com empresas de diversos seguimentos e até agências reguladoras, como a Anac.

Também se pode concluir que o Poder Judiciário, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça tem atuado de forma constante para modernizar o sistema de justiça com o uso de Tecnologias de Informação e Comunicação.

Diversas Resoluções foram criadas pelo CNJ, no intuito de disponibilizar e regulamentar o uso de ferramentas digitais pelo Poder Judiciário. Destaque-se aqui a instituição, pela Resolução nº 335/2020, da Política Pública para a governança e a gestão de processos judiciais eletrônico e a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro - PDPJ-Br.

Iniciativas como o PDPJ-Br podem contribuir para diminuir as disparidades entre os tribunais de diferentes Estados-Membros. É fato que apesar de pertencentes ao mesmo poder, existem diferenças entre os Tribunais de diferentes Estados, inclusive em relação ao porte. Dessa forma, o PDPJ-Br pode buscar que haja um acesso mais homogêneo às tecnologias de informação e comunicação.

Outra Resolução que merece destaque dentre as diversas medidas tomadas pelo CNJ, é a de nº 358/2020, que regulamenta a criação de Sistema Informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC), estabelecendo prazo para que os tribunais disponibilizem essa ferramenta. A resolução estabelece requisitos mínimos para o desenvolvimento ou contratação desse serviço, além de destacar que o código fonte e suas bases de dados estarão sujeitos a auditoria tanto pelo Tribunal em comento, quando pelo CNJ e demais órgãos de controle externo.

A Resolução nº 358/2020, portanto, atua como importante fomento para utilização de ODR pelo próprio Poder Judiciário, inclusive com a possibilidade de ampliação de sua utilização para além do costumeiro em matéria consumerista.

Contudo, a análise que se chega nesse estudo, é que o CNJ perdeu a oportunidade de que o SIREC fosse um sistema único para todos os tribunais. Ao invés de delegar a função de criação aos tribunais, que como já ressaltado são muitos e com condições diferentes entre si, o ideal teria sido a criação de uma plataforma única.

Isso garantiria uma distribuição mais uniforme das tecnologias de informação e comunicação, além de mais uma ferramenta no combate à desigualdade de condições e oportunidades que atinge à população brasileira.

E é sobre esse enfoque, o das grandes disparidades existentes entre a sociedade brasileira, especialmente ao olharmos sobre o aspecto econômico e todos os seus reflexos, que é preciso que a implementação de ODR e demais tecnologias de informação e comunicação aconteçam – até porque não há como modificar essa tendência mundial - de forma a respeitar a acessibilidade à justiça para os infoexcluídos.

É preciso destacar que um país como o Brasil ainda possui barreiras de acesso à justiça em seus pontos mais basilares, como a ausência de certidão de nascimento para quase 3 milhões de brasileiros, segundos dados do IBGE (Oliveira, 2021).

Dessa forma é preciso encarar a implementação de políticas de fomento às tecnologias de informação e comunicação de maneira cautelosa. Não porque não sejam benéficas, porque de fato são. É impossível falar em futuro sem falar do desenvolvimento em tecnologia.

Contudo, não podem as tecnologias – aí inclusa a ODR seja judicial ou extrajudicial – como solução milagrosa para todos os problemas que assolam o Brasil, e consequentemente o nosso Poder Judiciário. É certo que estas podem, e muito, melhorar índices de acesso, velocidade de tramitação de processos, avanço da segurança jurídica, especialmente ao considerarmos a aplicação de precedentes.

Porém, também pode ampliar abismos sociais e de acesso à justiça já existentes. Para tanto, além do incremento em aparatos tecnológicos, é necessário que se continue – ou reforce – o olhar para os jurisdicionados, as pessoas por trás dos números - tão importantes para análise dos dados e construção de políticas públicas.

É imprescindível que se verifique as suas necessidades e possibilidade, e que através destas se encontre soluções para os entraves existentes, de forma a garantir o acesso pleno ao judiciário. Afinal, para além de números de processos julgados e extintos, o fim último do Poder Judiciário é a prestação de um serviço jurisdicional de qualidade, que solucione as lides a ele apresentadas.

## REFERÊNCIAS

BONNOMI, Natália Paulino. Acesso à justiça do consumidor na resolução online de litígios: desafios e perspectivas para o Brasil. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 146, a. 32. p. 251-269, mar./abr. 2023.

BRAGANÇA, F. O progresso da justiça digital no brasil: da urna eletrônica ao programa 4.0. **Revista Eletrônica De Direito Processual,** v. 24, n. 3, 2023. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/65781 Acesso em: 18 sert. 2024.

CABRAL, Antônio Do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "mediação sem mediador". **Revista de Processo,** São Paulo, v. 259, n. 2016, p. 471-489, 2016.

CHAUÍ, Marilena. O ser humano é um ser social. **WMF Martins Fontes,** 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5kk Acesso em: 10 de set. 2024

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. 1 ano de Justiça 4.0. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/1anodej4-0.pdf Acesso em: 19 de setembro de 2024

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Justiça 4.0. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/ Acesso em: 19 de setembro de 2024.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/ Acesso em: 29 de setembro de 2024

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 325 de 29/06/2020. Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365 Acesso em: 18 de setembro de 2024

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 335 de 29/09/2020. Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo

Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496 Acesso em: 18 de setembro de 2024

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 372 de 12/02/2021. Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada "Balcão Virtual.". Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742 Acesso em: 19 de setembro de 2024

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 385 de 02/12/2020. Regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604 Acesso em: 19 de setembro de 2024

DUARTE, Lara de Sousa; DUARTE, Matheus Prestes Tavares. Acesso à justiça e Online Dispute Resolution: (Des)necessidade de prévia tentativa de resolução virtual dos conflitos consumeristas. In: Handel Martins Dias, Anízio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal (Orgs.). **Coletânea do VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis:** Volume 2: Tutelas à efetivação de direitos transindividuais. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

GAIO Júnior, Antônio Pereira. ODR como meio propício à solução de conflitos de consumo. Contornos procedimentais e limitações satisfativas. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 328, a. 47. p. 379-409, jun. 2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísitica, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, 2023. Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7307 Acesso em: 19 de setembro de 2024

MALONE, Hugo. On-line dispute resolution e tribunais on-line: desafios para implementação da Justiça digital no Brasil1. 3ª Vice-Presidência, Disponível em: https://shre.ink/b5kc Acesso em: 11 de setembro de 2024

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs . Acesso em 18 de setembro de 2024

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16 . Acesso em 18 de setembro de 2024

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia?. **Revista EJEF**, Belo Horizonte, Brasil, v. 1, n. 1, p. 113–144, 2024. Disponível em: https://revistaejef.tjmg.jus.br/index.php/revista-ejef/article/view/14. Acesso em: 18 set. 2024.

NUNES, Dierle; PAOLINELLI, Camilla Mattos. Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil. In: **Revista de Processo**. 2021. p. 395-425.

OLIVEIRA, Joana. Invisíveis no Brasil, sem documento e dignidade: "Eu nem no mundo existo". El País. Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2021. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2021-11-28/invisiveis-no-brasil-sem-documento-e-dignidade-eu-nem-no-mundo-existo.html Acesso em: 20/09/2024

SOUZA, Francimeire Nascimento de; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Justiça digital: uso da tecnologia para amenizar os efeitos da pandemia de covid 19. **Ratio Juris. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 5, n. 1, p. 63-82, 2022. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/revistagraduacao/index.php/revistagraduacao/article/view/126 Acesso em: 18 de setembro de 2024

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. Grupo de Trabalho é designado para desenvolver plataforma eletrônica que auxiliará na resolução de conflitos. 23 de maio de 2022. Disponível em: https://www.tjce.jus.br/noticias/grupo-de-trabalho-e-designado-para-desenvolver-plataforma-eletronica-que-auxiliara-na-resolucao-de-conflitos/ Acesso em: 19 de setembro de 2024

# A DESJUDICIALIZAÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO FISCAL COMO MEDIDA DE DESCONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Fábio Weber Ludwig[1]

## 1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o processo de execução forçada da dívida ativa da Administração Pública direta e de suas autarquias é regulamentado de maneira integralmente judicial, de acordo com a Lei nº 6.830/1980, um procedimento que remonta ao ano de 1980, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. O sistema atualmente vigente, ao longo dos anos, tem se revelado lento e burocrático, o que compromete a efetividade na recuperação dos créditos tributários e sobrecarrega o Poder Judiciário. Nesse contexto, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 132 de 2024, as discussões acerca da política de tributação e da execução do crédito tributário ressurgiram com vigor, especialmente quanto à necessidade de modernização dos mecanismos processuais para melhor atender às demandas da sociedade.

No campo da execução fiscal, destaca-se o Projeto de Lei nº 2.488 de 2022, que propõe a criação de uma espécie de execução fiscal administrativa parcial, que traz à tona antigas discussões e novas possibilidades

1 Especialista em direito tributário e processo tributário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Membro do grupo de pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogado. E-mail: fabio.w.ludwig@gmail.com.

para a cobrança da dívida ativa. Esta proposta visa reformar o atual sistema, abrindo caminho para um procedimento híbrido entre o administrativo e o judicial, buscando uma solução mais célere e eficaz. O projeto reveste-se de grande relevância no cenário jurídico e político brasileiro, uma vez que a desjudicialização parcial promete desafogar o Judiciário e otimizar a recuperação dos créditos, mas também suscita questionamentos quanto à sua viabilidade, à segurança jurídica dos contribuintes e ao impacto sobre os direitos de defesa.

Diante desse panorama, o presente trabalho tem por objetivo investigar a eficácia do sistema vigente e os possíveis benefícios e desafios da transição para um modelo de execução fiscal semijudicial ou administrativo. Busca-se, assim, examinar os principais argumentos apresentados pela doutrina favoráveis e contrários à desjudicialização parcial da execução fiscal, considerando os impactos potenciais tanto para o Estado quanto para os contribuintes, e ponderar as implicações para o futuro das execuções fiscais no Brasil. A pesquisa pretende contribuir para o debate atual, fornecendo subsídios para a reflexão da comunidade jurídica quanto às reformas em curso e os caminhos para uma maior eficiência na cobrança da dívida ativa pública.

O problema central deste estudo reside na análise da crescente ineficácia do sistema judicializado atual e nas discussões sobre a proposta de desjudicialização parcial. A questão que se impõe é se a criação de um sistema híbrido, capaz de transferir parte do procedimento para a esfera administrativa, poderia mitigar as falhas atuais e proporcionar um ganho real de eficiência. A hipótese levantada é que a desjudicialização parcial representa uma alternativa viável para superar a crise de eficiência, ao permitir que a maioria dos casos de menor complexidade sejam resolvidos de forma mais rápida na via administrativa, preservando o Judiciário para os litígios de maior complexidade.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é predominantemente qualitativa e bibliográfica. Baseia-se na análise de doutrinas jurídicas, legislação pertinente e estudos empíricos sobre a execução fiscal, com

foco nas discussões mais recentes sobre a desjudicialização no contexto brasileiro e comparado. Serão também utilizados dados estatísticos e jurisprudenciais para fundamentar a análise crítica do sistema atual e das propostas de reforma, permitindo uma avaliação equilibrada dos pontos positivos e negativos da execução fiscal administrativa parcial. Dessa forma, o trabalho busca oferecer uma visão abrangente sobre a eficácia do sistema proposto, explorando o impacto para o fisco e os contribuintes e, consequentemente, a viabilidade de sua implementação.

Superadas as noções introdutórias do presente trabalho, passamos a uma análise sistemática sobre a desjudicialização fiscal no Brasil, tratando inicialmente do contexto atual sobre o procedimento. Na sequência, são apresentados os desafios apontados pela doutrina no que tange à proposta de desjudicialização, seguidos pelos benefícios do sistema proposto. Por fim, são realizadas breves conclusões sobre o tema analisado, cumprindo com os objetivos propostos no presente estudo.

## 2 A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

### 2.1 Contexto das execuções fiscais no Brasil

A ação de execução fiscal é um procedimento executivo especial regido pelas disposições da Lei nº 6.830/1980 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. O procedimento especial executivo é destinado exclusivamente à satisfação do crédito constituído pela dívida ativa do estado *lato sensu*, conceito que engloba dívidas de natureza tributária e não-tributária, classificação conferida aos créditos da Fazenda Pública ao serem escriturados na contabilidade do Estado *lato sensu*, definição oriunda do direito financeiro por meio da Lei nº 4.320/1964.

Conforme a legislação de direito financeiro, o crédito cujo credor é a Fazenda Pública é sempre escriturado como receita no seu respectivo exercício, sendo o valor inscrito em Dívida Ativa após o transcurso do prazo para o pagamento. A tarefa da Administração Pública de

inscrição em Dívida Ativa é notavelmente relevante para a cobrança do crédito tributário, entendido como aquele oriundo de obrigação tributária, integrando parte significativa da Dívida Ativa da Fazenda Pública na contemporaneidade.

A Dívida Ativa Tributária surge com sua respectiva inscrição na escrituração contábil da Fazenda Pública. Após essa inscrição, realizada em um Termo de Inscrição em Dívida Ativa, é tomada uma certidão que contém todos os elementos do termo que figura como título executivo extrajudicial, conferindo substrato jurídico à execução fiscal proposta perante o Poder Judiciário. O Poder Judiciário atua nesse processo judicial executivo que visa realizar a execução forçada da dívida em questão através de atos de constrição patrimonial e os demais atos expropriatórios, a saber, a adjudicação, a alienação e a apropriação de frutos e rendimentos.

A emissão de toda a Dívida Ativa gera na contemporaneidade um estoque gigantesco de créditos devidos à Fazenda Pública, que deságua posteriormente no Poder Judiciário. Na União Federal, o estoque da dívida em 2023 atingiu a quantia de 2,9 trilhões de reais, conforme o Anuário de 2024 elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão responsável pela inscrição e cobrança da Dívida Ativa da União Federal (PGFN, 2024, p. 19). No caso dos estados, observa-se que no Estado de São Paulo, a Dívida Ativa até junho de 2024 é de aproximadamente 420 bilhões de reais (SEFAZ/SP, 2024).

Os dados de inscrição da Dívida Ativa revelam um retrato econômico, sendo um fator que aumenta ou diminui de acordo com inúmeros fatores, que não são objetos deste estudo. Todavia, é crucial rememorar ao leitor que, em princípio, o sistema de execução forçada da Dívida Ativa exige obrigatoriamente a intervenção do Poder Judiciário. Ou seja, toda inscrição da Dívida Ativa, como regra, enseja um novo processo judicial de execução fiscal.

Assim, como decorrência lógica, o conjunto das ações de execução fiscal é grande. Todas as ações constituem cerca de 26,4 milhões de processos pendentes (CNJ, 2024, p. 31), representando 31% de todos os casos

pendentes perante o Poder Judiciário com a maior parte tramitando na Justiça Estadual, que contém 86% desse montante (CNJ, 2024, p. 22). A taxa de congestionamento é de alarmantes 87,8%, a maior taxa (CNJ, 2024, p. 194), e o tempo médio de tramitação das execuções fiscais é cerca de três vezes a média dos processos, com 7 anos e 9 meses (CNJ, 2024, p. 211).

Essas figuras apresentadas levam diversos doutrinadores a entender que o sistema de execução da dívida pública tributária no Brasil é ineficaz, implicando em diversas discussões sobre a reforma do sistema contemporâneo para aumentar a eficácia da arrecadação. Há uma crescente necessidade de remodelar a estrutura de cobrança fazendária para trazer maior efetividade, deixando de lado o exercício típico da representação judicial para cobrança fazendária para trazer atividades de prevenção, mediação, educação fiscal e procedimentos fiscais administrativos para sua cobrança ou contingenciamento (Barreto, 2019, p. 37).

Dentre as soluções apresentadas para remanejar o célere debate sobre o congestionamento das execuções fiscais, a proposta de desjudicialização do procedimento, parcial ou total, é alternativa interessante que merece ser explorada no contexto atual. A matéria não é recente no histórico brasileiro, visto que existiram diversos projetos que tratam sobre o tema em diferentes níveis, especialmente a partir de 1996. Veja-se que existiram vários projetos de lei que abordaram o assunto, sendo eles o Projeto de Lei nº 174/1996 (Senado Federal); o Projeto de Lei nº 608/1999 (Senado Federal), o Projeto de Lei nº 5.615/2005 (Câmara dos Deputados), o Projeto de Lei nº 10/2005 (Senado Federal), o Projeto de Lei nº 2.412/2007 (Câmara dos Deputados), o Projeto de Lei nº 5.080/2009 (Câmara dos Deputados), o Projeto de Lei nº 4.257/2019 e o Projeto de Lei nº 2.488/2022. Os projetos, que possuem diversas peculiaridades cada um, propõem desde uma desjudicialização total da execução fiscal até uma desjudicialização parcial, conhecida pela doutrina também como execução fiscal semijudicial.

Desjudicialização da execução fiscal consiste em implementar uma reorganização no processo da execução da Dívida Ativa para que o feito executivo passe a tramitar na via administrativa, removendo o magistrado

da função propriamente executiva, sistema adotado por diversos países. No Brasil, a proposição mais recente que trata sobre o assunto é o Projeto de Lei nº 2.488/2022, que se encontra em tramitação no Senado Federal, havendo aprovação pela Comissão Temporária para exame de projetos de reforma dos Processos Administrativo e Tributário Nacional em 12/06/2024, sendo o projeto enviado para o plenário para aprovação na sequência. O projeto, nos moldes delineados pela Comissão, estabelece os contornos modernos para uma execução fiscal, dispondo a execução fiscal extrajudicial como procedimento padrão para as dívidas de pequeno valor, utilizando o tabelião de protesto como agente executivo (artigo 18 do projeto). Apenas para dívidas de valor maior ou que contenham certas peculiaridades haverá necessidade de judicialização da matéria, restando possibilitado a defesa do contribuinte por meio de embargos à execução fiscal. A legislação trata detalhadamente sobre o procedimento de inscrição em dívida ativa, oferta de garantia da execução e protesto da dívida. Outra matéria atualmente controversa é o tratamento do redirecionamento da execução fiscal judicial contra os responsáveis tributários não incluídos na certidão de dívida ativa e os coobrigados, aplicando-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 45, § 5º). O procedimento normatiza práticas atuais da execução fiscal, trazendo, contudo, inegável alteração na estrutura das execuções fiscais ao possibilitar a cobrança extrajudicial por meio do tabelião de protesto nas execuções fiscais de pequeno valor. A transferência das execuções fiscais de pequeno valor para via extrajudicial é de grande relevância, visto que se estima que mais da metade das execuções fiscais cobram dívidas de pequeno valor.

Assim, verifica-se que o Projeto de Lei nº 2.488/2022 é revolucionário na execução fiscal extrajudicial da dívida de pequeno valor, bem como consolida práticas já existentes para fins de proporcionar maior segurança jurídica ao sistema de execução fiscal. O legislador tem como foco a racionalização e modernização do sistema, deixando a tarefa de execução não com a Administração Pública Tributária, mas sim nos tabeliães de protesto, que são vinculados ao Poder Judiciário.

As novidades legislativas certamente são interessantes do ponto de vista processual e apresentam, em certo aspecto, a importação de um modelo executivo que segue a tendência do exterior, em especial o sistema alemão, em que o agente executivo também é ligado ao Poder Judiciário. Entretanto, a importação da proposta para alterar o procedimento da execução fiscal para a via extrajudicial e a implementação de uma proposição inovadora no campo demanda uma análise séria e razoável acerca dos argumentos contrários e favoráveis, que demonstram pontos legítimos da doutrina e da sociedade, especialmente considerando que eventual implementação impactaria significativamente o procedimento que impera na contemporaneidade. Afinal a reforma na tributação deve ser profunda, de forma que promova a inserção do Estado brasileiro seguindo os critérios de justiça fiscal (Balthazar, 2013, p. 194). É a decorrência do ônus argumentativo de qualquer proposta que altere significativamente a ordem jurídica contemporânea, com o intuito de trazer o cumprimento dos fundamentos previstos na Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito à estabilidade jurídica.

## 2.2 Desafios da desjudicialização

A desjudicialização da execução fiscal encontra diversos desafios argumentativos. Não são poucos, e tampouco irrelevantes, os argumentos contrários à desjudicialização ou na semijudicialização da execução, que já encontrou resistência inicial em projetos de lei que tramitam anteriormente. Naturalmente, há uma resistência decorrente da alteração do sistema contemporâneo, que segue as bases de um sistema inteiramente judicial. Como bem se sabe, a execução fiscal é orientada pela estreita via judicial desde antes da Lei nº 6.830/1980 e propor a alteração traz discussões sobre os direitos fundamentais do contribuinte, especialmente no tocante às garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e sobre a imparcialidade.

O sistema judicial de cobrança da dívida pública é usualmente encontrado nos países em que há unidade de jurisdição (*una lex una jurisdictio*), tais como o Brasil. Nesses países, a Administração Pública realiza uma atividade primordialmente funcional, sem propriamente julgar os casos concretos, mas sim executar a função administrativa. Cabe ao Poder Judiciário a função de solucionar eventuais controvérsias, enquanto a Administração Pública possui o dever de efetivar a legislação e seguir as determinações emanadas pelo Poder Judiciário (Silveira, 2021, p. 27).

Nesse espectro, Hugo de Brito Machado, ao se manifestar sobre a matéria em projeto de lei anterior[2], sustenta que a execução fiscal administrativa implica em diversas violações à Constituição Federal. Argui que haveria violação ao princípio da separação dos poderes, visto que seria atribuído ao Poder Executivo função típica do Poder Judiciário, questão que seria insuscetível de objeto de emenda à constituição nos termos do art. 2º e art. 60, § 4º, III, ambos da CF/88. Ademais, defendeu que, por atribuir ao Poder Executivo a função de constituir o crédito tributário e de executar o mesmo crédito haveria violação ao direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF/88); ao direito à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88); ao direito ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF/88); e ao direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Por fim, defendeu que haveria violação à razoabilidade e à isonomia, visto que ao atribuir à Fazenda Pública a função de constituir o crédito e executá-lo, enquanto todos os demais credores dependem do ingresso no Poder Judiciário para executar seus créditos. Arguiu que a participação do Poder Judiciário na execução fiscal é destinado a evitar o uso arbitrário dos poderes na execução, sendo que entendimento diverso implicaria em retrocesso social (Machado *apud* Silveira, 2021, p. 100).

O posicionamento de Hugo de Brito Machado Segundo é similar, consistente fundamentalmente em indicar a desproporcionalidade da

2 Apesar do grande esforço na pesquisa, não houve êxito em encontrar a fonte específica. O relato advém de citação direta feita por vários autores, mas o texto doutrinário integral não foi encontrado. Esse autor especula que a crítica tenha sido feita no âmbito do Projeto de Lei nº 5.080/2009.

autotutela praticada pela Fazenda Pública, que, em sua visão, ofende o direito à jurisdição, à um juízo imparcial e ao exercício do contraditório e ampla defesa do contribuinte (Machado, 2024, p. 281). Convém mencionar que o autor critica a proposta, visto que os principais problemas do processo de execução fiscal, que são a não localização do devedor ou a inexistência de bens penhoráveis, não se alterariam caso houvesse a utilização de processo administrativo fiscal para esse fim específico ou a utilização de outros métodos extrajudiciais como a transação tributária (Machado, 2024, p. 182).

Esse entendimento é também adotado por José Eduardo Soares de Melo e Sacha Calmon Navarro Coelho, que especialmente criticam a proposta da execução fiscal administrativa por violar o princípio da separação dos poderes e o devido processo legal (Martins, 2008).

Em comentários elaborados ao Projeto de Lei nº 5.080/2009, sustentou-se que a execução fiscal administrativa aumentaria a desigualdade existente entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Destacou-se o retrocesso social na perda do controle judicial do Poder Público na execução de seus créditos e a possibilidade de expropriação dos bens do contribuinte sem o devido processo legal, elencando os dispositivos fundamentais consubstanciados no art. 5º, incisos XXXV, LIV e XXII, da CF/88, fundamentais para a defesa do contribuinte no âmbito processual (Castro, 2017, p. 267).

Em sentido convergente e contrário ao Projeto de Lei nº 5.080/2009, Luiz Flávio Borges D'Urso, Walter Cardoso Henrique, Ives Gandra da Silva Martins, André Ramos Tavares, Luis Eduardo Schoueri e Roque Antonio Carrazza, em parecer conjunto apresentado pela Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB, 2010, p. 10-11), os doutrinadores se manifestaram contrários ao projeto por diversas razões. Na fundamentação, defenderam que o Projeto de Lei nº 5.080/2009, que estabelecia rito de cobrança administrativo e deixava para o crivo do Poder Judiciário apenas as situações em que não haja patrimônio a ser constrito diretamente pela Administração Pública, era claramente ofensiva à cláusula constitucional de tripartição dos poderes, da reserva de jurisdição e de submissão do Poder Público aos limites constitucionais.

Alegaram que a autotutela administrativa na transferência patrimonial forçada, sem a possibilidade de intervenção jurisdicional, afronta os arts. 1º, 2º e 5º, incisos XXII, XXXV, LIV e LV, todos da Constituição Federal.

O Projeto de Lei nº 5.615/2005, anterior à proposta de 2009, também sofreu duras críticas, especialmente considerando sua previsão de desjudicialização total da execução fiscal. Narram Adler Baum e Liziane dos Santos que o tema estava abarcado sobre a reserva da jurisdição. No sistema proposto pelo referido projeto, caberia às procuradorias estatais (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para União e procuradorias encarregadas de matérias fiscais para os Estados, Distrito Federal e Territórios e Municípios) promover a execução administrativa das dívidas. Indicou-se, portanto, violação à reserva de jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso LIII, da CF/88 (Baum; Dos Santos, 2007, p. 112). A privação dos bens do contribuinte, sem prévio processo judicial, é algo que alarma a doutrina de forma especial, que indicou violação ao devido processo legal, especialmente quando se trata de busca e apreensão de bens, entendendo haver violação do preceito contido no art. 5º, incisos XI e LIV, da CF/88, citando-se precedente do Supremo Tribunal Federal no MS-MC 23.595, ocasião em que se exigiu a existência de mandado judicial para ingressar a residência para busca e apreensão de bens (Baum; Dos Santos, 2007, p. 113). Outra inconstitucionalidade citada foi sobre a necessidade de reserva de lei complementar do art. 146, inciso III, alínea 'b', da CF/88, para tratar sobre a prescrição no direito tributário, visto que o projeto à época estabelecia a notificação administrativa como causa interruptiva da prescrição intercorrente (Baum; Dos Santos, 2007, p. 113).

Yoshikawa tece vários argumentos envolvendo a inconstitucionalidade de qualquer execução extrajudicial, seja em âmbito fiscal ou civil, no tocante ao devido processo legal. São dois argumentos veiculados pelo autor para tanto, sendo o primeiro que a desjudicialização representa delegação a terceiros da atividade executiva de natureza jurisdicional, sujeita ao monopólio do Poder Judiciário, oriundo da cláusula de reserva de jurisdição. Em segundo lugar, alega-se que configura modalidade de

autotutela, permitindo que o credor seja juiz em causa própria, privando a parte contrária da possibilidade a um tratamento justo e imparcial frente a uma situação naturalmente litigiosa (Yoshikawa, 2010, p. 138).

Em síntese, esses são os principais argumentos desfavoráveis à execução fiscal administrativa ou semijudicial, que representam um verdadeiro desafio a qualquer proposta de desjudicialização. Observa-se que a argumentação utilizada é consistente e coerente, revelando grande preocupação com o cumprimento dos preceitos constitucionais. Ademais, tais argumentos são elaborados por respeitáveis doutrinadores do direito tributário, intensificando a necessidade e utilidade de um debate sério sobre o tema. O fato incontroverso é que há um efetivo debate sobre o cumprimento dos direitos fundamentais no âmbito processual, que não pode deixar de ser observado caso haja a concretização de eventual proposta de desjudicialização.

## 2.3 Benefícios da proposta de desjudicialização parcial

As preocupações doutrinárias sobre a proposta da execução fiscal na esfera administrativa não podem ser ignoradas, sobretudo por representar críticas de uma comunidade jurídica séria e comprometida, que apresenta considerações legítimas sobre os direitos fundamentais do contribuinte. Os direitos fundamentais do contribuinte são parte integral e necessária de um sistema tributário nacional coerente, racional e justo, exigência que é decorrência lógica do Estado de Direito democrático.

Entretanto, é necessário refletir acerca dos argumentos favoráveis à execução fiscal administrativa, especialmente no que tange às propostas de semijudicialização da execução fiscal. Afinal, a efetividade da execução fiscal é um ponto relevante para que o estado consiga efetivamente cumprir com seus objetivos, que, na contemporaneidade, consiste na efetivação dos direitos fundamentais. Desse ponto de partida surge a inegável conclusão de que a execução fiscal é um meio para arrecadar valores, que são utilizados para cumprir os objetivos do estado conforme

elencados na Constituição Federal (Oliveira, 2020, p. 668). Inclusive, a própria função do tributo é inerentemente arrecadadora e mediata às funções fiscais, sendo um meio para obtenção de recursos para o estado (Schoueri, 2024, p. 20).

Debruçando-se sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior defende que há uma grande incoerência para desconsiderar a desjudicialização da execução. Defende que a proposta de desjudicialização não implica em negar a garantia de acesso ao Poder Judiciário para controlar os atos praticados, uma vez que propõe que o sistema de execução deve ser vinculado a um agente de execução e, em casos de controvérsias, deve restar sempre assegurada a submissão do referido incidente à tutela jurisdicional (Theodoro Júnior, 2021, p. 157).

A desjudicialização evita a acumulação de milhares de execuções no âmbito do Poder Judiciário, além de estimular a redução da demora em tarefas práticas e sem cunho decisório, consistentes na localização do devedor e seus bens, transferindo o encargo para um agente executivo. Ademais, os participantes da execução extrajudicial não devem ficar privados do acesso ao Poder Judiciário quando houver controvérsia relevante que demande a atividade jurisdicional. A desjudicialização possibilita a formulação de arranjos dentro da sistemática de processos estruturais para trazer maior eficiência à execução (Theodoro Júnior, 2021, p. 160).

A desjudicialização de procedimentos executivos não é um fenômeno recente no Brasil. A proposta da execução fiscal semijudicial é, em verdade, um exemplo de autotutela executiva, fenômeno que convive em nosso sistema marcada pela reserva jurisdicional há pelo menos um século (Pertence Júnior, 2023, p. 03). A título exemplificativo, cita-se o Decreto nº 1.102/1903, que prevê a possibilidade de leilão extrajudicial dos bens oferecidos em warrants, como se observa no artigo 23, § 1º, do Decreto.

Outros exemplos de autotutela executiva se encontram no Decreto-Lei nº 70/1966 e na Lei nº 9.514/1997, ocasião em que o devedor não tem como submeter a um terceiro imparcial a discussão a respeito da existência, certeza e exigibilidade do crédito antes de ser privado de

seus bens e/ou direitos, sujeitando-se à solução imposta por aquele que se apresenta como credor (Yoshikawa, 2010, p. 137). Ou seja, embora pouco utilizados, existem procedimentos em que inclusive a discussão judicial ocorre apenas posteriormente ao ato de constrição.

A destituição da propriedade mediante a participação num procedimento administrativo que siga o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa não implica em inconstitucionalidade. Isso porque, as garantias previstas no art. 5º, LIV e LV, da CF/88, não excluem, a rigor, o processo administrativo. A destituição da propriedade mediante procedimento em contraditório não é, portanto, função exclusiva do Poder Judiciário e não se efetiva apenas em processo judicial. Tanto é assim que o legislador já estabeleceu a possibilidade de expropriação de bens de forma extrajudicial, como ocorre na alienação fiduciária de bem imóvel, nos termos da Lei nº 9.514/1997 (Oliveira, 2020, p. 665). Uma interpretação que entenda que o processo administrativo trâmite à margem dos preceitos constitucionais (devido processo legal) sequer encontraria coerência no Estado de Direito democrático.

Outro grande argumento é a larga utilização de procedimentos administrativos para cobrança da dívida ativa pelos mais variados países, deixando o Brasil em uma posição isolada. O regime da execução fiscal administrativa é adotado em países de diversas culturas jurídicas, como Portugal, Estados Unidos da América, França, Alemanha, México, Angola, Peru, Argentina e Chile. Em todos os países, a própria Fazenda Pública, em regime de autotutela pautado pelo devido processo, possui o poder de executar o crédito público, alienando extrajudicialmente os bens do devedor (Pertence Júnior, 2023, p. 10).

A título exemplificativo, nos Estados Unidos da América, berço de diversos direitos fundamentais, a Administração Federal possui dois modelos para cobrar o crédito tributário, através da cobrança administrativa (*administrative collection procedure*) e da cobrança judicial (*foreclosure action*). A cobrança administrativa é muito mais utilizada em comparação à cobrança judicial, dada a sua celeridade e eficácia, além de

representar um alto impacto para o contribuinte (Godoy, 2003, p. 156). Ademais, a própria cobrança judicial nos Estados Unidos da América é restrita para casos em que há concurso de credores, fato que atrai a competência judicial por conta da natural litigiosidade envolvendo a preferência entre créditos (Godoy, 2009, p. 120).

Dentre outros apontamentos, o processo de execução na atividade de localização do devedor e seus bens não envolve atividade que possua natureza intrinsecamente jurisdicional e demanda atos sem cunho propriamente decisório, tornando a intervenção judicial desnecessária. Durante a lide, a vasta maioria dos atos apenas servem para impulsionar o processo com o intuito de satisfação do crédito perseguido, restando a atividade do magistrado limitada à procedimentos para localizar o credor ou buscar seus bens. São atividades que não há nenhuma controvérsia e que culminam no mau uso do Poder Judiciário, ressalvado quando houver litígios incidentais no curso do procedimento executivo fiscal (Gonçalves, 2015, p. 457).

Wedy (2014), em comentários sobre os problemas da execução fiscal e a proposta do Projeto de Lei nº 5.080/2009, indicou que os problemas da ineficiência da execução fiscal não são propriamente problemas de ineficácia por parte do Poder Judiciário, mas sim ao sistema empregado. Após longa fundamentação, a autora destaca que não é justificável atribuir ao Poder Judiciário a análise de milhares execuções fiscais cujo valor sequer é superior ao próprio custo processual. A mera transferência das atribuições de localização do devedor e atos de constrição do Poder Judiciário para a esfera administrativa não implica em perdas do Judiciário, mas sim em reserva de sua competência para o exame da legalidade dos atos administrativos. A transferência desses atos, que não possuem caráter decisório, permite uma prestação jurisdicional mais célere e qualificada em favor do contribuinte.

O processo tradicional de execução, que nega, inibe ou restringe a autotutela, não é sustentável no sistema atual (Salles, 2019, p. 51). Tal questão se mostra evidente ante a necessidade de eficácia e celeridade

que se exige no processo contemporâneo, que deve também observar os ditames constitucionais.

Yoshikawa (2010, p. 102) aponta que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a constitucionalidade da execução extrajudicial no julgamento do Recurso Extraordinário nº 223.075/DF ocorrido em 23 de junho de 1998, ocasião em que aquela corte analisou a compatibilidade do procedimento do Decreto-lei nº 70/1966 com a Constituição Federal de 1988. Portanto, por mais que hajam críticas ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato é que, caso seja mantido o entendimento tradicional daquele tribunal, a execução extrajudicial dificilmente seria declarada inconstitucional.

Isso sem considerar que o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça têm adotado medidas para reduzir cada vez mais o altíssimo número de execuções fiscais inefetivas, possibilitando a extinção de diversas execuções que possuem alto risco de serem ineficazes. A ideia não é outra além de desafogar o Poder Judiciário de processos que demandam, injustificadamente, de atenção jurisdicional. A título de exemplo, cita-se a Resolução nº 547/2024, que prevê a extinção das execuções fiscais de valores inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais) sem movimentação há mais de um ano e sem bens penhoráveis localizados. A tendência de desjudicialização e de consequente constitucionalidade da medida é alta, pois sequer gerou grandes debates na comunidade científica.

Por fim, uma das principais razões apontadas pela alta judicialização de processos de execução fiscal consiste na priorização da cobrança judicial em detrimento de mecanismos de cobrança administrativa. Os profissionais vinculados aos entes tributantes são obrigados a acionar a estrutura do Poder Judiciário, terceirizando papel primordial que é a arrecadação de recursos para execução dos objetivos do Estado (Barreto, 2019, p. 39). O foco central é que, se a tarefa arrecadatória é encarregada à Administração Pública e inexiste controvérsia jurídica sobre os fatos, não há razão em acionar o Poder Judiciário para realizar atos desprovidos de cunho decisório.

Os argumentos para a desjudicialização igualmente possuem fundamentação adequada, que justifica a mudança da estrutura processual atual. Não é crível que o magistrado perca tempo com processos executivos em atos desprovidos de poder decisório, em detrimento de outras atividades mais complexas, que demandem atenção qualificada do Poder Judiciário. A mão de obra do juiz é altamente qualificada e não pode ser utilizada para sustentar estruturas desnecessárias.

## 3 CONCLUSÃO

A análise da execução fiscal e a proposta de desjudicialização parcial revelam um panorama complexo e desafiador para os operadores do direito e para o sistema tributário brasileiro como um todo. O sistema atual, dominado pelos processos judiciais de execução fiscal, enfrenta graves dificuldades, refletidas pela ineficiência na recuperação de créditos tributários e pelo elevado congestionamento nas varas de execuções fiscais. O grande acúmulo de processos, o excesso de burocracia e o custo elevado de manutenção desse modelo de cobrança têm pressionado o Poder Judiciário e comprometido a capacidade de o Estado realizar a recuperação efetiva dos créditos devidos. Diante disso, a proposta de semijudicialização, ao transferir a atividade de cobrança para a via administrativa, desponta como uma alternativa promissora para mitigar esses problemas.

O deslocamento da execução para a esfera administrativa, em casos onde não há controvérsia jurídica relevante, parece ser uma solução viável, especialmente considerando que a atividade de cobrança, embora fundamental, não demanda necessariamente a intervenção judicial em suas fases mais mecânicas, como a citação e a constrição de bens. A atuação judicial se faz imprescindível apenas em situações onde há ilegalidade, inconstitucionalidade ou alguma questão que envolva a reserva de jurisdição, preservando, assim, o devido processo legal e os direitos dos contribuintes. Essa diferenciação entre as funções administrativas e judiciais, proposta pela desjudicialização parcial, pode trazer

maior celeridade, ao mesmo tempo que garante o acesso ao Judiciário nas ocasiões em que for indispensável.

Os resultados da pesquisa indicam que, embora a proposta de desjudicialização parcial encontre resistência por parte de alguns setores da doutrina, especialmente no que se refere ao respeito aos princípios constitucionais, suas vantagens não podem ser ignoradas. A redução dos custos processuais, a diminuição do tempo de tramitação e o desafogamento do Judiciário são pontos que demonstram o potencial de melhoria na eficiência do sistema de execução fiscal. No entanto, as críticas levantadas quanto à possibilidade de arbitrariedades por parte da Fazenda Pública, caso a cobrança ocorra inteiramente na esfera administrativa, precisam ser cuidadosamente avaliadas. A segurança jurídica, a garantia do devido processo e a preservação dos direitos fundamentais dos contribuintes devem ser pilares intransponíveis em qualquer reforma.

Nesse sentido, a reforma deve ser realizada de forma séria, democrática e pautada em um amplo debate entre todos os atores envolvidos. A separação entre os poderes e o equilíbrio entre a eficiência administrativa e a proteção dos direitos dos contribuintes são aspectos fundamentais que precisam ser harmonizados. A implementação da semijudicialização não pode ocorrer de forma precipitada, mas sim através de uma estrutura legislativa sólida que contemple mecanismos de fiscalização, controle e garantia de acesso ao Judiciário nos casos em que houver necessidade.

Ao analisar os argumentos favoráveis e contrários à desjudicialização parcial, bem como as dificuldades enfrentadas pelo sistema atual de execuções fiscais, conclui-se que a proposta de semijudicialização é uma alternativa adequada ao cenário brasileiro. No entanto, sua implementação demanda um processo cuidadoso de análise e aprimoramento legislativo, visando a assegurar o equilíbrio entre a eficiência na arrecadação tributária e a proteção dos direitos constitucionais. Assim, o aprimoramento do sistema de execução fiscal deve ser visto como um caminho necessário para fortalecer a justiça tributária, garantir a efetividade

arrecadatória do Estado e contribuir para a realização dos objetivos constitucionais, como a justiça social e a dignidade da pessoa humana.

Essa reforma, ao garantir maior eficiência administrativa, deve estar sempre alinhada ao respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes, permitindo que o sistema jurídico opere de forma mais justa e equilibrada, assegurando que tanto o fisco quanto os cidadãos possam ter suas demandas resolvidas de maneira célere e eficaz.

## REFERÊNCIAS

BALTHAZAR, Ubido César. **História do Tributo no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2013.

BARRETO, Aline Fleury. Execuções fiscais no Brasil: estimativas e críticas à cobrança judicial de créditos. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 41, ano 37, p. 25-42, 1º sem./2019.

BAUM, Adler; DOS SANTOS, Liziane. Uma leitura constitucional sobre a desjudicialização da execução fiscal. **Revista de estudos tributários**, Porto Alegre, v. 9, n. 55, p. 109-116, maio/jun., 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/publicacoes/justica-em-numeros/justica-em-numeros-2024/. Acesso em: 15 set. 2024.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Anuário PGFN 2024**. Brasília: PGFN, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros. Acesso em: 15 set. 2024.

CASTRO, Roberta Furtado de Arraes Alencar e. A execução fiscal administrativa versus o direito fundamental ao processo judicial tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 25, n. 135, p. 255-267, out./dez. 2017. Disponível em: https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rtfp/article/view/19/15.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Cortes tributárias e execução fiscal nos Estados Unidos. **Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional**, Brasília, n. 5. p. 146-167, 2003.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 451-471, set., 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

MELO, Carlos Francisco Lopes. Execução fiscal administrativa à luz da constituição federal. **Revista da AGU**, Brasília, v. 11, n. 31, p. 110-142, jan./mar., 2012. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/1e78/e2eedc172e302ec88bdcafe0974500f25e2f.pdf. Acesso em: 23 set. 2024.

PERTENCE JÚNIOR, Carlos Maurício. Autotutela e execução fiscal: os Projetos de Lei 4.257/2019 e 2.488/2022. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 346, ano 48, p. 403-430, dez./2023.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO (SEFAZ/SP). **Dívida ativa:** evolução do estoque da dívida ativa [planilha eletrônica]. Disponível em: https://portal.fazenda.sp.gov.br/acessoinformacao/Paginas/D%C3%ADvida-Ativa.aspx. Acesso em: 15 set. 2024.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Execução fiscal semijudicial no Brasil**: a quebra do paradigma da judicialização. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Ação de direito material e execução fiscal administrativa no contexto da desjudicialização (im)possibilidades constitucionais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 15, n. 2, p. 644-673, 2020. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/index. Acesso em: 23 set. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Comissão Especial de Assuntos Tributários. **Parecer sobre a execução fiscal administrativa**. São Paulo: OAB/SP, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A desjudicialização da execução civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 46, n. 313, p. 153-163, mar., 2021.

WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Proposições alternativas ao processo judicial de execução fiscal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/AnaPaula_Wedy.html. Acesso em: 23 set. 2024.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010.

# A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO CIVIL DESJUDICIALIZADA

Felipe Dutra de Freitas[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, elenca os direitos fundamentais de titularidade dos cidadãos brasileiros, reservando em seu rol, especificamente no inciso LXXVIII, a razoável duração dos processos e a celeridade em sua tramitação, como duas de suas principais prerrogativas processuais.

Dada a sua relevância, a técnica hermenêutica empregada na sua interpretação deve ser voltada a lhe conferir a máxima abrangência, recaindo sobre o Estado o dever de criar fórmulas capazes de instrumentalizá-la e a efetivar no plano concreto. Em observância a esse imperativo, externou o legislador infraconstitucional, ao redigir o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, a preocupação de que o texto atualizado previsse mecanismos aptos a conferir à tutela jurisdicional traços de adequação, efetividade e tempestividade. Reconheceu-se, à época, que de nada adiantaria erigir um novel ordenamento se este fosse incapaz de resgatar a crença dos cidadãos em um Poder Judiciário justo e célere, capaz de atender às demandas manifestas com respeito à utilidade tempestiva da prestação entregue.

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Especialista em Compliance e Gestão de Riscos pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Assessor Jurídico de Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: felipe.dutra.freitas1989@gmail.com.

Nessa toada, os trabalhos propositivos foram orientados ao desenvolvimento de um sistema processual cível direcionado a, dentre outros objetivos, estabelecer prerrogativas para que o magistrado se visse em condições de exarar decisões mais aderentes à realidade fática subjacente à causa. Dentre as inovações instituídas, calha destacar para efeitos deste trabalho a previsão inserida no inciso IV do art. 139 do Código de Processo Civil, que trata dos poderes de direção do processo conferidos ao magistrado.

Diante do fenômeno da constitucionalização do processo civil, este se tornou o *locus* de interpretação das normas jurídicas voltadas a imputar, no caso concreto, a materialização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, era natural que se previsse um amplo espectro de medidas aptas a induzir os participantes ao oportuno cumprimento das ordens judiciais. Especificamente no inciso IV do aludido dispositivo normativo, positivou-se a possibilidade de o juiz se valer de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, tanto para conduzir à decisão final, como também para tutelar a pretensão material reivindicada. Essas medidas, nominadas como executivas atípicas, antes relegadas às obrigações de dar, fazer e entregar segundo o CPC/1973, passaram a alcançar também as obrigações pecuniárias.

Tal movimento expansivo decorreu da admissão de que, para tornar a satisfação das obrigações de pagamento de quantia mais efetivas, se fazia urgente a implementação de ferramentas convidativas não tipificadas em lei, habilitadas para se moldar às peculiaridades da realidade apresentada. O seu manejo foi assim autorizado sempre que se estivesse diante da hipótese de ineficácia dos meios típicos de penhora e expropriação, assim como da percepção de que o executado possuiria condições de adimplir o débito.

Embora inequívocos os avanços propiciados, com o passar do tempo, se percebeu que essa amplificação procedimental, por si só, era insuficiente para conferir às execuções cíveis relativas às obrigações pecuniárias a efetividade esperada, pois incapaz de arrefecer os índices de congestionamento jurisdicionais. A letargia do Poder Judiciário em

relação ao gargalo das execuções civis está expressamente demonstrada nos Relatórios Justiça em Números elaborados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça.

Tomando-se por base exclusivamente o último triênio, apurou-se que dos mais de 83 milhões de processos pendentes de julgamento contabilizados no fim do ano de 2023, mais da metade (56,5%) se referia à fase de execução, sendo 59% desse total relativos a ações executivas de natureza fiscal, e 41% concernentes a processos de execuções civis sem natureza fiscal. No final do ano de 2022, de um total de mais de 81 milhões de processos pendentes de julgamento, mais da metade (52,3%) se referia à fase de execução, sendo 64% desse montante preenchido por ações executivas de natureza fiscal, e 36% relativos a processos de execuções civis sem natureza fiscal. Por fim, em relação ao final do ano de 2021, dos mais de 77 milhões de processos pendentes de julgamento, 53,3% se referiam à fase executiva, sendo 65% desse índice composto por execuções ficais, e os 35% restantes composto por execuções civis sem natureza fiscal.

Em razão desse alarmante cenário estatístico, gradativamente, se passou a debater a possibilidade de se implantar no Brasil um movimento em prol da desjudicialização das execuções civis, a exemplo do que já fora instituído em outros países do mundo, com especial influência do modelo lusitano. A intenção de alteração legislativa foi formalizada através da distribuição do Projeto de Lei n.º 6.204/2019, de iniciativa da Senadora Soraya Thronicke, cuja justificativa principal está vinculada à ideia de descongestionar a jurisdição estatal através da transferência, aos chamados agentes de execução, do processamento dos feitos desta natureza. Com isso, em tese, se aumentam as chances de êxito na satisfação do crédito e se reduz o custo estrutural do Poder Judiciário, além de se disponibilizar uma tramitação mais célere e flexível aos cidadãos, livrando-os dos efeitos prejudiciais causados pelos tempos mortos do processo.

O texto do Projeto de Lei n.º 6.204/2019, todavia, embora totalmente voltado à conquista de maior efetividade às execuções civis, silencia a respeito da possibilidade de os agentes de execução adotarem, na

prática, as medidas executivas atípicas como forma de agregar maiores chances de êxito à tutela satisfativa. Logo, se questiona: no âmbito da execução civil desjudicializada, é cabível a aplicação de medidas executivas atípicas pelo agente de execução?

O aprofundamento do tema se justifica pois, naturalmente, tais medidas anômalas foram concebidas pelo legislador infraconstitucional com o nítido intuito de, no bojo da ação judicial de execução civil, conferir melhor rendimento ao processo em tramitação. Portanto, nada mais lógico do que investigar se, na seara extrajudicial, conhecidamente mais flexível, também tais ferramentas possuem espaço de aplicação segundo os ditames constitucionais, com vistas a substancializar ainda mais a probabilidade de sucesso na satisfação do débito. Outrossim, o exame da matéria é razoável diante da sustentação doutrinária de que a atuação dos agentes de execução é híbrida e, por esta razão, capaz de comportar a realização da ponderação necessária a respeito do meio executivo atípico melhor aplicável à realidade descortinada.

Através de metodologia hipotético-dedutiva e com o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica, objetiva-se elucidar as razões que conduziram à autorização para uso de medidas executivas atípicas nas obrigações pecuniárias, bem como aferir as justificativas que permeiam a proposta de desjudicialização das execuções civis. E, uma vez esclarecidas essas motivações, sob a ótica da interpretação teleológica, trabalha-se com a hipótese de ser admitido o cabimento da utilização de medidas executivas atípicas no âmbito da execução civil desjudicializada, pelos agentes de execução.

## 2 OS MOTIVOS QUE CONDUZIRAM À PREVISÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO CPC/2015 E AO MOVIMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL NO BRASIL

No Brasil, em termos históricos, o Poder Judiciário é o protagonista da justiça. Tradicionalmente, incutiu-se no jurisdicionado a ideia falaciosa de que o acesso à justiça deveria ser interpretado como sinônimo

de acesso aos tribunais estatais, em deferência ao próprio art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Em razão dessa cultura amplamente arraigada, se tornou difícil conceber a entrega da tutela jurisdicional por outro sujeito que não ocupante do cargo de juiz togado. A crença de que a obtenção da tutela jurisdicional justa e efetiva necessitaria percorrer todas as fases de um processo judicialmente proposto, porém, acarretou verdadeiro cenário patológico e crônico na justiça brasileira (Bortoluci, 2022, p. 135).

Ao se examinar os cadernos do Justiça em Números elaborados ano a ano pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível apurar que o tempo médio de tramitação de um processo de execução é significativamente superior ao dos processos de conhecimento. De fato, não se pode ignorar que, via de regra, as questões submetidas à apreciação judicial na fase cognitiva são mais complexas do que aquelas discutidas no bojo executório. Entretanto, faz-se importante relembrar que, de início, sequer se entendia que a atividade executiva possuía natureza jurisdicional. Para quem se filiava a essa corrente, a jurisdição se limitava à função declaratória, não englobando qualquer ato de execução. Felizmente, esse conceito foi superado e a jurisdição deixou de ser definida como a atividade estatal de enunciar o direito, para ser compreendida como a função pública responsável por solucionar o conflito (Bueno; Arsuffi, 2022, p. 512-514).

Para que seja capaz de sanar a divergência, todavia, não pode a jurisdição se ver carente de mecanismos concebidos para proporcionar a efetiva e adequada realização dos direitos abstratamente reconhecidos, sob pena de ser ainda mais injusta do que um ordenamento que nem mesmo disponha de uma sistemática processual organizada. O exercício da autoridade jurisdicional é, na verdade, o único meio de conceder efetiva salvaguarda às promessas do Estado. Do contrário, desacompanhada esta do poder de tornar efetivas as suas decisões e os direitos previstos em seus estatutos normativos, então se revela mera promessa inofensiva (Arenhart, 2021, p. 210-211). O presente artigo parte da premissa de que, para contornar a ausência de voluntariedade no cumprimento das obrigações, é constitucionalmente possível e, até mesmo obrigatório ao

Legislativo, positivar no ordenamento instrumentos capazes de pressionar o devedor em seu aspecto psicológico, mediante avisos de piora em sua situação causada pela restrição de seus direitos (Neves, 2017, p. 109).

Inequivocamente, conhece-se a imposição constitucional de obediência às liberdades e ao mínimo existencial. Por isso, se apregoa que a chave para o êxito de um sistema processual reside na temperança entre a liberdade e a autoridade ou, por outras palavras, entre a defesa dos interesses individuais simultaneamente à proteção das prerrogativas de índole social (Arenhart, 2021, p. 211-212). Isso significa dizer que os direitos fundamentais ancorados nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal podem ser resumidos na garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. E os meios de execução – típicos e atípicos – assumem a dimensão fortalecedora da fisiologia do processo (Doutor, 2018, p. 301).

Em decorrência do avanço do nível de complexidade que permeia as relações sociais e do consequente aperfeiçoamento da ciência processual, os especialistas verificaram que o clássico modelo da execução, estruturado na sub-rogação, implicava muitas situações nas quais a frustração do credor vitorioso era cenário de repetição contumaz. E, por esta razão, a melhor doutrina iniciou o seu movimento de influência ao legislador pátrio, conduzindo-o a adotar com maior relevo a técnica da tutela específica, a fim de satisfazer efetivamente o interesse do credor (Cruz e Tucci, 2016). O legislador infraconstitucional, ao redigir a novel legislação processual civil, trabalhou com o objetivo de extinguir a divisão presente no código anterior entre os processos de conhecimento e execução de sentença. Com isso, buscou estabelecer na lei positivada mecanismos que habilitassem o operador do direito a desconstruir essa barreira que atentava contra a efetividade da prestação jurisdicional (Arenhart, 2021, p. 216-217).

Diante da insistência do devedor que não se submete espontaneamente aos termos da decisão que lhe fora desfavorável, o Código de Processo Civil de 2015 optou, então, por atribuir ao juiz, quando frente a frente com certa situação concreta, o poder de impor medidas de

convencimento atípicas (Tucci, 2016). Nesse cenário imiscuído por motivações de objetiva efetividade, positivou-se o regramento contido no art. 139, IV, do CPC, que conferiu ao magistrado o poder de comandar todas as medidas necessariamente adequadas para promover o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tivessem por objeto prestação pecuniária. Ainda que se possa questionar a opção pela qual o dispositivo foi inserido no rol de preceitos que regulamentam os poderes do juiz (ao invés de ser colocado junto daqueles que disciplinam o cumprimento de sentença e a execução), fato é que, uma vez bem interpretado, demonstrou relevante potencial disruptivo com o antigo modo de conceber a atuação executiva judicial (Arenhart, 2021, p. 217).

De fato, desde a inserção do art. 461 na legislação processual civil antecedente, em 1994, que *a posteriori* veio a ser acrescido do art. 461-A, as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa passaram a deter uma sistemática radicalmente distinta das obrigações pecuniárias para sua efetivação. O magistrado passou a contar com o poder de emitir ordens, cujo cumprimento era realizado de ofício e através de medidas de sub-rogação ou indução abertas, isto é, não obrigatoriamente regradas por lei. A mesma lógica foi mantida pelo código em vigor, como se percebe dos arts. 536 e seguintes, que atribuem ampla gama instrumental ao juiz para realizar os direitos que reconhece, deixando evidente a presença do *imperium* nessa atuação (Arenhart, 2021, p. 217). Denota-se, portanto, que a positivação do art. 139, IV, do CPC, além de reparar essa distinção injustificada, consagrou oficialmente a viabilidade de serem postas em prática medidas executivas restritivas de prerrogativas do executado inclusive nas obrigação de pagar quantia certa (Neves, 2017, p. 111). Como pondera Marcelo Lima Guerra:

> É tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades (Guerra, 2003, p. 66).

Diante dessa insuperável realidade, o denominado princípio da tipicidade dos meios executivos cedeu espaço ao princípio da concentração dos poderes de execução do juiz, ou princípio da atipicidade. Juridicamente, se deu prosseguimento à tendência antes verificada de ampliação dos poderes do magistrado, inaugurando-se uma espécie de poder geral de efetivação executiva. Este, em seu âmago, oportunizou ao julgador se valer dos meios executivos que identificasse como mais adequados ao caso concreto para satisfazer a prestação pecuniária de titularidade do credor (Didier Junior *et al.,* 2017, p. 228).

Desse modo, constata-se que a inserção do comando encerrado pelo art. 139, IV, do CPC de 2015, trazida pelo imperativo da efetividade, consistiu em um passo fundamental para que se pudesse romper aquele cordão umbilical que atrelava a execução civil brasileira a um modelo superado. Aparentemente, também se pensava que essa regra poderia ser capaz de destrinchar por si só as diversas barreiras tradicionalmente erguidas para que os direitos creditícios pudessem ser, enfim, adequadamente protegidos em juízo (Arenhart, 2021, p. 218). Entretanto, parece ser consenso entre os especialistas que, mesmo acompanhado de resultados positivos, o cenário mais otimista não se confirmou.

De fato, o processo legislativo que culminou com o advento da Lei 13.105/2015, desafortunadamente, passou ao entorno de tópicos essenciais relacionados à execução que, pelo menos em tese, seriam capazes de conduzir a um processo executivo substancialmente mais efetivo (Gajardoni, 2015). O processo de execução civil brasileiro, historicamente arcaico, lidava rotineiramente com a ameaça de pretensões insatisfeitas e de resultados incertos, sendo que as novidades legislativas trazidas nesta seara não repercutiram toda a positividade que se projetava na prática forense (Alvim; Figueira Junior, 2021).

Inequivocamente, o aprimoramento jurídico orientado pelo vetor finalístico da efetividade rendeu importante evolução na sistemática processual civil, precipuamente com vistas a cumprir a promessa constitucional de celeridade do processo judicial. Passados quase dez anos,

porém, não se vislumbra que a utilização de meios executivos atípicos tenha sido suficiente para suplantar as mazelas da execução, que permanece robustecendo diversos gargalos ao longo de sua trajetória.

Sob a ótica do aparelhamento jurisdicional, houve avanço na ciência processual no que toca à existência de mecanismos projetados para compelir o devedor que oculta deliberadamente o seu patrimônio a satisfazer o crédito reclamado pelo exequente (Silvestre, 2024, p. 133). No entanto, a simples manobra histórica de reforço ao protagonismo do Poder Judiciário, através da concessão de novos poderes aos magistrados, se revelou inócua para reduzir o acúmulo gigantesco de processos que atrasam a efetivação da prestação jurisdicional. Para combater esse cenário de eclosão da litigiosidade, mostra-se necessário alterar a cultura da inobservância normativa, da inadimplência e da resistência ao cumprimento voluntário dos comandos jurisdicionais. Ao que tudo indica, a superação deste histórico retroalimentado pela positivação de noveis medidas meramente paliativas passa, necessariamente, por reflexões ainda não concluídas, às quais incumbe oxigenar o modelo jurisdicional estatal para que possa ser modernizado de acordo com as tendências dos movimentos sociais e com as diretrizes internacionalmente assumidas (Figueira Junior, 2020).

Neste cenário, em que múltiplos fatores interagem entre si em busca da promoção da justiça, a desjudicialização exsurgiu como *"técnica resolutiva, inclusiva e eficiente para a realização dos direitos dos jurisdicionados"* (Figueira Junior, 2020). À vista disso, pode-se afirmar que a extrajudicialização despontou como procedimentalização adequada, efetiva e tempestiva, inaugurando um promissor caminho sem volta que há muito o Brasil já se encontra trilhando. Há 20 anos, essa percepção foi descortinada com a Lei n.º 10.931/04, que instituiu a retificação do registro imobiliário sem a atuação do Estado-juiz; em seguida, sobreveio a edição de tantas outras, tais como: inventário, separação e divórcio (Lei n.º 11.441/07), da retificação de registro civil (Lei n.º 13.484/17) e da usucapião instituída pelo Código de 2015 (art. 1.071 - LRP, art. 216-A) (Figueira Junior, 2020). Também nesse rol, merece destaque a possibilidade

de apresentação da decisão condenatória junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente para, independente de autorização do magistrado, ser constituída hipoteca judiciária destinada a estabelecer ao credor uma garantia real a lhe robustecer a preferência no recebimento do seu crédito.

Em relação à desjudicialização da execução civil propriamente dita, cabe destacar que o seu aproveitamento para a especialização da tutela satisfativa, bem como o seu modelo de operacionalização, são fatores bem justificados e esclarecidos no Projeto de Lei n.º 6.204/19. Nesse, sugere-se ampliar as atribuições dos tabeliães de protesto, na condição de delegatários constitucionais dos serviços prestados pelo Poder Judiciário (CF, art. 236, *caput*), a fim de que passem a atuar também como agentes de execução (Alvim; Figueira Junior, 2021). A proposta legislativa traz novidades oportunas e auspiciosas, já que orientadas a minimizar problemas atuais e inibir os que se avizinham. Os meandros da sua lógica de funcionamento adotam a linha de pensamento que prega que a redução de demandas executivas, além de desafogar sensivelmente o Judiciário, pode conferir aos juízes mais tempo para se dedicarem à prática de atos efetivamente jurisdicionais. Nitidamente, são medidas de auxílio ao Poder Judiciário, tanto desafogando-o em benefício de todos, como também preservando o espaço do julgador, que permanece com poder decisório e fiscalizador, como por exemplo, nos casos de embargos à execução ou de terceiros (Alvim; Figueira Junior, 2021).

A proposta formalizada pela Senadora Soraya Thronicke traz em seu bojo objetivos claros e atrelados à motivação propositiva de imprimir maior efetividade à satisfação de créditos representados por dívidas líquidas, certas e exigíveis. Projeta-se um modelo de trabalho que labora sob o ideal de implementação de uma sistemática executiva mais econômica e simplificada, além de positivamente impactante na minoração do número de processos pendentes de julgamento no Poder Judiciário. Na justificativa apresentada perante o Congresso Nacional, cogitou-se da entrega de uma economia aproximada de 65 bilhões de reais para os cofres

públicos, cuja concretização envolveria ainda algumas modificações nos arts. 9º e 11 da Lei 9.430/96 (Figueira Junior, 2020).

Em termos práticos, a desjudicialização da execução civil difundida através do Projeto de Lei n.º 6.204/2019, com clara inspiração lusitana, vigoraria sob a seguinte estrutura: ao credor, aparelhado pelo título executivo judicial ou extrajudicial, devidamente representado por advogado, incumbiria protocolar um requerimento ao tabelionato de protesto. Neste, seria constituído um instrumento a ser cumprido pelo tabelião de protesto (na qualidade de agente de execução), que ficaria encarregado da citação do devedor, da penhora, da avaliação e do cumprimento dos demais atos de expropriação (Rodrigues; Rangel, 2020).

A partir do cotejo dos ideais retratados no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015, se nota a presença de constante busca pela proteção de direitos que já foram declarados em favor dos seus respectivos titulares, mas que não foram efetivados (Vieira; Costa, 2021, p. 99). Pelo que se pode perceber, ao reconhecer a obsolescência do modelo anterior, o Código de Processo Civil de 2015 optou por internalizar um minissistema de efetivação das obrigações que fosse mais efetivo do que aquele que o antecedeu, previsto no Código de Processo Civil de 1973. Dentre as várias inovações já retratadas, destaca-se o fato de a) ao invés de visualizar na expropriação o exclusivo procedimento de satisfação da obrigação de pagar quantia, ter escolhido apostar na diversificação, possibilitando que diversas medidas executivas fossem utilizadas para o mesmo objetivo; e, ainda, a circunstância de b) no lugar da tipicidade dos meios executivos, ter adotado um sistema misto, facultando o desenvolvimento de técnicas atípicas para obter o cumprimento da obrigação (Rodrigues; Rangel, 2020). Para que o Projeto de Lei n.º 6.204/2019 consiga repetir a positiva disrupção sistemática realizada pelo art. 139, IV, do CPC/2015, a toda evidência, é imperativo que sejam precisados os instrumentos ao alcance dos credores e dos agentes de execução orientados à satisfação do crédito (Bortoluci, 2022, p. 142).

Como se percebe, inapelavelmente, o art. 139, IV, do CPC/2015, flexibilizou mais a execução por quantia em comparação com o regime previsto pelo CPC/1973. Esta interpretação, inquestionável por si só, tem uma clara finalidade de ser: desde o anteprojeto que resulto no texto do CPC/2015, a preocupação anunciada pelos juristas que o elaboraram recaía sobre a exigência de conferir métodos que promovessem melhorias na efetivação dos direitos, com o objetivo de reduzir as execuções frustradas (Rodrigues; Rangel, 2020). Não se pretende aqui simplesmente aludir à noção de economia interna do processo, ou seja, da sustentabilidade no aproveitamento de recursos sob uma perspectiva endoprocessual. Para que se perceba o êxito por trás da previsão de medidas executivas atípicas e da proposta de desjudicialização da execução civil, é imprescindível que se compreenda a ação judicial como um serviço público, cujo processamento demanda recursos que são finitos. É preciso, então, diagramar um sistema processual que atue efetivamente, isto é, concretizando as prestações declaradas em abstrato, mediante o emprego eficiente dos recursos públicos, que precisam ser manejados de forma racional (Arenhart, 2021, p. 212-213).

Como se evidencia, o aspecto relevante para o aprimoramento da sistemática das execuções civis carece da tomada de consciência a respeito dos motivos que justificaram as atualizações procedimentais já realizadas. Porém, deve ser eleita como base para este movimento uma produção legislativa orientada pela interpretação teleológica, ou seja, finalística dos institutos, sob pena de se conceber novos instrumentos atrelados à tendência histórica de empoderamento dos magistrados e, consequentemente, de inchaço da máquina estatal. Portanto, urge que se examine, no âmbito da proposta desjudicializante e sob os vértices destacados, os limites de atuação do agente de execução na aplicação das medidas executivas, à luz da Constituição Federal, da eficiência e da efetividade perseguidas (Bortoluci, 2022, p. 141).

## 3 AS FUNÇÕES DO AGENTE DE EXECUÇÃO À LUZ DO PROJETO DE LEI N.º 6.204/2019 E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Entre os variados desafios da atividade executiva, a localização de bens suscetíveis de serem utilizados para satisfazer o crédito exigido não somente constitui um imperativo, senão que, na seara da execução civil, se revela também como uma exigência jurídico-formal do próprio ordenamento jurídico, bem como um atributo de natureza satisfativa ostentado pelo serviço público da justiça (Gaio Junior, 2020, p. 5). Isso significa dizer que o resultado do processo interpretativo dos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, só consegue ser fidedigno à dogmática contemporânea dos direitos fundamentais se promover, pela potencialização interpretativa dos seus termos, uma eficácia otimizada do direito de acesso à justiça (Doutor, 2018, p. 300).

Nesse sentido, é prioritário que se tenha presente, quando da elaboração de uma lei, que devem ser ponderados todos os aspectos caracterizadores do ordenamento na qual esta será inserida. No caso das execuções civis, um desses fatores a ser levado em consideração é a impossibilidade material de se fomentar, contemporaneamente, o falacioso mito da administração da justiça prestada exclusivamente por magistrados (Alvim; Figueira Junior, 2021). Essa cultura encontra gênese na crença que exalta ser verdadeiro que o princípio da eficiência deve ser obrigatoriamente atrelado à organização e função administrativa da Justiça Pública, relegando a sua aplicação ao processo judicial a um plano de módico aprofundamento intelectual. Esse paradigma histórico foi objeto de importante desconstrução a partir da previsão inserida no art. 8º do CPC/2015, que previu a incidência do princípio da eficiência diretamente sobre o processo (Bueno; Arsuffi, 2022, p. 511).

Entretanto, da mesma forma que não se pode confundir eficiência com celeridade, não se pode permitir a procriação de devaneios que defendam a simples criação de procedimentos como medida suficiente

para a garantia de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. Ou seja, muito mais importante do que prever a tramitação do rito processual, é a relevância que se deve atribuir ao fornecimento de técnicas pertinentes e de meios executivos efetivos para impulsionar as chances de êxito da tutela satisfativa (Doutor, 2018, p. 301). Dentro desta linha de raciocínio, fica claro que pouco adianta um ordenamento jurídico preocupado com imprimir celeridade aos seus processos, caso em seu âmbito de atuação ocorram violações aos direitos e as garantias fundamentais. Igualmente, se pode afirmar que pequena é a serventia pública de um processo que, embora célere, implique no protocolo de inúmeros recursos e ações autônomas em razão de sua falta de efetividade (Bueno; Arsuffi, 2022, p. 508).

No particular, é importante lembrar que existe um direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que assegura a concretização dos direitos, incluindo o acesso a instrumentos adequados para a execução das decisões judiciais. Se esse preceito fundamental possui uma dimensão positiva, que impõe ao Estado a tomada de ações para garantir a sua concretização, então é evidente que a garantia de acesso exige que os interesses submetidos ao conhecimento da jurisdição sejam não apenas examinados de maneira adequada, tempestiva e efetiva, mas também, caso reconhecidos, prontamente aplicados à parte que resiste ao seu cumprimento. Logo, se existe o direito de quem busca a proteção jurídica, também há que se fazer presente o dever do Estado de fornecer os meios necessários para isso. Isso significa que faz parte da própria função parlamentar do Estado a disponibilização, aos operadores do direito, de mecanismos capazes de garantir o cumprimento das decisões exaradas (Arenhart, 2021, p. 218).

Como é sabido, a ideia de um sistema envolve um conjunto de elementos conectados por um critério ou princípio comum. No caso, o critério que orienta o sistema de materialização de direitos previsto no Código de Processo Civil, conforme amplamente demonstrado, é o princípio da efetividade, ou seja, a busca pela satisfação do credor da forma mais eficaz possível. Portanto, desde que essas medidas não violem direitos fundamentais,

não constituam ato ilícito e não ultrapassem seu caráter coercitivo, elas devem ser aplicadas de maneira ampla, seja na esfera judicial, ou extrajudicial. No entanto, seu uso estará sempre condicionado a um fator crucial: sua efetividade, ou seja, sua capacidade real de levar ao cumprimento da ordem portada pelo credor (Arenhart, 2021, p. 220-222).

Transpondo-se essas diretrizes para o exame da proposta constante do Projeto de Lei n.º 6.204/2019, observa-se que as modificações projetadas visam à implantação de um modelo normativo transversal de acesso à justiça. Quer dizer, a principal premissa a ser fixada é de que a desjudicialização do procedimento executivo cível não deve ser interpretada como um obstáculo de acessibilidade, mas sim como um propulsor de efetividade aos processos desta natureza. Paira, em verdade, uma séria preocupação de *accountability* deste procedimento extrajudicial, que se traduz na previsão de inúmeros dispositivos estabelecendo que o controle e fiscalização de seu funcionamento serão submetidos ao Judiciário. A título exemplificativo, enumera-se a possibilidade de oposição dos embargos do devedor (art. 18); de solução de questões controvertidas pelas partes (art. 20, § 1º) ou por terceiros (art. 4º, X) e, ainda, pelo próprio agente de execução (art. 4º, IX, e 21, § 1º) (Bortoluci, 2022, p. 137).

Inequívoco, assim, que não se está a enfraquecer um direito constitucionalmente conquistado para supervalorizar a celeridade processual, especialmente porque a desjudicialização da execução civil não atenta contra os ideais da inafastabilidade da jurisdição, ou do acesso à justiça. Pelo contrário, em seu âmago está previsto um sistema de comunicação entre o agente de execução, o juízo responsável e o procedimento que for conduzido. Há a constante possibilidade de as partes ou do próprio agente de execução reivindicar a atuação do Estado-juiz, através da formulação de consultas ou suscitações referentes a questões relacionadas ao título e ao procedimento executivo de forma geral (Alvim; Figueira Junior, 2021).

Na verdade, ao se propor a desjudicialização da execução civil, não se está a negar o caráter jurisdicional do processo executivo. Com efeito, o procedimento de execução permanece composto pela atividade

jurisdicional, de forma que se almeja apenas retirar do juiz a responsabilidade pelos atos executivos rotineiros (Bortoluci, 2022, p. 138). E, justamente por ser mantida a natureza jurisdicional é que se afirma ser híbrida a função a ser desempenhada pelos agentes de execução e, também por isso, se defende a sua competência para analisar, em concreto, o cabimento de medidas executivas atípicas suficientes para a satisfação da obrigação de pagamento.

Segundo o PL n.º 6.204/2019, o agente de execução atuaria como delegatário do *ius imperium* para a presidência do procedimento executivo extrajudicialmente. Em razão dos constantes influxos entre o Código de Processo Civil e a Constituição Federal de 1988, os atos por si praticados ficam submetidos a controle de validade pelo Poder Judiciário. E é justamente na anamnese do cerne dos limites de atuação do agente de execução que reside o âmago do problema cuja resposta se almeja: a aplicação de medidas executivas atípicas dialoga em harmonia com os poderes conferidos a este agente pelo art. 4º do Projeto de Lei n.º 6.204/2019, bem como com as normas constitucionais?

Diante da inegável influência internacional, inicia-se a resposta à aludida indagação a partir da constatação de que, no Código de Processo Civil de Portugal, os agentes de execução trabalham com autonomia e iniciativa, porém sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário (Alvim; Figueira Junior, 2021). Rui Pinto procura sistematizar os atos praticados pelo agente de execução em três modalidades:

> a) Atos executivos *proprio sensu*, que são aqueles de realização material da pretensão coativa da prestação, *ex vi* da penhora, busca e apreensão de bens, recebimento do pagamento voluntário. b) Atos decisórios, estes caracterizados como atos onde o Agente de Execução soluciona questão jurídica, seja de ofício ou a pedido, como, por exemplo, reforço de penhora, escolha, nomeação e remoção de depositário, autorização de pagamento por consignação de rendimentos, extinção da execução, dentre outros. c) Atos não executivos, que são aqueles representados pela citação, notificação e publicação, solicitação direta do auxílio das autoridades

> policiais, pedido de despacho judicial autorizativo de entrada em domicílio etc (2017, p. 134).

Ao analisar a justificativa apresentada pela senadora Soraya Thronicke, percebe-se que ela destacou a responsabilidade do agente de execução em conduzir todo o procedimento e, sempre que necessário, consultar o juízo competente para esclarecer dúvidas levantadas pelas partes ou por ele mesmo, além de solicitar eventuais medidas coercitivas. No entanto, parece que essas medidas coercitivas mencionadas não se referem às técnicas executivas tradicionais, mas sim às chamadas medidas de força ou coerção previstas no artigo 20 do PL n.º 6.204/2019, que devem ser executadas pela autoridade policial sob ordem judicial. Mesmo que essa interpretação não fosse correta, embora todos os indícios apontem que sim, não há maiores esclarecimentos sobre a tipicidade ou atipicidade dessas medidas. O texto do Projeto de Lei n.º 6.204/2019 menciona expressamente a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (artigo 1º), mas não detalha como isso se daria na prática, o que acaba por aumentar a sensação de incerteza. (Rodrigues; Rangel, 2020). No art. 4º do Projeto de Lei n.º 6.204/2019, por sua vez, constam como atribuições do agente de execução, *in verbis:*

> I – examinar o requerimento e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência; II – consultar a base de dados mínima obrigatória, nos termos do art. 29, para localização do devedor e de seu patrimônio; III – efetuar a citação do executado para pagamento do título, com os acréscimos legais; IV – efetuar a penhora e a avaliação dos bens; V – realizar atos de expropriação; VI – realizar o pagamento ao exequente; VII – extinguir a execução; VIII – suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito; IX – consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante; X – encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas (Senado Federal, 2019).

Da leitura do excerto reproduzido, em confronto com as características do modelo lusitano que, por sua vez, serve de inspiração à congressista brasileira, não se pode negar que embora a maioria dos atos de atribuição do agente de execução tenha uma natureza predominantemente material, alguns desses detêm um caráter bastante próximo ao jurisdicional. Nessa gama exemplificativa, se enquadram a ordem de emenda do requerimento inicial, sob pena de cancelamento do processo (artigo 9º); a fixação de honorários advocatícios para o credor (artigo 10, *caput*); a consulta a bases de dados (artigo 10, §3º); a avaliação da correção da penhora (artigo 19); bem como a suspensão e extinção da execução (artigos 15 e 17) (Rodrigues; Rangel, 2020).

Simultaneamente, tendo em vista o equilíbrio e a moderação que devem guiar a busca pela efetividade no processo civil, entende-se que a discricionariedade que o agente de execução deve exercer na escolha dos meios para impor o cumprimento da obrigação de pagamento deve seguir, assim como os parâmetros que orientam a atuação do juiz togado, quatro critérios fundamentais: i) o dever de garantir a máxima efetividade; ii) o respeito às demais garantias fundamentais, especialmente as concedidas à parte que deve se submeter à essa execução; iii) o critério da proporcionalidade aplicado a todo o processo e suas ramificações; e iv) quando houver mais de um meio igualmente eficaz, a preferência pela opção que imponha o menor ônus possível ao executado (Arenhart, 2021, p. 222). Indubitavelmente, uma coisa é certa: o parlamento precisa reconhecer que a efetividade na realização do direito declarado em abstrato é tão, ou até mais importante, quanto a sua própria declaração. Como bem pondera Maurício Pereira Doutor, *"as alternativas predispostas na lei processual muitas vezes não serão bastantes para a realização do direito material reconhecido. A solução seria resignar-se com a inefetividade? A resposta só pode ser não (2018, p. 309)"*.

Nesse cenário, diante da existência de atos dotados de natureza jurisdicional no âmbito do PL n.º 6.204/2019 e face aos critérios que orientam a escolha dos meios para impor o cumprimento de obrigações,

adere-se à hipótese de ser aceita a aplicação de medidas executivas atípicas no âmbito das execuções civis desjudicializadas pelos agentes de execução. A título exemplificativo, cita-se as opções de bloqueio da possibilidade de contratação de novos financiamentos e de cartões de crédito como mecanismos que podem ser utilizados por esses profissionais, caso verificada a sua potencialidade para contribuir com o desfecho positivo da tutela satisfativa. Trata-se, pois, de instrumentos bastante próximos da rotina típica dos tabeliães de protesto que, caso venham a ser confirmados como os servidores destacados para o desempenho desse ofício, não teriam dificuldades em levá-las a efeito.

Aliás, o potencial de ser adotada a obstaculização de contratação de novos financiamentos como medida executiva atípica já foi objeto de exame por Gajardoni (2015), ao discorrer a respeito das possibilidades ao alcance do Poder Judiciário para cumprir com o seu poder-dever de garantir a efetividade do processo:

> Ilustrativamente, não efetuado o pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito, e superados os expedientes tradicionais de adimplemento (penhora de dinheiro e bens), seria lícito o estabelecimento da medida coercitiva/indutiva de suspensão do direito a conduzir veículo automotor até pagamento do débito (inclusive com apreensão da CNH do devedor); não efetuado pagamento de verbas salariais devidas a funcionários da empresa, possível o estabelecimento de vedação à contratação de novos funcionários até que seja saldada a dívida; não efetuado o pagamento de financiamento bancário na forma e no prazo avençados, possível, até que se tenha a quitação, que se obstem novos financiamentos, ou mesmo a participação do devedor em licitações (como de ordinário já acontece com pessoas jurídicas em débito tributário com o Poder Público) (Gajardoni, 2015).

Analogicamente, ao discutir a possibilidade de o agente de execução alterar a ordem preferencial de penhora, Bortuluci (2022, p. 143) argumenta que, dado o que está previsto no art. 835, §1º, do CPC, esse

raciocínio deve ser aplicado de maneira extensiva. Logo, já que tanto o juiz togado como o agente de execução exercem funções que são próprias do Estado, mesmo que em esferas de competência diferentes, não há motivo para não conceder ao segundo a mesma prerrogativa, com o objetivo de promover a eficiência e a efetividade da execução fora do âmbito judicial. Ao se valer do mesmo raciocínio e se adotar como pontos de partida (i) que a desjudicialização da execução civil é uma proposta fruto da interpretação teleológica dos novos instrumentos jurídicos a ingressar no ordenamento jurídico; e que (ii) a função desempenhada pelos agentes de execução é híbrida, bem como suscetível de controle pelo Poder Judiciário, entende-se que para si também deve ser estendida a possibilidade de aplicação de medidas executivas atípicas. Essa filosofia jurídica expansionista, amparada no exame da finalidade dos institutos procedimentais, dialoga em harmonia com as prerrogativas constitucionais, bem como demonstra aptidão para conferir evolução ao cumprimento da promessa de maior efetividade no processo civil.

Não há dúvidas de que a execução civil sempre foi um flanco desguarnecido do sistema processual brasileiro, especialmente diante da rotineira repetição do bordão *"ganhou (no processo de conhecimento) mas não levou (na fase de cumprimento ou execução)"* (Streck; Nunes, 2016). Todavia, isso não permite que sejam fomentados ou tolerados noveis institutos processuais que, desacompanhados de maior reflexão, promovam resultados desconectados das acepções de adequação, efetividade e tempestividade. Se o justo processo representa a ampliação do direito de acesso à justiça de maneira participativa e dialógica, qualquer medida que visa ampliar a promoção desse acesso reforça a garantia que pode neutralizar a ameaça à sua integridade. Além disso, pode-se pensar que o simples fato de exigir a autorização prévia do Poder Judiciário para aplicar uma medida executiva atípica poderia contrariar a própria desburocratização desejada, pois, indiretamente, resultaria em judicialização ao utilizar um método cujo principal objetivo é justamente a desjudicialização (Rodrigues; Rangel, 2020).

Em última análise, sustentar a viabilidade da aplicação de medidas executivas atípicas no âmbito da execução civil desjudicialização, pelo próprio agente da execução, é reiterar a busca pela efetividade material da tutela satisfativa que permeia esse movimento. O objetivo é prevenir que uma técnica destinada a melhorar o resultado concreto do procedimento seja sujeita a requisitos que apenas retardem a proteção jurídica, evitando assim mais um problema que prejudica a efetividade (Osna, 2023).

## 4 CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 inovou em relação ao sistema anterior, rompendo com conceitos fechados ao estabelecer, em seu conteúdo, que o processo civil deveria ser organizado, regulado e interpretado de acordo com os princípios constitucionais. Ao eleger essas virtudes como elementos norteadores, optou o legislador infraconstitucional por perseguir o objetivo de garantir a plena eficácia da prestação jurisdicional, tornando o processo atual mais adequado, efetivo e tempestivo.

Na gênese desse movimento, inicialmente, se identificou que o excesso de demandas no judiciário brasileiro se encontrava dentre as principais causas da ineficiência na prestação da tutela jurisdicional. Em especial, as demandas na fase de execução, que deveriam ser rápidas e eficientes, se revelaram as mais afetadas pela sobrecarga do Poder Judiciário. Com esse intuito, o CPC/2015 introduziu uma importante inovação ao direito processual, atribuindo ao juiz o dever-poder de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que envolvessem prestação pecuniária.

No entanto, o avançar dos anos bastou para demonstrar que a utilização de meios executivos atípicos seria por si só insuficiente para superar os problemas enfrentados na fase de execução, já que permaneceram presentes diversos obstáculos temporais e patrimoniais a elidir a concretização da etapa satisfativa. A intenção do legislador infraconstitucional ao redigir

o art. 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, inequivocamente, era ampliar o leque de mecanismos à disposição do credor para, uma vez operacionalizados pelo juiz, compelir o devedor que oculta patrimônio a satisfazer a dívida com maior celeridade. Nessa perspectiva, sem dúvida, houve avanços. Entretanto, o congestionamento processual persistente desconstruiu os prognósticos mais otimistas e confirmou as significativas chances êxito do mau pagador em suas manobras de manipulação patrimonial.

Diante disso, à previsão de novos instrumentos processuais, aliou-se a discussão em torno da viabilidade de se promover a desjudicialização das execuções civis, corporificada pelo Projeto de Lei n.º 6.204/2019, como forma de contribuir para solucionar o problema da ineficácia da tutela jurisdicional executiva. A proposta traz em seu âmago o intuito de retratar o uso da desjudicialização como um mecanismo de agilização do processo que, embora incapaz de extinguir totalmente a frustração da execução, é suficientemente capaz de agilizar a busca e expropriação patrimonial em lapso temporal mais enxuto do que aquele percorrido através das diligências judiciais. Em seu âmbito, o controle e a fiscalização das execuções ainda permanecem submetidos ao Judiciário, o que torna essencial elucidar as funções do agente de execução para evitar a constante intervenção estatal, impedindo que essa venha a tolher o principal trunfo do processo extrajudicial, precipuamente atrelado à sua fluidez.

Ao se examinar a proposta de alteração legislativa, se percebe que embora no Projeto de Lei n.º 6.204/2019 a maioria das medidas a serem executadas pelo agente de execução tenha caráter puramente material, algumas dessas medidas se aproximam de funções jurisdicionais. Logo, vislumbra-se como admissível que este agente possa se valer de medidas tais quais aquelas inseridas à disposição do magistrado para, no curso do processo executivo cível, primar pelo tempestivo do adimplemento da dívida.

A par das constatações erigidas, considerando-se que o processo civil contemporâneo, à luz dos ditames constitucionais, visa justamente à concretização de uma atividade jurisdicional satisfativa em tempo hábil, mesmo ao alvedrio de previsão legal específica, entende-se que é legítima

a utilização de medidas executivas atípicas pelo agente de execução. E isto porque, essa autorização de uso de instrumentos anômalos dialoga em harmonia com a própria motivação legislativa por trás da proposta da desjudicialização dos processos desta natureza, cujo escopo é precipuamente conferir maiores índices de êxito na etapa de realização do crédito. De certa forma, não haveria razões para lutar pela tramitação dos processos de execução civil *extra muros* em relação ao Poder Judiciário se, simultaneamente, não se manifestasse proporcional preocupação com o aparelhamento dos agentes de execução, conferindo-lhes técnicas espelhadas a aquelas ao alcance dos magistrados para agregar efetividade à tutela jurídica.

A autorização para o uso, pelos agentes de execução, de medidas executivas atípicas no bojo da execução civil desjudicializada que, sabidamente, permanece sob a supervisão do Poder Judiciário, se revela um movimento amparado em uma interpretação teleológica e sistemática. Debruçando-se sobre as justificativas inseridas no Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 e no Projeto de Lei n.º 6.204/2019, se percebe que o fundamento por trás desses movimentos sempre esteve atrelado à promoção de maior satisfação em tempo razoável, isto é, em entregar ao credor aquele direito já reconhecido, enquanto ainda se faz útil. Com isso, se defende a possibilidade de os agentes de execução se valerem de medidas executivas atípicas também no seio da execução civil desjudicializada para bem de conceder ao credor mecanismos que, além de menos burocráticos, sejam maleáveis o suficientes para promover a satisfação do crédito e vencer a resistência despertada faticamente.

Nesse cenário, diante da existência de atos dotados de natureza jurisdicional no âmbito do PL n.º 6.204/2019 e face aos critérios que orientam a escolha dos meios para impor o cumprimento de obrigações, adere-se à hipótese de ser aceita a aplicação de medidas executivas atípicas no âmbito das execuções civis desjudicializadas pelos agentes de execução. A título exemplificativo, cita-se as opções de bloqueio da possibilidade de contratação de novos financiamentos e de cartões de crédito como mecanismos que podem ser utilizados por esses profissionais, caso

verificada a sua potencialidade para contribuir com o desfecho positivo da tutela satisfativa. Trata-se, pois, de instrumentos bastante próximos da rotina típica dos tabeliães de protesto que, caso venham a ser confirmados como os servidores destacados para o desempenho desse ofício, não teriam dificuldades em levá-las a efeito.

No atual momento de debates e amadurecimento a respeito da possibilidade de se desjudicializar as execuções civis no Brasil, se percebe com clareza dois caminhos interpretativos a nortear os trabalhos e suas respectivas conclusões: tanto se pode, em repetição à tendência costumeira, se apegar à interpretação histórica e se reservar para a jurisdição estatal a prática das medidas executivas atípicas; como se pode, em momento disruptivo, baseado em uma interpretação teleológica, se prever a autorização de prática desses atos executivos anômalos aos agentes de execução. Sob a ótica da análise econômica do direito, bem como em respeito às garantias constitucionais e cedendo a um ímpeto de modernização do sistema processual, se defende a segunda opção.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. O fenômeno da desjudicialização, o PL 6.204/2019 e a agenda 2030/ONU-ODS. **Migalhas**, 2021. Disponível em: https://shre.ink/b5km. Acesso em: 21 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Tutela atípica de prestações pecuniárias. Por que ainda aceitar o "é ruim mas eu gosto"? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 15-57, maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2022. Brasília, DF.: **CNJ**, 2022. Disponível em https://shre.ink/b5TY. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2023. Brasília, DF.: **CNJ**, 2023. Disponível em https://shre.ink/b5T4. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2024. Brasília, DF.: **CNJ**, 2024. Disponível em https://shre.ink/b5T6. Acesso em: 31 ago. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei 6204/2019**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: https://shre.ink/b5TO.Acesso em: 25 ago. 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella; ARSUFFI, Arthur Ferrari. Desjudicialização da execução civil: uma análise do PL 6.204/2019 à luz do princípio da eficiência. *In*: BELIZZE, Marco Aurélio; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; ALVIM, Teresa Arruda; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**: execução civil – novas tendências. Indaiatuba: Foco, 2022, p. 506-523.

BORTOLUCI, Lygia Helena Fonseca. Desjudicialização da execução civil: uma análise dos limites da atuação do agente de execução à luz da CF/88. **Revista de Processo**, vol. 331/2022, p. 135 – 158, set. 2022.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. **Revista de Processo**, vol. 267/2017, p. 227 – 272, maio 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2020. v. 1, p. 142.

DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista de Processo**, vol. 286/2018, p. 299 – 324, dez. 2018.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da constitucionalidade da execução civil extrajudicial – análise dogmática do PL 6.204/2019. **ANOREG**, 2020 Disponível em: https://shre.ink/b5Tw. Acesso em: 22 ago. 2024.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Desjudicialização da execução civil. As razões contidas no PL 6.204/19. **Migalhas**, 2020. Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/330308/desjudicializacao-da-execucao-civil. Acesso em: 26 ago. 2024.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Execução e desjudicialização. Modelos, procedimento extrajudicial pré-executivo e o PL n. 6204/2019. **Revista de Processo** – RePro - RT, n. 306, agosto de 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. **JOTA**, 2015. Disponível em: www.jota.info/opiniao-e-analise/arti-

gos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015. Acesso em: 22 ago. 2024.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 66.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, vol. 265/2017, p. 107 – 150, mar. 2017.

OSNA, Gustavo. Considerações sobre medidas executivas atípicas e (não) subsidiariedade. **ConJur**, 2023. Disponível em: www.conjur.com.br/2023-abr-29/gustavo-osna-medidas-executivas-atipicas-subsidiariedade. Acesso em: 23 ago. 2024.

PINTO, Rui. **Novos Estudos de Processo Civil**. Forte da Casa: Petrony Editora, 2017, p. 134.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; RANGEL, Rafael Calmon. Desjudicialização da execução x atipicidade de meios executivos. **ConJur,** 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-19/rodrigues-rangel-necessaria-reflexao-execucao/. Acesso em 19 ago. 2024.

SILVESTRE, Nathan Christian Coelho. Tutela jurisdicional executiva, poderes instrutórios e medidas executivas atípicas. **Revista de Processo**, vol. 352/2024, p. 117 – 154, jun. 2024.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? **ConJur**, 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio. Acesso em: 23 ago. 2024.

TUCCI, José Rogério Cruz. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC (LGL\2015\1656) e princípio da legalidade. **ConJur**, 2016. Disponível em: www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade. Acesso em: 22 ago. 2024.

VIEIRA, Angélica Clara da Costa; COSTA, Thaiane Dutra Luz. Medidas executivas atípicas no código de processo civil de 2015: discussões sobre o art. 139, inciso IV. **Revista Científica do Curso de Direito** - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, p. 86 – 101, jul. 2021.

# A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

Ana Paula Czadotz de Oliveira[1]

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo da proporcionalidade na aplicação das medidas executivas atípicas justifica-se a partir do atual cenário de insegurança jurídica fundado na ausência de parâmetros objetivos para aplicação das medidas atípicas. Diante disso, questiona-se de que forma o teste de proporcionalidade de Robert Alexy pode contribuir para a adequada efetivação e aplicação das medidas executivas atípicas.

Inicialmente, cumpre explicar que o art. 139, IV do Código de Processo Civil ampliou o cabimento das medidas atípicas e trouxe a possibilidade de sua aplicação para a obrigação pecuniária, ou seja, para além das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5941 definiu que não há inconstitucionalidade nesse dispositivo, o que não impede de ser decretado em caso concreto, sopesando sua necessidade e permitindo assim medidas como: a fixação ao devedor solvente e contumaz da apreensão de seu passaporte, suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e bloqueio de cartões de crédito, tudo de forma constitucional.

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do grupo de pesquisa Processo e Constituição vinculado ao PPGD da FMP/RS. Anapaula.czad@gmail.com

Contudo, na doutrina e na jurisprudência não se encontram critérios objetivos para a aplicação proporcional dessas medidas que restringem direitos fundamentais. Isto é, quais os casos e circunstâncias de execução de obrigação pecuniária em que se aplicam as medidas atípicas e os casos em que não devem ser aplicadas, tal informação não é apenas uma garantia aos direitos do devedor, mas também um norte para que o credor saiba quando pode pleitear a aplicação das medidas atípicas ou não.

Por isso a justificativa da presente pesquisa, pois essa falta de regulamentação não pode ser justificada pela afirmativa de que a proporcionalidade de aplicação de uma medida restritiva de direitos será analisada no caso concreto, uma vez que isso pode abrir margem para discricionariedade e falta de segurança jurídica, de modo que tanto os devedores quanto os credores se vejam em verdadeiras "roletas russas" de entendimentos do Judiciário.

Desta forma, o estudo do presente tema, que será analisado com o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica, objetiva elucidar de que forma os testes de proporcionalidade podem contribuir com o estabelecimento de critérios objetivos para aplicação das medidas executivas atípicas através da metodologia hipotético-dedutiva em que se parte de uma premissa maior para chegar a uma conclusão específica.

No contexto da efetivação de medidas executivas atípicas previstas no art. 139, IV, CPC, pode-se aplicar esse método para analisar a relação entre essas duas premissas. A premissa maior é a aplicação das medidas executivas atípicas nas obrigações pecuniárias, tais como a fixação ao devedor solvente e contumaz da apreensão de seu passaporte, suspensão de Carteira Nacional de Habilitação e bloqueio de cartões de crédito. A premissa menor é a proporcionalidade na aplicação dessas medidas frente às restrições de direitos fundamentais. Assim, o método dedutivo permite compreender a relação entre a aplicação das medidas executivas atípicas nas obrigações pecuniárias e a proporcionalidade em tais atos.

## 2 OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELAS MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS

Segundo dados do Justiça em Números, no final de 2023 o primeiro grau do Judiciário contava com um acervo de 78 milhões de processos pendentes de baixa, sendo mais da metade desses processos, 56,5% referentes à fase de execução (CNJ, 2024, p. 188). Pode-se afirmar, portanto, que a execução é uma fase tão ou mais relevante do que a fase de conhecimento. Isso porque enquanto na fase de conhecimento adquire-se o direito, é na execução que a parte concretiza o que foi buscar no Judiciário. Ou como diria o clássico Pontes de Miranda (1971, p. 106) "A execução é a atuação da vontade concreta da lei, para a produção de um resultado prático jurídico, que consiste na entrega do bem devido ao exequente."

Por isso o movimento legislativo e jurisprudencial de criar formas além daquelas originalmente previstas em lei para tentar reduzir as taxas de processos pendentes nos tribunais na fase de execução. Tentando reduzir o acúmulo e lentidão de execuções e por consequência concretizar o direito dos exequentes. Ainda segundo dados do Justiça em Números (CNJ, 2023, p. 285) o tempo médio da fase de execução no primeiro grau da justiça estadual é de quatro anos e quatro meses, enquanto a fase de conhecimento dura em média um ano e sete meses.

Um dos principais problemas enfrentados na execução civil ao longo das décadas foi, e ainda é, a resistência dos devedores. A inadimplência, seja intencional ou não, é um dos fatores que mais dificulta a efetividade da execução. Diante disso, tradicionalmente, os devedores utilizam uma série de estratégias para frustrar a execução, como a ocultação de bens, a movimentação de recursos financeiros para fora do alcance do credor e, em muitos casos, a própria morosidade do processo judicial como um escudo contra a satisfação das obrigações.

Outro fator que historicamente dificultou a execução civil foi a demora na tramitação dos processos. A lentidão do Judiciário brasileiro, frequentemente mencionada como um dos maiores problemas do sistema judicial, refletiu-se diretamente na fase de execução. Como destaca Barbosa

Moreira (1997 p. 64), o tempo excessivo entre o ajuizamento da execução e a satisfação do crédito é uma das principais causas da descrença na efetividade do processo civil. Além disso, a multiplicidade de recursos e incidentes processuais disponíveis ao devedor no CPC/1973 permitia que este prolongasse indefinidamente a tramitação do processo, o que, muitas vezes, levava o credor a desistir da execução ou a aceitar acordos desfavoráveis.

Outro problema que agrava a ineficácia do processo executivo é a desproporcionalidade entre os valores devidos e os bens penhoráveis. Muitas vezes, o devedor realmente não possui bens suficientes para quitar a dívida, ou os bens que possui não são de fácil penhora ou venda em leilão. Dinamarco desde muito tempo já reconhecia essas dificuldades, (1997) enfatizando que a execução civil sempre foi uma área do direito processual que exigiu reformas contínuas, uma vez que as artimanhas dos devedores tendem a evoluir conforme surgem novas ferramentas jurídicas para garantir a eficácia da execução. Além disso, autores como José Carlos Barbosa Moreira (1982) afirmam que o processo executivo, ao longo dos anos, se tornou um campo fértil para a exploração de brechas processuais, utilizadas muitas vezes de forma abusiva pelos devedores.

Esses problemas históricos, aliados à crescente complexidade das relações econômicas e sociais, tornaram evidente a necessidade de mudanças substanciais no sistema de execução. A criação de novos mecanismos que permitissem ao juiz exercer maior controle sobre o devedor, de forma a garantir a satisfação dos direitos do credor, tornou-se uma demanda urgente da comunidade jurídica.

Nesse contexto surgem as medidas executivas atípicas nas obrigações pecuniárias, isto é, a aplicação de medidas executivas atípicas no âmbito do processo civil brasileiro, não é essencialmente uma novidade introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), mas o novo código trouxe novos paradigmas e desafios à execução de obrigações pecuniárias, conferindo ao juiz a possibilidade de adotar medidas coercitivas não previstas expressamente no ordenamento jurídico, desde que sejam adequadas ao caso concreto e proporcionais ao objetivo da execução.

A inovação trazida pelo CPC/2015 representa uma resposta às deficiências históricas do processo de execução no Brasil. Como já mencionado anteriormente, os métodos tradicionais de execução frequentemente se mostravam ineficazes diante da resistência dos devedores e da dificuldade de localizar bens passíveis de penhora. Nesse cenário, o legislador brasileiro buscou ampliar o leque de instrumentos à disposição do juiz, a fim de garantir uma maior efetividade no cumprimento das decisões judiciais, por isso o art. 139, IV, do CPC/2015, ao permitir a adoção de medidas atípicas, visou justamente superar essas barreiras, proporcionando maior celeridade e eficiência ao processo executivo.

Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5941 em 9 de fevereiro de 2023 a constitucionalidade das medidas executivas atípicas, previstas no artigo referido acima, já foi superada. O Supremo Tribunal Federal entendeu a importância dessas medidas na busca pela efetividade das decisões judiciais e na garantia de que os devedores cumpram suas obrigações perante a justiça. Inobstante, o tribunal também enfatizou que a aplicação das medidas atípicas deve ser criteriosa e analisada caso a caso, devendo ser feita uma devida ponderação dos direitos fundamentais dos envolvidos. Considerando o exposto, o princípio da proporcionalidade assume um papel central, sendo utilizado como um critério de controle na aplicação dessas medidas.

Diante do contexto narrado, a execução de sentenças e de títulos executivos extrajudiciais tem se revelado um dos maiores desafios do direito processual civil brasileiro, especialmente pela dificuldade em assegurar que o devedor cumpra voluntariamente suas obrigações. Tradicionalmente, o sistema contou com mecanismos como a penhora, arresto e adjudicação de bens do devedor, previstos no Código de Processo Civil (CPC) de 1973 e mantidos no CPC de 2015.

A penhora é o instituto que permite a apreensão de bens do devedor para posterior alienação e satisfação do crédito do credor. Contudo, o sucesso dessa medida depende da existência de bens suficientes e facilmente localizáveis, o que nem sempre acontece. Como aponta Marinoni

(2020), muitos devedores, cientes das fragilidades do sistema executivo, adotam estratégias para evitar a penhora de seus bens, seja transferindo a propriedade para terceiros, seja ocultando seus ativos em nome de familiares ou empresas de fachada.

O arresto, outro método tradicional de execução, também enfrenta desafios, pois é uma medida cautelar que visa garantir a preservação de bens do devedor antes que estes sejam dissipados. No entanto, a necessidade de comprovar a iminente dilapidação do patrimônio do devedor para justificar o arresto tornou essa medida de difícil aplicação na prática. Além disso, mesmo quando decretado o arresto, o devedor pode, por meio de recursos ou embargos, retardar o processo de execução, prolongando o litígio por anos.

Como pode-se observar, esses instrumentos mostraram-se frequentemente ineficazes diante da resistência dos devedores, que, por meio de estratégias fraudulentas, ocultam seu patrimônio e frustram o cumprimento da execução. Segundo Fredie Didier Jr., (2021, p. 275), os procedimentos executivos tradicionais tinham como base a expropriação forçada dos bens do devedor, contudo, enfrentavam desafios relacionados à localização e ao bloqueio desses bens, o que comprometia a efetividade da tutela jurisdicional executiva.

Com isso, se motivou uma pressão por reformas legislativas e jurisprudenciais, voltadas para criar soluções que garantissem maior eficácia ao processo executivo, de maneira mais célere, inclusive. Um avanço significativo dentre as novas soluções foi a introdução de medidas executivas atípicas nas obrigações pecuniárias, refletindo uma tentativa de flexibilização da execução, permitindo que o magistrado se valha de criatividade para coagir o devedor a cumprir seu dever. (Theodoro Jr., 2022, P. 842).

Mesmo antes da reforma de 2015, alguns autores já apontavam a necessidade de se buscar a maior efetividade na execução civil. Barbosa Moreira (1997) salientava que o processo civil, como instrumento de realização de direitos, deveria ser eficiente e capaz de garantir a satisfação do credor. Assim, observamos que os debates sobre a modernização do

processo executivo para atender às demandas de uma sociedade complexa e em constante transformação ocorre há quase trinta anos, enquanto isso o inadimplemento das obrigações é um problema cada vez mais recorrente.

Diante disso, as medidas executivas atípicas por vezes se tornam essenciais para lidar com as artimanhas frequentemente empregadas pelos devedores para burlar a execução (Wambier, 2021, p. 392). Entre elas se destacam a apreensão de documentos, a suspensão de habilitação de motoristas e passaportes, e até mesmo a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplência.

A principal característica dessas medidas é a flexibilidade, uma vez que elas permitem ao magistrado adaptar o procedimento executivo às particularidades de cada caso concreto, escolhendo a medida mais adequada para alcançar o objetivo pretendido: o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Pode-se dizer que a lógica por trás dessa ampliação de poderes está na busca pela efetividade do processo. Como observado por Didier (2020 p. 67), o direito processual moderno tem como principal finalidade a realização do direito material, de modo que o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas como um meio para garantir o cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente.

Dentro desse contexto, as medidas atípicas representam uma ruptura com a visão tradicional do processo de execução, que estava limitado a instrumentos formais e previamente determinados pela legislação. Ao conferir ao juiz a possibilidade de adotar medidas que melhor se adequem à realidade fática de cada caso, o CPC/2015 reconhece a complexidade das relações sociais e econômicas contemporâneas, nas quais os devedores frequentemente recorrem a estratégias sofisticadas para evitar o cumprimento de suas obrigações.

A flexibilidade trazida pelo art. 139, IV, possibilita, por exemplo, a adoção de medidas coercitivas personalizadas, como a apreensão de documentos pessoais (passaporte, carteira de habilitação) ou a restrição ao uso de cartões de crédito, com o objetivo de pressionar o devedor a quitar

sua dívida. Tais medidas, apesar de não estarem previstas expressamente no CPC, podem ser consideradas legítimas à luz do princípio da proporcionalidade, desde que sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao objetivo de garantir a satisfação do crédito.

Essas providências, embora inovadoras, têm sido alvo de críticas, especialmente quanto à sua proporcionalidade e adequação ao caso concreto, justamente por não envolver diretamente o objeto do processo, e principalmente porque a inovação trazida pelo artigo 139, IV, do CPC/2015 deve ser entendida em consonância com os limites constitucionais, especialmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais. Importante salientar, desde já, que este trabalho não visa propagar o antigo ideal de que o devedor deve ser protegido a qualquer custo, mas sim, sugerir a aplicação da proporcionalidade segundo critérios objetivos dos subtestes criados por Robert Alexy.

## 3 A PROPORCIONALIDADE NAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

O princípio da proporcionalidade, derivado do neoconstitucionalismo, emerge como uma ferramenta indispensável para a limitação do poder judicial, garantindo que as medidas coercitivas não se transformem em abusos ou violações dos direitos básicos do devedor. Enquanto Alexy (2008, p. 98) define que o esse pilar do direito constitucional requer que a medida adotada seja adequada, necessária e que a restrição aos direitos fundamentais não seja desproporcional em relação ao objetivo pretendido, isto é, levando em conta não apenas a legitimidade da medida, mas também o equilíbrio entre os direitos em conflito.

Já Dieter Grimm argumenta que este não é apenas um critério de controle judicial, mas também uma norma que deve orientar o legislador na criação das leis. (Grimm, 2016, p. 112), e ainda, como disse Schlink (2011, p. 27): "O princípio da proporcionalidade, portanto, é o seguinte: se você busca um fim, deve usar um meio que seja útil, necessário e apropriado."

Esse equilíbrio entre a eficácia da execução e a proteção dos direitos fundamentais é um dos maiores desafios enfrentados pelos juízes na aplicação das medidas atípicas, pode-se dizer que ainda persiste uma certa resistência na jurisprudência em adotar medidas que favoreçam o credor, podendo afetar o devedor além da esfera patrimonial, o que gera dúvidas e controvérsias entre os operadores do direito (Helvadijan, 2024, p. 147-185).

A doutrina contemporânea, como a de Daniel Amorim Assumpção Neves (2017) e Marcos Youji Minami (2019), analisa a aplicação prática dessas medidas nos tribunais brasileiros. Neves (2017) aponta que, em muitos casos, a suspensão de direitos como o passaporte e a carteira de motorista tem se mostrado eficaz para forçar o cumprimento das obrigações pelo devedor, mas adverte que a aplicação dessas medidas deve ser cautelosa, sempre baseada em um exame individualizado de cada caso. Já Minami (2021) defende que as medidas atípicas não poderiam ser utilizadas como um mecanismo de punição e sim como mecanismo de coerção ao devedor porque segundo ele as medidas punitivas não traduzem necessariamente satisfação.

Desta feita, considerando o contexto do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), a aplicação das medidas executivas atípicas exige uma análise cuidadosa que equilibre a eficácia da execução judicial com a proteção dos direitos fundamentais de acordo com critérios objetivos, para isso sugere-se a adoção do Teste de Proporcionalidade de Alexy, isto é: se a aplicação da medida atípica passar perfeitamente por todos os subtestes então ela poderá ser aplicada na execução de forma comprovadamente ponderada e proporcional.

Robert Alexy, em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" (2008, p. 89), estabelece uma estrutura que divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esses subprincípios se aplicados nas decisões judiciais podem oferecer uma metodologia robusta para a análise judicial.

O subprincípio da adequação trata da avaliação da capacidade da medida escolhida em alcançar o objetivo pretendido. Na execução civil, é

vital que as medidas atípicas sejam examinadas sob a perspectiva de sua eficácia em compelir o devedor a cumprir suas obrigações, sem comprometer indevidamente seus direitos fundamentais. Alexy (2008, p. 91) enfatiza que uma medida só é considerada adequada se possui a capacidade de realizar o objetivo que lhe foi atribuído. Por exemplo, a apreensão do passaporte de um devedor pode ser vista como uma medida adequada se o devedor costuma viajar para o exterior, pois essa restrição pode funcionar como um estímulo para a quitação da dívida.

Já o subprincípio da necessidade impõe a exigência de que, entre todas as medidas possíveis, a que cause o menor dano seja escolhida. Para Alexy (2008, p. 94), isso significa que a medida não deve apenas ser eficaz, mas também deve interferir o mínimo possível nos direitos fundamentais. Assim, antes de optar por uma medida invasiva, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou o bloqueio de contas bancárias, o juiz deve considerar a existência de alternativas menos prejudiciais que possam alcançar o mesmo resultado.

É nesse ponto, que alguns juízes entendem que as medidas típicas de execução seriam menos gravosas e interferiram menos nos direitos fundamentais, e por isso têm como requisito para aplicação de medidas atípicas de execução, por quantia certa, observar os procedimentos típicos previstos em lei para a satisfação da obrigação. (Gomes, 2021, p. 191-214). No mesmo sentido Marinoni (2020) argumenta que as medidas atípicas devem ser utilizadas apenas como última instância, ou seja, quando os meios típicos e tradicionais de execução falham em atingir o objetivo de forçar o cumprimento da obrigação. A subsidiariedade, portanto, serve como uma barreira protetora contra a aplicação indiscriminada de medidas que possam violar direitos fundamentais.

Nos tribunais, a aplicação da subsidiariedade pode ser observada em diversos casos. Em decisões que envolvem a suspensão da CNH, por exemplo, o STJ tem reiterado que essa medida só pode ser adotada quando fica demonstrada a ineficácia dos meios tradicionais de execução. Esse entendimento apesar de polêmico reforça a necessidade de utilizar

as medidas atípicas com cautela, respeitando os direitos do devedor e garantindo que sua aplicação seja, de fato, proporcional e necessária.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve a análise cuidadosa do ônus imposto ao devedor em relação ao benefício obtido pela execução da medida. Alexy (2008, p. 96) observa que esse momento exige que o juiz avalie se o sacrifício imposto ao devedor é justificado pelos benefícios resultantes da satisfação do crédito.

Por exemplo, a apreensão do passaporte, que restringe o direito à liberdade de locomoção, deve ser justificada somente se a quantia da dívida, a conduta do devedor e a inexistência de outras medidas mais eficazes tornarem essa restrição imprescindível. A necessidade de ponderar esses fatores é ainda corroborada pela perspectiva de Dieter Grimm, que afirma que a proteção dos direitos fundamentais deve ser uma preocupação central na aplicação do direito, servindo como um guia para a atuação dos tribunais (Grimm, 2016, p. 132).

A evolução da jurisprudência brasileira em torno das medidas executivas atípicas reflete a crescente ênfase no princípio da proporcionalidade uma vez que os tribunais têm se mostrado cautelosos na adoção de medidas que, embora adequadas e necessárias, possam impor ônus desproporcionais ao devedor. A jurisprudência demonstra que a suspensão de direitos, como a CNH ou a apreensão do passaporte, só é admitida em situações em que há indícios claros de que as medidas tradicionais de execução foram insuficientes e que a medida atípica é a única alternativa viável para garantir o cumprimento da obrigação.

Nesse aspecto a adoção dos subtestes como critérios de aplicação dessas medidas torna-se tanto uma ferramenta de verificação da proporcionalidade e de assegurar os direitos fundamentais do devedor, quanto um instrumento de viabilizar objetivamente e demonstrar ao juízo que a aplicação daquela medida não prevista em lei é necessária, adequada e proporcional.

No entanto, por mais sedutora que a técnica pareça, não se pode negar os problemas enfrentados pelos testes de proporcionalidade, Schlink (2011, p. 84) elenca:

> Mas a proporcionalidade também é o problema. Ou, para ser mais preciso, é uma estrutura dentro da qual se desenrolam todos os tipos de problemas.
> O primeiro é o problema da informação insuficiente ou ambígua. Às vezes é simplesmente impossível determinar se um meio funciona e se é necessário.
> O segundo grande problema é que embora, pelo menos idealmente, seja objetivamente possível determinar se um meio funciona e é necessário, o equilíbrio de direitos, interesses e valores implicado na análise da adequação é inevitavelmente subjetivo. Não existe um padrão objetivo para medir e pesar a liberdade de expressão versus privacidade.

Complementando a discussão, é importante destacar que o uso das medidas atípicas deve ser sempre baseado em um exame individualizado do caso concreto, a fim de evitar que sua aplicação resulte em abusos. A análise da proporcionalidade exige um estudo cuidadoso dos impactos que essas medidas podem causar tanto no credor quanto no devedor, uma vez que a execução civil não pode ser vista apenas como uma simples disputa de interesses patrimoniais.

E a complexidade dos direitos fundamentais envolvidos requer uma abordagem que considere a dignidade humana e a vedação de práticas abusivas. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade surge como um filtro necessário para impedir que medidas coercitivas sejam desproporcionais e desumanas, resguardando a posição do devedor sem, contudo, comprometer o direito do credor à satisfação da obrigação.

Além disso, a eficácia da aplicação das medidas atípicas depende da capacidade dos tribunais de interpretar corretamente os subtestes de proporcionalidade. A utilização dessas medidas deve ser ponderada com cautela, evitando que o poder judiciário se torne um instrumento de coerção exacerbada. A aplicação de penalidades severas, como a suspensão da CNH ou a apreensão do passaporte, deve ser sempre justificada com base em uma análise detalhada das circunstâncias específicas de cada caso, evitando que se transformem em formas punitivas disfarçadas.

Dessa maneira, o sucesso do uso de medidas atípicas está intrinsecamente ligado à habilidade do magistrado em balancear os direitos fundamentais do devedor e a efetividade da execução, sem perder de vista a função social do processo e o respeito à dignidade humana.

## 4 CONCLUSÃO

Concluindo, o princípio da proporcionalidade, conforme desenvolvido por Robert Alexy (2008), oferece um quadro teórico robusto para a aplicação das medidas executivas atípicas previstas no CPC/2015. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito constituem etapas fundamentais que os juízes devem seguir ao decidir pela adoção dessas medidas, garantindo que a busca pela eficácia processual não se transforme em um instrumento de violação dos direitos fundamentais dos devedores. Esse princípio, amplamente aplicado nas decisões judiciais, reflete a complexidade de conciliar a proteção dos direitos individuais com a eficácia das decisões judiciais, especialmente no âmbito da execução civil.

No contexto das medidas executivas atípicas, a análise da adequação implica na verificação de que a medida proposta é efetivamente capaz de alcançar o objetivo de satisfação do crédito. Isso se relaciona à necessidade de que qualquer interferência nos direitos do devedor, como a apreensão de passaportes ou a suspensão de carteiras de habilitação, seja uma resposta apropriada à realidade fática do processo. A apreensão de um passaporte, por exemplo, é adequada quando o devedor tem um histórico de viagens ao exterior e a medida pode inibir futuras saídas do país sem que haja o cumprimento da obrigação.

Contudo, o juiz deve ser cauteloso ao aplicar tal medida, pois, se o devedor não tiver o hábito de viajar, a apreensão do passaporte pode ser uma interferência injustificada e, portanto, inadequada. Essa é uma aplicação direta do que Alexy (2008, p. 89) descreve como o exame da adequação, que serve como uma primeira barreira para impedir que medidas desproporcionais sejam aplicadas.

Além disso, o subprincípio da necessidade exige que, entre todas as opções disponíveis, seja escolhida a que menos interfira nos direitos do devedor, sendo essa medida, ainda assim, eficaz para atingir o objetivo processual. O conceito de necessidade, aqui, se refere à escolha da medida menos invasiva, ou seja, da que cause o menor impacto possível nos direitos fundamentais do devedor. Por exemplo, antes de suspender a CNH do devedor, o magistrado deve avaliar se existem outras opções, como o bloqueio de contas bancárias ou a penhora de bens, que possam atingir o mesmo fim de forma menos gravosa.

Alexy (2008, p. 94) reforça que a medida mais drástica só pode ser justificada se as alternativas menos prejudiciais forem insuficientes. Isso demonstra que a proporcionalidade não apenas atua como um limite para o exercício do poder coercitivo do Estado, mas também como uma diretriz para que os tribunais atuem com cautela e equilíbrio ao buscar a satisfação do crédito.

Por fim, o exame da proporcionalidade em sentido estrito é a etapa mais complexa, pois envolve a ponderação entre os direitos e os interesses em jogo, exigindo uma análise criteriosa do sacrifício imposto ao devedor em comparação com o benefício obtido pela parte credora. Aqui, o juiz deve avaliar se o peso da medida é justificado pela sua finalidade.

A suspensão do passaporte, por exemplo, pode ser uma medida proporcional em sentido estrito se o devedor tiver uma dívida significativa e a única maneira de coagi-lo a pagar for restringir seu direito de locomoção. No entanto, se a dívida for de pequeno valor ou se houver outras formas de garantir o cumprimento da obrigação, a medida pode ser considerada desproporcional. Alexy (2008, p. 96) argumenta que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma análise minuciosa dos custos e benefícios de cada medida, garantindo que as decisões judiciais sejam equilibradas e justas. Esse aspecto do princípio é de extrema importância no direito processual, pois visa impedir que o poder coercitivo do Estado seja exercido de maneira arbitrária ou desmedida.

Além dos conceitos de Alexy, é fundamental considerar que o princípio da proporcionalidade é uma ferramenta essencial para preservar a legitimidade das decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito. Dieter Grimm (2016) observa que o constitucionalismo moderno está diretamente relacionado à necessidade de limitar o poder estatal, garantindo que os direitos fundamentais sejam protegidos mesmo quando há justificativas para restringi-los.

O uso de medidas atípicas de execução, embora necessário em muitas situações, não pode ser visto como uma carta branca para que os tribunais apliquem qualquer medida coercitiva sem a devida justificativa. Como enfatiza Grimm (2016, p. 112), a proteção dos direitos fundamentais deve ser sempre uma prioridade, e o princípio da proporcionalidade serve como uma garantia contra abusos de poder.

Ademais, o contexto jurídico brasileiro atual, com a introdução do artigo 139, IV, do CPC/2015, trouxe uma ampliação das possibilidades de aplicação de medidas atípicas de execução, permitindo que o juiz utilize todos os meios necessários para garantir o cumprimento das obrigações. Contudo, essa ampliação do poder judicial precisa ser acompanhada de uma rigorosa aplicação do princípio da proporcionalidade. A ausência de hierarquia entre medidas típicas e atípicas, conforme discutido por Gomes (2021, p. 191-214), não implica que qualquer medida possa ser adotada indiscriminadamente isso porque a escolha pela medida atípica só se justifica se essa for a única capaz de garantir a efetividade da execução sem violar os direitos fundamentais do devedor.

Portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade nas medidas executivas atípicas deve ser vista como um balizador essencial para a garantia de justiça e equilíbrio no processo de execução. A eficácia do processo não pode ser obtida a qualquer custo, sobretudo quando esse custo envolve a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, a atuação judicial deve ser sempre pautada por uma análise criteriosa, fundamentada nos três subprincípios delineados por Alexy, e observada em consonância com o entendimento de autores como

Grimm. A busca pela satisfação do crédito, embora legítima, não pode se sobrepor à dignidade humana e aos direitos fundamentais, que são pilares de um Estado Democrático de Direito.

Em conclusão, o sucesso da aplicação das medidas atípicas está diretamente relacionado à capacidade dos tribunais de aplicar o princípio da proporcionalidade de maneira criteriosa, assegurando que as medidas escolhidas sejam sempre as mais adequadas, necessárias e proporcionais ao caso concreto.

O princípio da proporcionalidade, conforme Alexy (2008), é um instrumento vital para que o poder judiciário atue com equilíbrio e justiça, evitando excessos que possam comprometer a legitimidade das decisões judiciais. Além disso, como aponta Grimm (2016), o respeito aos direitos fundamentais é o que diferencia um Estado Democrático de Direito de um regime autoritário. Logo, a aplicação cuidadosa das medidas atípicas de execução, guiada pelo princípio da proporcionalidade, é essencial para garantir a justiça no processo de execução e proteger a dignidade dos devedores, sem comprometer a eficácia da jurisdição.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Rogerio. O princípio da proporcionalidade e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 56, p. 113, 2015.

BARBOSA MOREIRA, Jorge. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 1997.

BORGES, Ricardo. Medidas atípicas no processo civil: análise crítica. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 23, p. 201, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2024. Brasília, DF.: **CNJ**, 2024. Disponível em https://shre.ink/b5Tz. Acesso em: 09 de set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Justiça em números 2023. Brasília, DF.: **CNJ**, 2023. Disponível em https://shre.ink/b5TF. Acesso em: 08 de set. 2024.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 6, 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GOMES, Marcos Paulo Pereira. Da inexistência de hierarquia entre medidas típicas e atípicas e a desnecessidade de esgotamento ou ineficácia das medidas típicas para aplicação de medidas atípicas. **Revista de Processo**, v. 320, ano 46, p. 191-214. São Paulo: Ed. RT, outubro 2021.

GRIMM, Dieter. Constitutionalism. Oxford: **Oxford University Press**, 2016.

HELVADJIAN, Marjorie Braga. O contexto histórico do desequilíbrio na relação credor-devedor e as medidas executivas atípicas. **Revista de Processo**, v. 348, p. 147-185, fev. 2024. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 17 de ago. de 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MINAMI, Marcos Youji. Punição e coerção na execução e uma breve conversa com J. J. Calmon de Passos. **Revista de Processo**, v. 319, p. 195-209, set. 2021. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 03 de set. de 2024.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo,** v. 265, mar. 2017.

SCHLINK, Bernard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?, 22 **Duke Journal of Comparative & International Law**, p. 291-302 , 2012.

THEODORO JÚNIOR**, Humberto. Curso de Direito Processual Civil**, vol. II, 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

# REFLEXÕES SOBRE O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICAL PARA REDUÇÃO DO ESTOQUE PROCESSUAL EM CORTES SUPERIORES FRENTE ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS DAS PARTES

Gabriel Pessotti da Silva[1]
Victória Barboza Sanhudo[2]

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, é inegável a influência que a tecnologia tem nos mais diversos âmbitos das relações intersubjetivas. Em maior ou menor medida, os indivíduos, atividades e serviços foram e ainda hoje são afetados pelo constante e acelerado desenvolvimento tecnológico. O Direito e, consequentemente, a atividade dos tribunais não passam incólume a essa nova lógica.

1 Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ (CAPES - Conceito 6) da Universidade do Vale do Itajaí, com bolsa CAPES/PROEX. Integrante do Grupo de Pesquisa "Processo e Constituição", sob coordenação do Prof. Handel Martins Dias, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Fundador da DataCertify. Contato eletrônico: gabriel@datacertify.com.br.

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões, pela mesma Fundação. Integrante dos Grupos de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal", sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e "Processo e Constituição", sob coordenação do Prof. Handel Martins Dias, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Endereço eletrônico: victoriabsanhudo@gmail.com.

Tanto é assim que ainda em 2006, ou seja, há quase vinte anos, foi editada a Lei 11.419 de 2006, que instituiu o processo eletrônico no Brasil e, desde lá, verificou-se uma tendência acelerada e cada vez maior de virtualização das tarefas e demandas do Poder Judiciário, evidenciando a necessidade de adaptação por parte dos servidores e dos prestadores de serviços, públicos ou privados, a esse panorama tecnológico.

De 2006 em diante, diversas foram as iniciativas adotadas com a finalidade de otimizar o esforço e incorporar tecnologias no dia a dia das atividades, especialmente dos Tribunais, a exemplo do juízo 100% digital, da virtualização dos autos físicos e do desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial com as mais diversas finalidades. Tais medidas também podem ajudar - em geral, de forma temporária - a lidar com o congestionamento judiciário existente no Brasil, em razão do alto número de demandas já existentes, bem como do crescimento do número de ajuizamentos ano a ano.

Ainda que haja diferentes modelos de sistemas de inteligência artificial, uma das principais questões que se colocam nesse cenário é como compatibilizar os avanços tecnológicos com os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, especialmente aquelas aplicáveis ao âmbito processual, tais como a ampla defesa, o contraditório, economia processual, duração razoável do processo e eficiência. Partindo dessa premissa, o presente trabalho almeja responder ao seguinte problema de pesquisa: o uso de sistemas de inteligência artificial pode contribuir para a redução do estoque processual presente nas Cortes Superiores, de modo a preservar as garantias processuais das partes?

Como objetivo geral, busca-se verificar se a inteligência artificial pode contribuir para a redução do número de processos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal sem que isso afete ou prejudique os direitos e garantias processuais das partes. Como objetivos específicos, objetiva-se tratar dos direitos e garantias constitucionais na perspectiva do processo civil contemporâneo, especialmente o acesso à Justiça, contraditório e ampla defesa, igualdade, economia processual, duração

razoável do processo e eficiência, bem como do atual congestionamento do Poder Judiciário, além de expor noções introdutórias acerca da inteligência artificial e como ela pode ser utilizada pelo Poder Judiciário e, por fim, verificar se o uso de ferramenta de inteligência artificial de machine learning pelo STJ e STF pode contribuir para redução do estoque de processos de forma a preservar os direitos e garantias processuais dos jurisdicionados.

Para alcance do escopo pretendido, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se de premissas mais gerais para o particular, com objetivo exploratório, uma vez que a finalidade é criar familiaridade com o tema pesquisado. A abordagem é qualitativa e de natureza aplicada, com privilégio da utilização da técnica de pesquisa bibliográfica.

## 2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO E CONGESTIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

O processo civil contemporâneo é, sem dúvidas, um processo civil constitucionalizado, especialmente após a segunda metade do século XX como término da Segunda Guerra Mundial, período a partir do qual os valores foram ressignificados e o Estado de Direito foi, paulatinamente, redesenhado. Essa visão do Direito Processual segue a tendência observada em outros ramos do Direito, qual seja, a de constitucionalização do ordenamento jurídico (Dias, 2016, p. 60), de forma que as matrizes axiológicas da Constituição passam a irradiar seus efeitos pelo sistema como um todo.

Câmara (2022, n.p.[3]), explicando esse novo modelo de processo, explica que se trata de um conjunto de princípios, com matriz constitucional, destinados a disciplinar todo e qualquer tipo de processo, inclusive o civil. No Brasil, esse modelo pode ser percebido a partir da previsão do devido processo legal na Constituição, além de outros princípios, a exemplo da isonomia, do juiz natural, da fundamentação das decisões e da duração razoável do processo (Câmara, 2022, n.p.).

3 Utiliza-se, neste artigo, a abreviação "n.p." para indicar obras e/ou textos não paginados.

Em razão disso, a dignidade humana, fundamento da República previsto em nossa Constituição, também adquire peso importante na forma de organizar este novo modelo de processo, haja vista que ela passa a ser relevante para determinação de seu fim. A dignidade da pessoa humana, juntamente com o valor da segurança jurídica - materializada na cognoscibilidade, estabilidade e confiabilidade na formação e observância dos precedentes -, servem para alcançar a finalidade do processo civil no Estado constitucional, que é a tutela dos direitos dos indivíduos (Mitidiero, 2014, n.p.). Com isso, deve-se almejar a prolação de decisão justa para as partes do conflito, numa perspectiva particular, e a formação e respeito aos precedentes para orientação da sociedade como um todo, numa perspectiva coletiva (Mitidiero, 2014, n.p.).

Percebe-se, portanto, que o atual modelo de processo civil serve, precipuamente, como instrumento de alcance e realização do direito material. Nessa linha, ganham relevância alguns valores e princípios que devem, necessariamente, serem observados. Um destes valores basilares é, justamente, o do acesso à justiça, que deve ser alvo de atenção em um sistema que não se contente em proclamar os direitos dos jurisdicionados, mas sim de garanti-los de forma igualitária (Cappelletti; Garth, 1988, p. 12).

Cappelletti e Garth (1988, p. 30-73) dividem o acesso à justiça em ondas, compreendidas como soluções localizadas para resolver o problema de acesso efetivo à justiça, sendo a primeira delas a assistência judiciária aos menos favorecidos social e economicamente, a segunda guardando relação com a representação dos direitos difusos e a terceira onda referente a um novo enfoque sobre o direito em questão, um pouco mais amplo. A terceira onda deste movimento inclui a advocacia (judicial ou extrajudicial, por meio de advogados públicos ou privados), mas também centra sua atenção no conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas, visando, sobretudo, aperfeiçoar as possibilidades existentes para melhorar esse acesso à justiça (Cappelletti; Garth, 1988, p. 67-68).

É este último enfoque, aliás, que preconiza a adaptação do procedimento ao tipo de litígio, levando em consideração as características e peculiaridades da lide, uma vez que podem diferir em razão de sua complexidade e, consequentemente, demandar soluções diversas, que às vezes podem se mostrar mais ou menos eficientes (Cappelletti; Garth, 1988, p. 71-72). Enquanto alguns litígios se resolvem de forma rápida, outros podem demandar maior dialeticidade, de modo que o acesso a um procedimento adequado é, em última análise, uma das facetas do acesso à justiça.

No Brasil, contudo, a adoção ampla da concepção de acesso à justiça e sua facilitação geraram, a longo prazo, explosão das demandas do Poder Judiciário, embora o acesso à justiça não se esgote no acesso a este, especialmente após a adoção do sistema multiportas pelo Código de Processo Civil de 2015. O relatório Justiça em Números 2023, produzido anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, bem demonstra a realidade assombrosa em que está inserido o Judiciário brasileiro e, em última instância, todos os profissionais de carreiras jurídicas que atuam em processos judiciais.

De acordo com o relatório mencionado, em 2022, ingressaram 31,5 milhões de processos, ao passo que foram baixados 30,3 milhões pelo Judiciário, evidenciando o alto número de demandas, bem como a tendência de crescimento do estoque processual, numericamente comprovada (CNJ, 2023, p. 93). A cada mil habitantes, a média é de que 127 ingressaram com ação judicial em 2022, com crescimento de 7,4% no número de casos novos por habitantes em relação ao ano de 2021 (CNJ, 2023, p. 102).

Além disso, também há os processos de execução, que constituem os chamados "gargalos" do Poder Judiciário. No final de 2022, o acervo processual no Brasil era de 81 milhões de processos pendentes de baixa, sendo que 52,3% deles eram referentes à fase de execução (CNJ, 2023, p. 143). Destes, 64% do estoque são atinentes à execução fiscal, sendo um dos principais responsáveis pela sobrecarga do Judiciário nacional.

Assim, o congestionamento judiciário é uma realidade no Brasil e, sendo complexo, demanda soluções igualmente complexas. A despeito

disso, nossa política judiciária segue sendo orientada para incentivar a concretização do direito de acesso à Justiça de forma individual, possibilitando que, cada vez mais, um maior número de cidadãos possa promover ajuizamentos (Sica, 2014, n.p.). Exemplo disso é a facilitação da obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita e a criação de órgãos e estruturas à margem da estrutura tradicional de tribunais para dar conta da demanda existente, a exemplo dos Juizados Especiais Cíveis (Sica, 2014, n.p.). Embora seja importante a materialização destes direitos, interessa notar que é este *modus operandi* que causa a sobrecarga do Judiciário, tão polêmica e criticada atualmente.

Nesse cenário, emergem medidas paliativas na tentativa de frear o crescimento acelerado do número de demandas e reduzir a quantia das já existentes, a exemplo do julgamento monocrático dos recursos, demandas originárias dos tribunais e o julgamento da improcedência liminar (Sica, 2014, n.p.). O desafio que se coloca, no entanto, é a fiel observância e promoção de direitos e garantias processuais dos jurisdicionados nesse panorama.

O contraditório, por exemplo, é a garantia das partes de que participarão do procedimento que produzirá decisões que as afetem, de modo que haja debate e participação real e efetiva dos interessados (Câmara, 2022, n.p.). Dito de outro modo, "não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado" (Câmara, 2022, n.p.), de sorte que a participação dinâmica e efetivamente dialética das partes - e interessados de modo geral - é indispensável.

Tal garantia também guarda relação com a igualdade a ser observada no âmbito da relação processual, haja vista que as partes devem ter as mesmas oportunidades e serem tratadas de forma respeitosa. Nesse sentido, buscar-se-á a promoção de um processo equilibrado a partir de três principais perspectivas: igualdade de equipamentos, igualdade de procedimentos e igualdade de resultados (Câmara, 2022, n.p.). As partes devem ter acesso aos mesmos instrumentos jurídicos para exercer seus

direitos e faculdades e, havendo desequilíbrio de qualquer ordem, devem ser tratadas considerando o desequilíbrio existente a fim de que seja possível chegar a um resultado idêntico e justo (Câmara, 2022, n.p.).

Essas e outras garantias devem ser preservadas e, paralelamente a isso, deve-se buscar privilegiar a economia processual e a duração razoável do processo. Embora ambas sejam, por vezes, confundidas, os objetivos de cada uma são diversos. A economia processual "diz respeito à tomada de comportamentos necessários para que os atos processuais sejam praticados com os menores custos possíveis" (Campos, 2018, n.p.), contemplados custos financeiros, mas também os temporais[4]. De outro lado, a duração razoável do processo é aquele sem dilações indevidas, mas sem que essa situação gere atropelo aos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados (Câmara, 2018, n.p.).

A ressalva se faz necessária porque um processo preocupado com direitos fundamentais, naturalmente, leva mais tempo do que aquele em que há uma busca desenfreada pela celeridade. O exercício do contraditório e da ampla defesa, em sua versão completa e real, leva tempo e este período deve ser respeitado. Ademais, o processo decisório em si também precisa ser amadurecido, de forma que o juiz precisa ler as formulações iniciais, instruir o processo, ter contato com as partes para, então, prolatar uma decisão sóbria e previamente refletida (Cabral, 2016, p. 81).

Desse modo, entende-se não ser possível que, a pretexto da celeridade ou economia processual, ocorra violação de direitos fundamentais, haja vista que o processo é dotado de um tempo insuperável e intransponível para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma adequada e harmônica com os direitos fundamentais (Cabral, 2016, p. 83).

A propósito, a economia e a duração razoável do processo também não se confundem com a eficiência, esta última prevista tanto no art. 37 da Constituição Federal, como no art. 8º do Código de Processo Civil.

4 Bem por isso tem-se preferido hodiernamente a utilização do termo "economia processual" e não "celeridade processual", que diz respeito apenas ao custo temporal (Campos, 2018, n.p.).

A eficiência guarda relação com o custo entre os meios empregados para alcance do resultado que se almeja. Ou seja, "quanto menos onerosos (em tempo e energias) os meios empregados para a produção do resultado (e desde que seja alcançado o resultado constitucionalmente legítimo), mais eficiente terá sido o processo" (Câmara, 2022**,** n.p.).

É sobretudo com base nessas últimas garantias processuais expostas, inclusive, que muito se tem discutido acerca da utilização de ferramentas de Inteligência Artificial (IA) pelo Poder Judiciário, seja para atividades classificatórias ou operacionais de modo geral, seja para desempenho de atividades propriamente jurisdicionais (decisórias). O grande dilema, no ponto, é conciliar a utilização de ferramentas de inteligência artificial, que, no mais das vezes, possuem aptidão para realizar parte do trabalho humano de forma mais célere e efetiva, com o respeito e preservação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados.

## 3 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE UTILIZAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICAL NO JUDICIÁRIO

No tópico anterior foi observado que o direito processual civil serve, de forma precípua, como instrumento para alcance e realização do direito material e que, nesse sentido, a lógica constitucional é de previsão de algumas garantias mínimas para que o objetivo basilar do processo seja atendido. Posta essa premissa, este tópico tem como foco apresentar que é a Inteligência Artificial e o que é o *machine learning* para que, à frente, seja possível analisar se o uso dessa ferramenta pode contribuir para a redução do estoque processual das Cortes Superiores respeitando as garantias processuais das partes.

Quanto ao conceito de IA, Porto (2018, p. 109-144) aponta que se trata de um "sistema de computador capaz de executar tarefas que normalmente exigem habilidades humanas". Outro conceito é o de Peixoto (2020, p. 16), que define a IA como

> ramo da ciência da computação que busca, com interação multidisciplinar com outras áreas do conhecimento, a reprodução de ações cognitivas tipicamente humanas. Para tanto, a IA pode valer-se de diversas técnicas como estratégia de incremento de performance ou simplesmente de delegação de funções enfadonhas, repetitivas ou consideradas delegáveis e roboticamente praticáveis.

Berzagui e Silva (2022, p. 114), por sua vez, definem a IA como a "área da tecnologia que estuda o desenvolvimento de máquinas dotadas de capacidade para realização de atividades cognitivas similares às humanas", utilizando como um programa que pode resolver problemas por si só a partir de dados que lhe são apresentados. Já Castro e Ferrari (2016, p. 63-64) explicam que a produção de uma IA se dá a partir de operações lógico-matemáticas e pela criação de algoritmos matemáticos que permitem à máquina codificar informações e, com base neles, identificar padrões e desempenhar suas funções.

No Brasil, a Resolução n. 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) aponta, em seu art. 3º, II, que modelo de IA é conjunto de dados e algoritmos computacionais, a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento ou da atividade humana.

Berzagui e Silva (2022, p. 114) apontam para duas utilidades da IA: no desempenho de tarefas pré-determinadas, em que a IA resolve problemas estabelecidos no momento da programação; e sistemas avançados, nos quais há maior autonomia, com possibilidade da máquina aprender a identificar novos padrões. Nesta situação, por consequência, a máquina pode desempenhar tarefas mais complexas.

A capacidade de autoaprendizagem por parte do programa é o que lhe dá o nome de *machine learning*, ou aprendizado de máquina. Acerca destes programas, Casto e Ferrari (2016, p. 65-66) afirmam que "sistemas que sofrem aprendizagem são aqueles capazes de adaptar ou mudar seu comportamento com base em exemplos, de forma a manipular informações".

Na aprendizagem de máquina, a IA é desenvolvida para que seja possível apresentar novas respostas aos problemas apresentados a partir da coleta e análise dos dados disponíveis. Pereira (2023, p. 42) aponta que, em síntese, o aprendizado de máquina possibilita que o sistema aprenda com autonomia, baseado em um algoritmo que identifica padrões de dados já fornecidos anteriormente.

A diferença básica entre uma IA "comum" (leia-se: aquela em que não há autoaprendizagem) e o aprendizado de máquina está no fato de que, naquela é criado um conjunto de regras para gerar uma resposta com base nos dados introduzidos no sistema, enquanto nesta as regras são criadas a partir dos dados analisados e dos resultados esperados a partir dessa análise. É possível, inclusive, chegar ao ponto do sistema criar as próprias regras, já que essa tecnologia permite que os modelos sejam treinados em conjuntos de dados antes de serem implementados. Em síntese, o aprendizado de máquina permite que o sistema se desenvolva de forma gradual e automática, melhorando as próprias perguntas e respostas conforme mais dados são inseridos no sistema (Pereira, 2023, p. 43).

É possível observar, portanto, que o aprendizado de máquina se desenvolve a partir do acesso a um banco de dados vasto, que permite ao sistema desenvolver-se e criar novos padrões para questões eventualmente levadas, atualizando-se sem a necessária interferência do programador.

O aprendizado de máquina está relacionado à capacidade da IA para a realização de tarefas mais ou menos complexas. Quanto maior for o grau de complexidade da tarefa que se espera que a IA resolva, maior deverá ser o potencial de aprendizado de máquina, já que nas situações complexas, as chances da máquina se deparar com uma situação ainda não verificada é maior do que nas tarefas simples, que geralmente se repetem.

Diante dessa diferença, é comum que a IA seja classificada de acordo com sua capacidade de resolução de demandas complexas, sendo classificada como IA fraca quando realiza tarefas pré-estabelecidas, com menor capacidade de aprendizagem de máquina e com campo de atuação limitado (Hidalgo, 2021, p. 15). Já a IA forte é aquela criada para lidar com

situações complexas e desconhecidas, capaz de autoadaptação aos novos contextos. Berzagui e Silva (2022, p. 11) apontam que essa categoria de IA "visa simular a inteligência humana de fato, e, consequentemente, possui um maior campo de aplicação" quando comparada com a IA fraca.

A diferença entre a IA fraca e a forte se dá, sobretudo, no uso e no resultado esperado a partir do seu uso, visto que a IA fraca desempenhará sua função de acordo com o algoritmo programado e a IA forte utilizará das informações presentes em um determinado banco de dados para aperfeiçoar o seu algoritmo e, a partir disso, efetuar correlações novas, sem a necessidade de interferência direta em sua programação.

Levando o debate para o Poder Judiciário, tem-se que o uso de ferramentas de IA nesse seara não se trata propriamente de novidade. Com o objetivo de auxiliar na resolução de diversas tarefas, cada vez mais é possível vislumbrar iniciativas nesse sentido, com a missão de otimizar esforços e trabalho dos membros e servidores, sobretudo em razão do alto congestionamento judiciário existente no país, já examinado.

Tanto é assim que, em estudo datado de 2022, o professor Dierle Nunes (2023, p. 55) mapeou a existência de 111 iniciativas de ferramentas de inteligência artificial analíticas[5] em estado de ideação, desenvolvimento ou implementação no Brasil, classificando-as em quatro modelos. O primeiro modelo de IA é aquele voltado para o auxílio de atividades-meio do Judiciário, como gestão de recursos financeiro e de pessoal, por exemplo. Já o segundo destina-se a automatizar fluxos de movimentação do processo e das atividades executivas, auxiliando os magistrados na execução de tarefas pré-determinadas. O terceiro grupo de modelos são aqueles que dão suporte para elaboração de minutas, mas sem promover a decisão propriamente dita e, finalmente, o quarto grupo é referente a iniciativas relacionadas a formas adequadas de resolução de conflitos (Nunes, 2023, p. 55).

5 A inteligência artificial analítica diferencia-se da generativa pois, enquanto naquela a análise é preditiva mediante o reconhecimento de padrões e tomada de decisões, nesta há a criação de conteúdo, não se limitando ao mero reconhecimento e processo decisório (Nunes, 2023, p. 58).

Com a utilização de ferramentas de IA analíticas, haveria a possibilidade de identificação do perfil de demandas e de litigantes, análise de fluxos por unidade jurisdicional, automação de atos processuais de baixo risco, privilegiando-se a duração razoável do processo, auxílio de análise automatizada de conjuntos probatórios e diligências, auxílio na obtenção do patrimônio de devedores, dentre outras (Nunes, 2023, p. 57).

A já mencionada Resolução n. 332/2020 do CNJ, que dispõe acerca da ética, transparência e governança na produção e uso de IA pelo Judiciário, bem como que instituiu a plataforma Sinapses[6], é um exemplo de que a utilização da IA pelo Poder Judiciário não é uma questão futura, e sim presente.

Também há diversas ferramentas utilizadas pelos Tribunais brasileiros para fins de otimização das tarefas. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, possui a ferramenta "JurisprudênciaGPT", em que o usuário pode fazer um questionamento sobre jurisprudência e o sistema responde com base nos acórdãos registrados, inclusive com exposição das referências utilizadas (TJPR, 2024, n.p.). Já no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é possível utilizar ferramenta de IA que sugere ao magistrado a classificação da primeira decisão a ser proferida em sede de execução fiscal (Arend, 2019, n.p.) e, em breve, lançado mecanismo para auxiliar advogados na distribuição de processos judiciais, facilitando a validação do assunto principal da petição inicial (Souza, 2024, n.p.).

O Tribunal goiano, mediante utilização da "Berna", identifica e unifica volumes significativos de demandas judiciais em tramitação que possuem mesmo fato e mesma tese jurídica na petição inicial, de modo que o tempo entre a chegada da inicial e o proferimento da primeira decisão foi reduzido de quatro a cinco dias para apenas um dia (Agência CNJa, 2024, n.p.).

6 A referida plataforma é de abrangência nacional e se trata de uma solução computacional, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de Inteligência Artificial em desenvolvimento no Brasil (CNJ, 2020).

De forma mais inovadora e polêmica, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro recentemente lançou o "ASSIS", que promete auxiliar na construção de relatórios, decisões e sentenças em processos judiciais eletrônicos (Agência CNJb, 2024, n.p.), de modo que se pretende a utilização direta da IA no exercício da jurisdição propriamente dita, tema ainda mais delicado.

Em que pese as menções acima sejam tão somente exemplificativas, sem dúvidas corroboram a afirmativa de que há utilização de inteligência artificial no Judiciário brasileiro já ocorre e a tendência é que esteja cada vez mais presente. No presente trabalho busca-se examinar, contudo, se, em se tratando de Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), tais ferramentas de IA podem ser utilizadas para redução do estoque processual sem que isso ocasione atropelo ou prejuízo nos direitos e garantias processuais das partes, as quais regem o processo civil contemporâneo.

## 4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FORMA DE REDUZIR O ACERVO PROCESSUAL EXISTENTE NAS CORTES SUPERIORES

Como afirmado acima, este trabalho não pretende discutir se o Judiciário pode ou não se valer da IA no desempenho de suas atividades, mas sim verificar como essa ferramenta pode contribuir para o desenvolvimento de sua atuação e preservar as garantias processuais das partes.

Desde 2017, o Supremo Tribunal Federal, em convênio firmado com a Universidade de Brasília (UnB), desenvolve uma IA que costumeiramente recebe o nome de Victor e que tem por finalidade contribuir para a análise dos casos de Repercussão Geral apresentados ao STF.

No ponto, é necessário destacar que o instituto da Repercussão Geral foi criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e que, conforme destacado por Valle, Gasó e Ajus (2023, p. 21) cerca de 100 mil processos foram destinados ao STF apenas no ano de 2018.

Nesse sentido, o convênio com a UnB permite que acadêmicos dos Cursos de Direito, Engenharia de Software e Ciência da Computação, sob supervisão da Secretaria de Tecnologia da Informação do STF (STI/STF), possam criar as bases do sistema que tem por finalidade dividir os recursos analisados para apreciação da Repercussão Geral (Valle; Gasó; Ajus, 2023, p. 21).

Assim como ocorre com grande parte dos *softwares* disponíveis atualmente, o desenvolvido pelos alunos da Unb utilizam diversas linguagens de computação. Filho e Junquilho (2018, p. 227) destacam que o projeto é composto de diversas etapas, que vão permitir estruturar os algoritmos que serão a base do sistema. Os autores destacam que diversas são as técnicas de IA utilizadas na programação do sistema Victor, como a de aprendizado de máquina, o que permite ao sistema classificar processos em tempo real.

O uso do aprendizado de máquina pelo STF (leia-se: sistema Victor), permite que sejam identificados os litigantes mais frequentes; temas de repercussão geral que possuem maior volume de processos vinculados; questões constitucionais mais judicializadas; casos excepcionais que são ajuizados com frequência, mas que não se enquadram nos temas já estabelecidos, o que permite à Corte formar novos precedentes. De modo geral, a adoção do aprendizado de máquina pelo STF permite que o tribunal consiga ter um retrato fiel do estoque processual e, assim, potencialize o manejo dos processos (Filho e Junquilho, 2018. p. 228).

O *software* desenvolvido pela UnB sob a supervisão da STI/STF permite que o processo seja dividido de acordo com os documentos que o compõem e, a partir da codificação dos seu conteúdo, localizar quais casos possuem similaridade com o caso analisado, utilizando para tanto um banco de dados com cerca de 45.000 processos, indicando quais as correlações entre os casos.

Diante do inegável congestionamento do Tribunal, em 2018, o STJ deu início ao projeto que daria origem ao sistema Athos, o qual busca

auxiliar o agrupamento de processos para que seja possível gerar decisões iguais com base em modelos previamente existentes.

Quanto ao seu funcionamento, o sistema Athos utiliza um banco de dados composto por 328.732 julgados, proferidos entre 2015 e 2017 e, a partir disso, consegue localizar correspondentes semânticos com o texto analisado e, assim, identificar quais julgados são similares, indicando quais julgados passados têm similaridade e, assim, indicando qual a decisão se adequa ao caso analisado (Figueiredo, 2022, p. 53).

Durante o uso do sistema, o operador do sistema Athos deve indicar quais critérios (filtros) deseja que o sistema adote na pesquisa para que a IA agrupe os processos de acordo com as teses semelhantes encontradas no banco de dados. Para tanto, o sistema identifica grupos de cinquenta processos com similaridade mínima de 90% e, assim, aponta qual tese mais semelhante ao caso analisado (Figueiredo, 2020, p. 80).

Tendo em vista o funcionamento da IA apresentado no tópico anterior, em que as decisões são tomadas com base no banco de dados fornecido, e que o estoque processual permite a existência de grande quantidade de casos similares, o aprendizado de máquina se mostra como uma ferramenta bastante útil para que seja possível identificar quais processos já foram analisados pelo tribunal e, assim, indicar qual julgado passado é similar ao caso sob análise.

Nesse sentido, quando se confronta o modo de funcionamento da IA com as garantias processuais, pode-se observar que, a depender da forma que a IA é construída, pode-se efetivar tais garantias, conforme se observa à frente.

No que tange às garantias do contraditório e da ampla defesa (Câmara, 2022, n.p.), é necessário pontuar que as IAs analisadas levam em considerações os argumentos tratados pelas partes para identificar qual caso pode ser considerado como um paradigma e, assim, servir de base para o julgamento do caso sob análise (Araujo, Campos, Braz e Silva, 2020, p. 1450).

A atuação das IAs analisadas nesse trabalho versam, de forma geral, sobre a possibilidade de aplicação de temas já analisados anteriormente pelos tribunais e, de certo modo, que possuam entendimentos consolidados, respeitando as exceções e permitindo que, nestes casos, a análise seja feita pelo juiz ou, no caso, ministro.

Desse modo, considerando que a decisão da IA é feita com base tanto nos argumentos das partes quanto nos casos já julgados, pode-se verificar que, a depender da qualidade do banco de dados utilizado, a IA poderá tomar uma decisão que não afronte a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Outra garantia analisada foi a da economia processual, a qual pode ser entendida como a adoção de uma postura que reflita na prática dos atos processuais com o menor custo possível (Cabral, 2016, p. 83), em que pese não se confunda com a duração razoável do processo (muito mais relacionada ao tempo do processo em si) (Câmara, 2022**,** n.p.). Considerando que o uso da IA permite a análise de um grande volume de dados em uma velocidade muito acima da capacidade humana, pode-se afirmar que o uso de softwares dotados de IA representa um verdadeiro avanço na efetividade da economia processual e da duração razoável do processo, eis que tanto o tempo do processo quanto os custos financeiros para o seu andamento são menores quando adotados tais sistemas.

Por fim, quanto à eficiência, Berzagui, Silva e Silva (2023, p. 41) apontam que "Direta ou indiretamente, a IA leva ao aumento do número de tarefas realizadas, reduz o tempo de tramitação dos processos, gera economia aos cofres públicos e auxilia na consolidação dos posicionamentos jurisprudenciais", o que representa, de forma clara um avanço no sentido de efetivação da eficiência do Poder Judiciário como um todo, já que a decisão da IA se baseia em uma grande quantidade de julgados e é construída a partir de um elevado grau de correspondência entre o caso analisado e o banco de dados.

Assim, pode-se observar que a IA tem potencial de garantir a efetividade das garantias processuais das partes, na medida em que o tempo

necessário para se fazer a análise do processo por um servidor levaria um tempo muito maior que o tempo necessário para que a IA analise não apenas o caso, mas também o banco de dados formado por inúmeros processos e encontrar as correspondências com elevado grau de semelhança, resultado este que seria impraticável por servidores.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou verificar se o uso de Inteligência Artificial pelas Cortes Superiores (STF e STJ) pode contribuir para a redução do estoque processual sem que as garantias processuais das partes sejam violadas.

Ao longo da pesquisa verificou-se que, na lógica constitucional atual, o processo civil tem como finalidade tornar o direito material efetivo e que, para tanto algumas garantias são previstas às partes. Exemplificativamente, cita-se o contraditório e a ampla defesa, diretamente relacionados à ideia de garantir um sistema paritário e que permita que as partes possam fundamentar juridicamente o seu pedido e ter a devida análise, e a duração razoável do processo e com o menor custo operacional possível, juntamente com a eficiência, que assume o caráter de princípio constitucional e, portanto, deve ser observado como uma garantia das partes.

Observou-se que a IA está relacionada com a área da computação que busca, por meio de algoritmos, reproduzir ações cognitivas tipicamente humanas, especialmente no que se refere à capacidade lógico-racional e que, cada vez mais, é possível verificar aplicações de IA no cotidiano, possibilitando que tarefas repetitivas e simples sejam desempenhadas pela máquina, permitindo que o ser humano se concentre em atividades mais complexas. Ademais, a depender do tipo de programação utilizada, a IA pode utilizar dos dados presentes em um banco de dados para aperfeiçoar seus algoritmos e melhorar o seu desempenho.

No âmbito do Poder Judiciário, existem diversas iniciativas de uso de IA como forma de tornar mais célere o trabalho dos tribunais e, dentre

as principais funções desempenhadas por estes programas estão a de analisar processos e identificar casos similares já julgados pelo tribunal.

Quanto à iniciativa do STF, foi verificado que a IA desenvolvida contribui para a identificação de casos de repercussão geral, com a análise de cerca de 100.000 processos no banco de dados para observar quais casos são similares e quais não se enquadram nas regras já existentes, possibilitando que o tribunal venha a formar novos temas de acordo com os resultados obtidos pela máquina.

Já no que se refere à iniciativa do STJ, percebeu-se que o sistema tem uma banco formado por cerca de 45.000 processos e que, a partir dos filtros indicados pelo servidor, o sistema decodifica o processo sob análise e indica qual processo do banco de dados se assemelha, sendo recomendado uma decisão apenas se houver mais de 90% de similaridade entre os casos.

No que se refere às garantias das partes, foi possível verificar que, diante do modo de funcionamento da IA, preserva-se a ampla defesa e o contraditório, já que os sistemas conseguem decodificar todo o processo e analisar casos similares com elevado grau de similaridade. Ademais, considerando que a análise se dá num tempo incomparavelmente menor do que o tempo necessário para um humano fazer a mesma atividade, é possível perceber um ganho tanto a economia processual, quanto na duração do processo e por fim, essa redução de tempo pode ser considerada um ganho de eficiência para o Poder Judiciário.

Desse modo, percebe-se que, por si só, a IA não coloca em risco as garantias processuais das parte, sendo errôneo deduzir automaticamente a inobservância e desrespeito aos direitos tão somente por ter ocorrido a utilização destes sistemas. Com efeito, é necessário atentar para o tipo de atividade que o modelo de inteligência artificial desempenhará, como ele opera (se de forma preditiva, se de forma analítica ou se com base em aprendizado de máquina, por exemplo) e principalmente como ele será criado e qual a qualidade do banco de dados que será a ele disponibilizado.

Isso porque quanto maior o acervo disponível, maiores chances e condições o modelo terá de ser assertivo no exercício de suas funções

e classificando demandas de acordo com a solicitação feita pelo usuário. Assim, conclui-se pela possibilidade de que sejam utilizados instrumentos de IA para redução do estoque processual nas Cortes Superiores sem que tal ocasione uma violação ou atropelo nos direitos e garantias fundamentais, especialmente as processuais, das partes.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CNJa. Ferramenta de IA desenvolvida pela Justiça goiana reduz o tempo de tramitação processual. **CNJ**, 09 jan. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5TC. Acesso em: 02 out. 2024.

AGÊNCIA CNJb. Ferramenta de IA vai auxiliar juízes fluminenses na elaboração de minutas de sentença. **CNJ**, 02 set. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5TK. Acesso em: 02 out. 2024.

ARAÚJO, Pedro Henrique Luz de et al. VICTOR: a Dataset for Brazilian Legal Documents Classification. In: Twelfth International Conference On Language Resources and Evaluation, 12. 2020, Marselha. **Proceedings of the Twelfth Language Resources and Evaluation Conference**, Marselha: ELRA, 2020. p. 1449-1458. Disponível em: https://aclanthology.org/2020.lrec-1.181.pdf. Acesso em 03 out. 2024.

AREND, Adriana Freitas. Inteligência Artificial nos processos de execução fiscal. **TJRS**, 19 dez. 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/inteligencia-artificial-nos-processos-de-execucao-fiscal/. Acesso em: 20 set. 2024.

BERZAGUI, Bruno; SILVA, Jose Everton da. A utilização da inteligência artificial para apreciação de pedidos de tutela provisória da evidência em caráter liminar. In: XXIX Congresso Nacional do Conpedi, 29., 2022, Balneário Camboriú. **Congresso Nacional do Conpedi.** Florianópolis: Conpedi, 2022. p. 110-127. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/81i5crd4/XwjKjId67d4c66Rn.pdf. Acesso em: 03 out. 2024.

BERZAGUI, Bruno; SILVA, Jose Everton da; SILVA, Marcos Vinícius Viana da. A inteligência artificial pode tornar o Poder Judiciário mais eficiente? A aplicação da inteligência artificial nos tribunais pátrios à luz da análise econômica

do direito. In: XII Encontro Internacional do Conpedi, 12., 2023, Buenos Aires. **Anais [...] .** Florianópolis: Conpedi, 2023. p. 25-45. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/w7dsqk3y/7d86z7t8/XGs0tiT99E6VtNLS.pdf. Acesso em: 03 out. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 13 set. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no novo Código de Processo Civil. *In:* JÚNIOR DIDIER, Fredie (coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 75-100.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022. E-book.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2018. E-book.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, Leandro Nunes de; FERRARI, Daniel Gomes. **Introdução à mineração de dados**: conceitos básicos, algoritmos e aplicações. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2024***: ano-base 2023*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 02 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 332 de 21 de agosto de 2020**. Disponível em:< https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429> . Acesso em 03 out. 2024.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A constitucionalização do novo Código de Processo Civil. *In:* JÚNIOR DIDIER, Fredie (coord.). **Normas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59-74.

FIGUEIREDO, Guilherme Silva. **Projeto Athos**: um estudo de caso sobre a inserção do superior tribunal de justiça na era da inteligência artificial.. 2022. 113 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Profissional em Direito, Programa

de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas, Universidade de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: http://www.realp.unb.br/jspui/bitstream/10482/44557/1/2022_GuilhermeSilvaFigueiredo.pdf. Acesso em: 03 out. 2024.

FILHO, Mamede Said Maia Filho; JUNQUILHO, Tainá Aguiar. **Projeto Victor**: Perspectivas de aplicação da inteligência artificial ao Direito. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, vol. 19, n. 3, p. 219-238, set./dez. 2018. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1587/pdf. Acesso em 03 out. 2024.

HIDALGO, César. **How humans judge machines**. Cambridge: MIT Press, 2021.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. **Revista de Processo**, v. 229, mar. 2014, p. 51-74.

NUNES, Dierle. Uma introdução sobre o uso dos modelos de Inteligência Artificial analíticas e generativas no Direito Processual. *In:* BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo; PICÓ I JUNOY, Joan; PEREIRA CAMPOS, Santiago (org.). **O sistema processual do século XXI**: novos desafios - XVII Jornadas Iberoamericanas de direito processual. Londrina, PR: Thoth, 2023, p. 53-83.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Direito e inteligência artificial**: referenciais básicos. Brasília: DR.IA, 2020.

PEREIRA, Jenifer Carina. **INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (MACHINE LEARNING) E O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 2023. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2023.

PORTO, Fábio Ribeiro. O impacto da utilização da inteligência artificial no executivo fiscal: estudo de caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). **Tecnologia jurídica e direito digital**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 109-144

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário - Reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 236, out. 2014, p. 13-26.

SOUZA, Janine. **TJRS lançará IA para auxiliar advogados na distribuição processual**. *TJRS*, 23 set. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5Tu. Acesso em: 07 out. 2024.

TJPR **detalha nova ferramenta de inteligência artificial aplicada ao Judiciário**. *TJPR*, 25 jan. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5Th. Acesso em: 29 set. 2024.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GASÓ, Josep Ramón Fuentes I; AJUS, Attílio Martins. Decisão judicial assistida por inteligência artificial e o Sistema Victor do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, [S.L.], v. 10, n. 2, p. 252, 10 out. 2023. Universidade Federal do Paraná. http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v10i2.92598. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rinc/a/YKZfQPLJqT7F3P445KkmwnC/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 03 out. 2024.

# LOS DESAFÍOS DE LA ABOGACÍA FRENTE A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO

Jorge Iván Guerra Fuentes[1]
Oiden Moisés Peña Pérez[2]
Óscar Alfonso Jimenez Viloria[3]

## 1 INTRODUCCIÓN

Bien sabido es que los abogados somos eternos estudiosos del derecho que debemos estar en constante aprendizaje y desaprendizaje. Lo que conlleva un constante estudio, no solo de las normas jurídicas que compongan el ordenamiento jurídico sino de también, de todos aquellos

1 Abogado de la Universidad Popular del Cesar; Magister y Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Libre; Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia; Docente Universitario; Líder del Grupo de Investigación Polites; Tutor del Semillero de Investigación Piero Calamandrei; Litigante; Conciliador en Derecho; Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; Conferencista Internacional; Autor de Artículos Especializados y Director del Canal en YouTube El Abogado; Correo: jiguerra@unicesar.edu.co

2 Estudiante del Programa de Derecho en la Universidad Popular del Cesar; Miembro del Semillero de investigación Piero Calamandrei; Correo: omoisespena@unicesar.edu.co

3 Estudiante del Programa de Derecho en la Universidad Popular del Cesar; Miembro del Semillero de investigación Piero Calamandrei; Correo: oalfonsojimenez@unicesar.edu.co

conocimientos que requiera el ejercicio profesional. Lo que incluye a su vez, como uno de los desafíos de la abogacía, la apropiación de los conceptos tecnológicos que hoy marcan la ruta de esta era digital. Con respecto a esto último, nuestra investigación se planteó el interrogante ¿Cuáles son los desafíos que tiene la abogacía frente a la implementación de la inteligencia artificial en el Derecho?

Para ello, hicimos una breve pero puntual apreciación de las circunstancias socio-jurídicas del tema en cuestión en Latinoamérica. En consecuencia, el objetivo general de nuestro escrito fue determinar cuáles son los desafíos que tiene la abogacía frente a la implementación de la inteligencia artificial en el Derecho. Teniendo como objetivos específicos (i) Analizar las nociones de inteligencia artificial y la abogacía; (ii) Establecer cuál es la incidencia de la IA en el Derecho. Para ello, desde la aplicación metodológica analítica cualitativa.

## 2 BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y CONCEPCIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

Antes de entrar a definir el concepto de Inteligencia Artificial, es menester aclarar que no hay un consenso uniforme sobre la definición de IA; por lo tanto, en esta oportunidad haremos una breve reseña histórica sobre el concepto de IA y su evolución histórica. Asimismo, expondremos las definiciones que consideramos más precisas en la actualidad.

Si estudiamos el concepto de IA desde un punto de vista histórico, encontramos que el primero en usar este término fue el estadounidense John Patrick McCarthy en una conferencia que realizó en Dartmouth Collage en el año 1956, quien definió la inteligencia artificial como *"la ciencia y la ingeniería de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de computadoras inteligentes"*.[4]

4 Gobierno de España. Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Recuperado de: https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-ia-prtr 7 de octubre de 2024.

En consecuencia, si se analiza con las reglas de la sana crítica la génesis del concepto de IA, podríamos inferir y llegar a la conclusión lógica; que en la década de los años 40 del siglo XX se marcó un precedente histórico para que más adelante surgiera el concepto de IA. Sostenemos esta postura, porque en esa década los matemáticos Norbeth Wiener y John Von Neumann trabajaron en temas que sentaron algunas bases sólidas sobre las herramientas de la IA, tales como *"la teoría de los sistemas y la computación"*[5]. Con esto no se quiere decir que los dos matemáticos sean precursores del concepto de IA, solo que es preciso resaltar la gran labor que hicieron en todo el proceso de la aparición de la IA al establecer distintas bases sobre la computación, que terminaron por revolucionar el campo de las tecnologías y de la informática.

Entrando a estudiar el concepto de IA, tenemos que la definición inicial que nos dió McCarthy se queda corta con lo que representa la IA en la actualidad, es por ello que en este escrito hemos decidido dividir el concepto de IA *en estricto sentido* y en *IA Generativas,* que son las que se implementan en la actualidad. Una definición acertada desde el punto de vista de la IA en estricto sentido podría ser la que nos dio la Comisión Europea en diciembre del año 2018, quien definición las herramientas de IA como:

> sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital percibiendo su entorno mediante la adquisición de datos, interpretando los datos recogidos (sean estos estructurados o no), razonando sobre el conocimiento o procesando la información derivada de estos datos y decidiendo las mejores acciones a tomar para alcanzar un determinado objetivo.[6]

Si observamos con detenimiento el concepto de IA en estricto sentido, tenemos que desde este punto de vista las herramientas de IA no

5 Norbert Wiener y el Origen de la Cibernética. Recuperado de: https://www.amc.edu.mx/revistaciencia/images/revista/67_1/PDF/Presentacion.pdf 7 de octubre de 2024.

6 A Definition of Artificial Intelligence: Main Capabilities and Scientific Disciplines. Recuperado de: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial--intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines 7 de octubre de 2024.

tienen autonomía ni capacidad de adaptarse a datos que no estén recolectados, es decir, solo funcionan con la recolección de datos que han obtenido y a partir de ahí es que tomarán la decisión de lo que crean más acertado.

Por otro lado, en el segundo criterio encontramos a las IA Generativas que son las que están en pleno auge en 2024 como es el caso de ChatGPT, que desde nuestra perspectiva dominarán en el futuro. Trayendo la definición que consideramos más acertada para este concepto, encontramos que en noviembre del año 2023 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) actualizó a través del memorando explicativo nº 8 actualizó el concepto que tenía de IA en el 2019, donde actualmente nos indica qué:

> Un sistema de IA es un sistema basado en máquinas que, para unos objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Los distintos sistemas de IA varían en sus niveles de autonomía y adaptabilidad tras su despliegue.[7]

Este concepto de IA generativas es importante tenerlo presente, porque según la definición anterior estas IA se componen de dos presupuestos que son: la *autonomía* y a*daptabilidad,* lo primero significa que estas herramientas ya no dependen o funcionan estrictamente de la información suministrada por un humano, sino que estos sistemas una vez le suministren una información primaria, pueden seguir actuando y aprendiendo sin la necesidad de que los humanos le sigan proporcionando información. Lo segundo significa, que las IA generativas tienen la capacidad de adaptarse a situaciones nuevas, debido a que se trata de un sistema de aprendizaje automático.

La honorable Corte Constitucional de Colombia a través de la Sentencia de Tutela 323 de 2024 se ha pronunciado sobre los presupuestos de autonomía y adaptabilidad, donde expresa qué:

7 Recomendación Sobre la Inteligencia Artificial. Recuperado de: OCDE, *Memorando explicativo n.º 8 sobre la definición actualizada de la OCDE de un sistema de IA. (2023).* 7 de octubre de 2024.

> Estas habilidades son el resultado de la imitación de las redes neuronales humanas. En otras palabras, la IA emula la estructura del cerebro humano. De este modo, las herramientas de IA aprenden sobre la base de grandes volúmenes de datos y encuentran soluciones a problemas que no sólo no se conocen, sino que en muchos casos no se podrían visualizar. Muchas veces estos sistemas descubren atributos o representaciones intermedias que le permiten realizar tareas. Otras veces encuentran una forma particular de hacerlo que no se le habría ocurrido a un humano. Y otras tantas, estos circuitos, que se han consolidado en el entrenamiento para resolver un problema, les permiten resolver otros inesperados, sin que quien desarrolló esa red neuronal pudiese preverlo de antemano. Párrafo. 98[8]

Lo dicho por esta corporación es supremamente interesante porque establece que las IA generativas buscan ser semejantes al cerebro de los humanos, de donde surge otro debate interesante sobre si la IA generativa va a reemplazar a los humanos; empero, ya ese es otro asunto que debe resolverse en otras investigaciones.

## 1.1 Concepto del término abogado y su importancia social

El ser humano al estar integrado en una sociedad donde existe multiplicidad de ideologías es completamente normal que se presenten desavenencias; no obstante, para evitar la mayor cantidad de conflictos posibles se requiere la regulación de la sociedad a través de normas jurídicas, y es aquí donde cobra importancia la profesión del abogado. Si se analiza la etimología del concepto abogado, encontraremos que proviene del latin advocatus, que significa *"el llamado para el auxilio"*,[9] pues es este el profesional encargado de representar los intereses de las personas que se encuentran inmersas en un conflicto jurídico. Cabe resaltar, que el buen abogado está dotado de los conocimientos necesarios para interpretar la norma, redactar escritos, garantizar la defensa de su cliente, y de manera general todo lo que se requiere para contribuir a la búsqueda de la justicia.

8 Corte Constitucional Colombiana. Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm#_ftnref70 7 de octubre de 2024.

9 SIDER. Recuperado de: https://etimologias.dechile.net/?abogado 7 de octubre de 2024.

Aquí nos surge la siguiente pregunta, *¿sólo se considera abogado la persona llamada para el auxilio?* Desde nuestra perspectiva la definición parte de esa base; sin embargo, el concepto va mucho más allá, porque el abogado que no se adapte a las nuevas tecnologías está propenso a ser menos abogado cada día. Para ser considerado como tal, hay que tener vocación y pasión por lo que se hace, se debe estar en constante estudio para aprender de los aciertos y los errores; y lo más importante, hay que estar involucrados en el litigio y/o en la administración de justicia, resaltando que también un abogado puede impartir cátedras en una universidad y/o dedicarse a asesorar clientes.

Con relación a lo anterior, podríamos decir que ser abogado implica adaptarse a los nuevos cambios, verbigracia, la revolución que estamos presenciando con la llegada de la IA generativa. A todo esto, (Ossorio & Gallardo, 1919) propusieron el concepto abogado en su ilustre obra El alma de la toga, donde nos indica qué: "Basta, pues, leerle para saber que quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y pedir justicia en los tribunales, será todo lo licenciado que quiera, pero abogado, no".

Es pertinente afirmar, que para ser considerado abogado no solo basta con terminar los estudios académicos que esta profesión requiere, sino que también se requiere ejercer de manera permanente la profesión, cuestión que se realiza de mejor manera a través del litigio, porque si no *¿Qué sentido tiene poseer conocimientos jurídicos y no aplicarlos?* De eso se trata el ser abogado, de la utilización constante del raciocinio para aplicar el conocimiento adquirido a casos específicos y buscar la decisión que mejor favorezca al cliente.

## 3 INCIDENCIA DE LA IA EN EL DERECHO

En virtud de la transformación que está teniendo el mundo con respecto a la cuarta revolución industrial, son muchos los sectores que han desarrollado el uso de las ventajas de la IA; cuestión que no ha sido ajena para el ámbito jurídico, en tanto que el uso de los medios tecnológicos en

la aplicabilidad del Derecho es una realidad que han acogido múltiples países latinoamericanos. Sin embargo, llama mucho la atención como lo es la falta de colaboración científica de estos países de la región en pro de impulsar el desarrollo de la IA de forma más efectiva. Por ejemplo, si hacemos una comparación de la colaboración científica que tenían 12 países de Latinoamérica con otras regiones del mundo como Europa, Asia y Estados Unidos, encontramos que: "Dentro del período que comprende del año 2018 al 2022, las relaciones de apoyos representaban un 80,6 del total; mientras que las colaboraciones de estos países dentro de América Latina representaban el 7,7 del total".[10]

Entrando en materia de la incidencia de la IA en el derecho, observamos que los robots están realizando cada vez más labores propias de abogados y ofreciendo servicios legales. De hecho, (Oppenheimer, 2018) en el capítulo *"SIRI, ME DUELE LA CABEZA"* de su libro *¡SÁLVESE QUIEN PUEDA!,* establece que: "en el año 2016 la firma DLA Piper, contrató a una empresa de inteligencia artificial para analizar contratos corporativos y proponer correcciones, tareas que hacían los abogados jóvenes que recién ingresaban en la firma".

Como ocurrió en el caso en mención, lo más probable es que en la actualidad otras oficinas de abogados estén utilizando plataformas de internet y de servicios legales para recopilar datos, desplazando a muchos asistentes legales que antes realizaban esa tarea.

La IA realiza procesos de automatización en el Derecho, ya que brinda respuestas sobre cierta información legal en distintas áreas, así, por ejemplo; un usuario puede consultar en ChatGPT sin ningún problema cuáles son las obligaciones que contrae al celebrar algunos contratos como el de arrendamiento, prestación de servicios, comodato, usufructo, entre otros. Pero se tener un especial cuidado y utilizar responsablemente este tipo de tecnologías disruptivas en el ámbito jurídico, pues la IA

10 Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile (Cenia) con apoyo del BID, CAF y la OEA, *Primer Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial. Recuperado de: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34598/1/Indice_Latinoamericano_de_Inteligencia_Artificial.pdf pág. 63. (2023). 1 de octubre de 2024.*

trabaja con información previamente seleccionada hasta el año 2022, es decir, esta trabaja con una base de datos que ha sido suministrada hasta esa fecha; por lo que resulta necesario cerciorarse de dicha información teniendo en cuenta que el Derecho está en constante avance y modificación, lo que podría eventualmente hacer que este tipo de IA proporcione información errada y/o desactualizada.

También es preciso resaltar que la IA responde preguntas de sus usuarios, prediciendo el resultado de un proceso legal cuyos datos han sido previamente suministrados por las personas, volviéndose así una herramienta poco confiable, debido a que el ejercicio de la abogacía es de medio y no de resultado.

## 3.1 Desarrollo e implementación de la ia en latinoamérica

Este punto es extenso porque implica hablar sobre cómo se está implementando la inteligencia artificial en distintos países de Latinoamérica, cuál es su estado actual, cómo se está llevando a cabo su regulación, entre otros puntos que resultan interesante para saber cómo avanza esta zona geográfica en cuanto a los avances tecnológicos de la IA. Este análisis lo haremos con base en la inversión del sector privado de doce países latinoamericanos, es decir, no se analizará el producto interno bruto (PIB) de cada país ni su inversión estatal, sino que se va a estudiar la inversión privada por parte del sector empresarial. Esto se hace con la finalidad de aproximarnos un poco a la innovación, desarrollo y conocimiento en el campo de la IA por parte de los países latinoamericanos.

La importancia de tocar este punto radica en que el desarrollo de la IA ayuda a los países a fortalecer sus economías, a ser más competitivos frente a los nuevos cambios tecnológicos y a generar mayor cantidad de empleos; lo cual de una u otra manera influye dentro de la administración de justicia. En consecuencia, es necesario resaltar que haremos este análisis de la forma más concisa posible buscando traer al presente trabajo aspectos determinantes, los cuales serán tomados del primer

Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial (ILIA) elaborado por el Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile (Cenia) con apoyo del BID, CAF y la OEA, debido a que consideramos que son estadísticas recientes y con un estudio muy exhaustivo.

En primera medida, es pertinente mencionar que las cifras de inversión privada de los países latinoamericanos para el desarrollo de la IA son bastante desalentadoras, porque según el ILIA, solo *"entre el período del año 2010 al 2021, la inversión privada de todos los países de Latinoamérica no superaba el 1,7% de la inversión que realizó Estados Unidos o el 5% de China"*.[11] Si analizamos estas cifras, observamos que los Estados Unidos y China llevan una enorme ventaja frente a los países latinoamericanos en cuanto al desarrollo de la IA; sin embargo, nos detendremos un momento para analizar estadísticas más actuales sobre la inversión e implementación de la IA por parte de algunos países latinoamericanos.

El sector privado en muchos países latinoamericanos ha tenido cierto desinterés frente a los pasos agigantados que viene dando la IA desde hace algunos años, es por ello por lo que no han realizado inversiones significativas en cuanto al desarrollo de las nuevas tecnologías. Por ejemplo, si analizamos las estadísticas de inversión privada a nivel mundial para el desarrollo de la IA en el año 2022, tenemos que:

> Alcanzó la cifra de USD 190 billones, lo cual es una buena inversión en términos generales; sin embargo, se estima que los países latinoamericanos invirtieron alrededor de USD 8,2 billones, lo cual es una cifra supremamente baja en comparación con el resto del mundo. Hay que resaltar que Brasil realizó aproximadamente el 40% de las inversiones que realizaron los países latinoamericanos.[12]

11 Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile (Cenia) con apoyo del BID, CAF y la OEA, *Primer Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial. Recuperado de: https://shre.ink/b5T7 pág. 7. (2023). 1 de octubre de 2024.*

12 Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile (Cenia) con apoyo del BID, CAF y la OEA, *Primer Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial. Recuperado de: https://shre.ink/b5Tq pág. 63. (2023). 1 de octubre de 2024.*

En términos más sucintos, el tema de la inversión privada para el desarrollo de la IA es muy bueno para el Derecho, porque entre más avancen los países en esta materia mejor será su desempeño en las demás áreas, incluyendo el campo de la abogacía. Es cierto que la IA ha sido de gran ayuda para el Derecho en cuanto facilita algunas labores y ayuda a optimizar tiempo; sin embargo, también tiene sus desventajas y es por ello que surge la necesidad de una regulación urgente por parte de los Estados. Estos avances y el desarrollo de herramientas tecnológicas influyen directamente dentro de la administración de justicia, en tanto que la IA puede llegar a ser un buen complemento para los jueces y abogados.

## 4 RESPONSABILIDAD ÉTICA Y PROFESIONAL DEL ABOGADO A LA HORA DE USAR LA IA

No podemos ver a la IA como un enemigo que llegó a usurpar la profesión del abogado, sino como una herramienta aliada que puede contribuir a la facilitación de algunos aspectos dentro del derecho, como la investigación jurídica, análisis y redacción de documentos, entre otros que ya se han mencionado en este artículo. Ahora bien, a raíz de esta ayuda tecnológica no significa que el ejercicio de la abogacía se tornará perezoso, pues como se ha venido insistiendo, la inteligencia humana dentro del derecho es irremplazable, por lo que la IA solo cumple una función complementaria dirigida a agilizar y facilitar el ejercicio de la profesión.

Es cierto que la IA generativa puede ser de gran ayuda para la administración de justicia y en especial para los abogados; empero, esto no significa que pueda reemplazarnos totalmente porque la IA no es exacta; es decir, algunas IA generativas como ChatGPT también proporcionan información errada. A manera de ejemplo, encontramos que OpenAI en la última actualización de sus políticas *(14 de noviembre de 2023)* nos previene sobre este defecto que tiene ChatGPT, por lo que en el numeral cuatro (4) nos indica lo siguiente:

> Los Servicios como ChatGPT generan resultados leyendo la solicitud de un usuario y, en respuesta, prediciendo las palabras que tienen más probabilidades de aparecer a continuación. En algunos casos, puede que estas palabras no sean las más acertadas desde el punto de vista fáctico. Por esta razón, no deberá dar por hecho que los resultados generados por nuestros modelos son exactos.[13]

Asimismo, OpenAI es consciente que la información suministrada por ChatGPT y DALL-E no es confiable en su totalidad, por lo que previene a los profesionales para que corroboren la información proporcionada por estas IA generativas. En el acápite del contenido sobre las Condiciones de Uso de ChatGPT y DALL-E, que fue actualizado el 14 de noviembre de 2023, OpenIA establece qué:

> Al utilizar nuestros servicios, usted comprende y acepta:
> Los resultados pueden no ser siempre exactos. No debe confiar en los resultados de nuestros servicios como única fuente de información verás o real, ni como sustituto del asesoramiento profesional. Antes de utilizar o compartir los resultados de los servicios, debe evaluar su exactitud y adecuación a su caso de uso, incluida la revisión humana, según proceda.[14]

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que la IA generativa, como lo es ChatGPT no solo resulta ser imprecisa como ya se ha mencionado, sino que es una herramienta poco confiable en asuntos jurídicos, ya que no cuenta con las bases de datos específicas de cada legislación en particular. Con relación a este punto, OpenAI tiene en cuenta el posible alcance de esta herramienta y los efectos nocivos que puede causar en el ámbito jurídico; por ende, en el apartado de *Construyendo con la Plataforma API OpenAI* que se encuentra en las Políticas de Uso *(actualizada el 10 de enero de 2024),* se les prohíbe a las personas que utilizan estas herramientas lo siguiente:

13 OPENAI. Política de Privacidad. Recuperado de: https://openai.com/es-419/policies/privacy-policy/ 30 de agosto de 2024.

14 OPENAI. Condiciones de Uso. https://openai.com/es-419/policies/terms-of-use/ 30 de agosto de 2024.

> Proporcionar asesoramiento legal, médico/de salud o financiero personalizado sin revisión por parte de un profesional calificado y divulgación del uso de asistencia de IA y sus posibles limitaciones.
> Tomar decisiones automatizadas de alto riesgo en dominios que afectan la seguridad, los derechos o el bienestar de una persona (por ejemplo, aplicación de la ley, migración, gestión de infraestructura crítica, componentes de seguridad de productos, servicios esenciales, crédito, empleo, vivienda, educación, calificación social o seguros)[15]

Es resumen, las nuevas herramientas tecnológicas son imprecisas en cuanto a los resultados que ofrecen, es por ello que es indispensable que el abogado moderno que pretenda hacer uso de la IA generativa verifique minuciosamente la información suministrada con el fin de evitar yerros en el ejercicio profesional; pues esto generaría un resultado adverso al que se esperaba. Por consiguiente, el hacer uso de las herramientas tecnológicas puede ser beneficioso para los abogados si la sabemos usar, por el contrario, el uso indebido conlleva a entorpecer la prestación del servicio jurídico y demás actividades judiciales.

## 4.1 El abogado no puede ser reemplazado por la ia generativa

Aunque la tecnología avance y cada vez existan más herramientas inteligentes, la profesión de la abogacía será inamovible por la necesidad del factor humano dentro de los asuntos jurídicos. Debemos entender que el derecho no es una ciencia exacta, pues cada asunto jurídico, aunque tenga similitudes con otros resulta siendo diferente, por esta razón mecanizar asuntos en el ámbito del derecho resulta ser mucho más complejo que en otras profesiones.

El abogado para ser considerado como tal, tuvo primero que transitar por el largo camino del estudio, iniciando desde lo más básico como la educación primaria y secundaria, hasta llegar a la educación

15 OPENAI. Políticas de Uso. https://openai.com/policies/usage-policies/ 30 de agosto de 2024.

superior en la facultad de derecho, pero no es sólo aprobar las materias que exige la carrera de pregrado sino también los requisitos que esta misma dispone, los cuales pueden variar dependiendo de cada facultad de Derecho en los distintos países. A manera de ejemplo, en Colombia para un abogado adquirir la tarjeta profesional tiene que pasar por algunos requisitos como *la realización de preparatorios, monografías, judicaturas, examen de Estado y examen de idoneidad*. Un estudiante de Derecho debe hacer todo este recorrido solo para lograr bajo un papel el título de *"Abogado o licenciado en Derecho"*.

Ahora sería bueno hacernos esta interrogante, *¿ser abogado o licenciado en Derecho implica tener un título y ya?,* la respuesta es que ser abogado va mucho más allá que tener un cartón o diploma universitario. Consideramos que el abogado necesita ejercer su profesión en los estrados judiciales, porque ahí es donde pondrá a prueba el conocimiento adquirido durante su etapa de estudio. A partir de la praxis el abogado adquiere la capacidad de discernimiento en el litigio, aquí aprende a ejercer el derecho con la razón; acto complejo que la IA generativa jamás podrá adquirir. *"El derecho se aprende estudiando y se ejerce pensando" (Couture, 1949).*

Por otra parte, ya hemos analizado como en la actualidad existen herramientas tecnológicas que intentan simular el pensamiento humano como lo es la IA generativa, que incluso ya tiene la capacidad de autonomía y adaptabilidad. En relación con lo anterior, consideramos que la IA generativa no puede compararse con el ejercicio del abogado, en tanto que el abogado adquiere su conocimiento de diversas formas como por medio del estudio constante y de la experiencia.

En este acápite hemos resaltado mucho la importancia de la experiencia dentro del campo de la abogacía, porque ésta conlleva al profesional a aprender de las victorias y/o derrotas, lo cual implica una constante evolución y mejora como jurista. La IA generativa puede tener diversas ventajas y avances como la capacidad de autonomía y adaptabilidad, no obstante, es muy complejo que estas tecnologías automatizadas adquieran la capacidad de discernir a partir de la experticia que se obtiene a partir del litigio.

También se debe tener en cuenta que solo el ser humano es capaz de realizar funciones neuronales complejas, como las que se requieren en el campo de la abogacía, un ejemplo de esto lo vemos cuando la norma es susceptible de interpretación, y como es bien sabido existen múltiples formas de interpretación, por lo que cada tipo de interpretación depende de las circunstancias específicas de cada caso en concreto, es entonces que se pregunta *¿es la IA capaz de interpretar las normas jurídicas?,* de ser la respuesta positiva, el resultado arrojado sería impreciso y poco confiable, pues hacer un ejercicio de subsunción es algo que requiere necesariamente de las habilidades de un ser humano experto en derecho, quien de manera adecuada logrará ajustar los hechos jurídicos a la normatividad vigente de un determinado Estado. Por lo anterior, las herramientas tecnológicas pueden contribuir a la facilitación y evolución del ejercicio de la abogacía, pero jamás reemplazarla.

## 5 CONCLUSIÓN

Realizado el estudio pertinente con respecto al tema abordado, se concluye que las nuevas herramientas tecnológicas como la ChatGPT han logrado ganar terreno dentro del campo del Derecho, debido a que no solo es utilizada por los abogados, sino que también se está utilizando en la administración de justicia. Sin duda alguna, con la IA generativa se ha conseguido automatizar tareas dentro del ámbito jurídico, cuestión que a todas luces consideramos plausible; sin embargo, una vez analizado los retos que esta innovación trae para el ejercicio del abogado, encontramos que es un deber de este profesional y sobre todo de los estudiantes de Derecho, actualizarse en temas de uso e implementación de tales herramientas.

Hemos evidenciado a lo largo y ancho de este trabajo, que las herramientas tecnológicas como ChatGPT no son precisas en cuanto a la información que proporciona, por lo que es posible encontrar circunstancias en la que se reflejen datos y respuestas inexistentes que no van acorde a la realidad. En relación a esto, hacemos un llamado a los abogados y

jueces que pretendan hacer uso de estas herramientas, a que verifiquen y corroboren que la información que vayan a utilizar sea fidedigna y susceptible de aplicación; es decir, que todo aquel que pretenda hacer uso de la IA corrobore la veracidad de la información suministrada.

Para finalizar, consideramos que la IA generativa se puede utilizar cuidadosamente en el campo del Derecho, dado que esta no representa una amenaza directa para el ejercicio de la abogacía; no obstante, por sus múltiples falencias e imprecisiones no es posible adecuar su uso perenne y autónomo dentro del ámbito jurídico. Afirmamos lo anterior, porque el Derecho es una disciplina compleja, reguladora de conductas humanas y sobre todo cambiante; por ende, siempre es necesario que esté presente el factor humano.

El ser humano es imprescindible en el campo del Derecho, ya que es el único capaz de comprender una determinada realidad social a través de la razón; es decir, que el Derecho necesita de interpretación racional al aplicar la normatividad vigente en cada caso en concreto. En términos más sucintos, consideramos que la inteligencia artificial no puede pasar por encima de la inteligencia humana en el área de la abogacía.

## REFERENCIAS

Centro Nacional de Inteligencia Artificial de Chile (Cenia) con apoyo del BID, CAF y la OEA. **Primer Índice Latinoamericano de Inteligencia Artificial.** 2023. Disponible en: https://indicelatam.cl/wp-content/uploads/2023/09/ILIA--ESP_compressed.pdf

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela Número 323. M.P. Juan Carlos Cortés González. 2024. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/T-323-24.htm#_ftn65

COUTURE ETCHEVERRY, Eduardo Juan. **Mandamientos del Abogado.** 1949. Disponible en: https://adepu.uy/wp-content/uploads/2017/01/los-mandamientos-del-abogado.pdf

Grupo de Expertos de Alto Nivel en Inteligencia Artificial de la Comisión Europea. **A definition of Artificial Intelligence:** main capabilities and scientific disciplines. 2018. Disponible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines

OpenAI. Condiciones de Uso. 2023. Disponible en: https://openai.com/es-419/policies/terms-of-use/

OpenAI. Políticas de Privacidad. 2023. Disponible en: https://openai.com/es-419/policies/privacy-policy/

OpenAI. Políticas de Uso. 2024. Disponible em: https://openai.com/policies/usage-policies/

OPPENHEIMER, André. **¡Sálvese quien pueda!.** 2018.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). **Recomendación sobre la Inteligencia Artificial.** 2023. Disponible en: file:///Users/cristyns/Downloads/db5053b5-93e0-4cf5-a7cf-edce5ee6e893%20(1).pdf

OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. **El alma de la toga.** 1919.

Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia; **Qué es la inteligencia artificial.** 2023. Disponible en: https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es--inteligencia-artificial-ia-prtr

Sergio Rajsbaum; Eduardo Morales. **Norbert Wiener y el origen de la cibernética.** Huéspedes, 2016. Disponible en: https://www.amc.edu.mx/revistaciencia/images/revista/67_1/PDF/Presentacion.pdf

# O JUSTO RECONHECIMENTO: A NECESSÁRIA INCLUSÃO DO TRABALHO INVISÍVEL NAS POLÍTICAS DE APOSENTADORIA

Bárbara Aparecida Nunes Souza[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria no Brasil é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, com o objetivo de assegurar proteção aos trabalhadores urbanos e rurais durante a velhice.

Este benefício é concedido com base em um sistema contributivo e de adesão obrigatória, no qual o tempo de contribuição desempenha um papel crucial no cálculo do valor do benefício.

A evolução do sistema previdenciário brasileiro reflete uma trajetória de inclusão progressiva e complexificação das regras, buscando equilibrar a proteção social com a sustentabilidade fiscal. No entanto, apesar dessas reformas, um aspecto fundamental do trabalho ainda permanece invisível e não considerado para fins previdenciários: o trabalho doméstico e de cuidado não remunerado.

O referido trabalho, predominantemente realizado por mulheres, é essencial para a organização e funcionamento da sociedade, mas é frequentemente desvalorizado e não reconhecido economicamente.

1 Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho. Pós-graduada em Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório pela Faculdade Legale. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulo da Rosa vinculado ao PPGD/FMP. Advogada. Correio eletrônico barbaranunessouza@gmail.com.

Esse trabalho, embora crucial para o bem-estar das famílias e para a economia como um todo, não é contabilizado no cálculo do tempo de contribuição para a aposentadoria e a falta de reconhecimento e compensação dele levanta questões importantes sobre a justiça e a equidade do sistema previdenciário.

Nesse cenário, o problema central deste estudo é expor a necessidade do reconhecimento de atividades domésticas e de cuidados não remuneradas no tempo de contribuição para fins previdenciários. A questão a ser investigada visa demonstrar que, se a aposentadoria tem como objetivo assegurar a proteção dos trabalhadores na velhice, por que não considerar esse trabalho tão importante nos requisitos para a concessão do benefício previdenciário?

Para abordar esse tema, a pesquisa utilizará do método dedutivo, combinando análise documental e revisão de literatura. Serão examinadas as legislações pertinentes, estudos científicos, estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e relatórios institucionais que abordam o trabalho doméstico e de cuidado, bem como o impacto dessa ausência de reconhecimento sobre a aposentadoria das mulheres. Adicionalmente, serão analisadas iniciativas legislativas e comparações com políticas de outros países que já reconheceram o trabalho doméstico para fins de aposentadoria.

A intenção é evidenciar a necessidade de uma revisão das normas previdenciárias que permita a inclusão do tempo dedicado ao trabalho doméstico e de cuidado como tempo de contribuição para a aposentadoria, promovendo uma maior justiça social e equidade no sistema previdenciário.

Para atingir o objetivo proposto, será apresentado inicialmente um breve contexto da aposentadoria e da Previdência Social brasileira. Em seguida, será exposto o que compreende o trabalho invisível e como essa desvalorização impacta negativamente a vida das mulheres. No terceiro ponto, demonstrar-se-á a necessidade de que o trabalho doméstico e de cuidado seja considerado para fins previdenciários, ocasião em que

serão apresentados projetos de lei nacionais sobre o tema e legislação internacional que já adota tal posição. Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas com o presente estudo.

## 2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA APOSENTADORIA NO BRASIL

A aposentadoria é um direito fundamental assegurado aos trabalhadores urbanos e rurais pela Constituição Federal, especificamente no artigo 7º. Este direito é materializado através de benefícios concedidos pela Previdência Social.

De acordo com o artigo 201 da Carta Magna, a Previdência Social é um sistema de caráter contributivo e de adesão obrigatória, projetado para fornecer proteção em casos de incapacidade para o trabalho e na velhice. Assim, a concessão do benefício de aposentadoria é garantida aos segurados que cumprem os requisitos estabelecidos pela lei, refletindo o compromisso com a segurança e bem-estar dos trabalhadores ao longo de suas vidas.

A aposentadoria é um dos pilares fundamentais do sistema de seguridade social no Brasil, refletindo a evolução das políticas de bem-estar social e o desenvolvimento socioeconômico do país. Sua história é marcada por profundas mudanças ao longo das décadas, refletindo as transformações econômicas, políticas e sociais.

Segundo Santana *et al.* (2022, p. 1), no ano de 1821, quando o Brasil ainda estava sob regência de Portugal, foi concedida a jubilação aos mestres e professores que acumulavam trinta ou mais anos de serviço. Já em 1888, houve a publicação do Decreto n.º 9912-A, que regulamentava a aposentadoria dos empregados dos Correios. Depois disso, diversos fundos de pensão foram criados para as mais variadas categorias profissionais (Santana *et al.*, 2022, p. 3).

A doutrina majoritária, em razão da similaridade com o que se pratica hoje, considera que o conceito de aposentadoria no Brasil começou a se formar no início do século XX, quando em 1923 foi criado o

Decreto-Legislativo 4.682, de 24/01/1923, também conhecido como Lei Eloy Chaves, que instituiu o primeiro sistema de aposentadoria e pensões para trabalhadores ferroviários, conhecido como Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários (Kertzman, 2020, p. 53).

A Lei Eloy Chaves foi um marco inicial para a aposentadoria, mas a seguridade social ainda estava em sua infância, uma vez que, de acordo com Polignano (2017, p. 7), o Estado não participava no custeio das Caixas de Aposentadoria, as quais eram mantidas pelos empregados e pelos consumidores dos serviços prestados.

Nos anos seguintes, diversas categorias de trabalhadores foram sendo incluídas em sistemas semelhantes, como os portuários e marítimos (Kertzman, 2020, p. 53). No entanto, a legislação era fragmentada e limitada a grupos específicos.

Kertzman (2020, p. 54) ensina que, na década de 1930, o Brasil já contava com mais de 183 Caixas de Aposentadoria e Pensões, que foram reunidas para formar os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP's), organizados por categorias profissionais.

A verdadeira universalização do sistema de aposentadoria começou a ganhar forma com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) em 1967, ocasião em que foram reunidos e unificados todos os critérios anteriormente estabelecidos pelos IAP's, o que expandiu a cobertura previdenciária.

Na década de 1980, o Brasil vivenciou uma transição política significativa com a redemocratização. A Constituição Federal de 1988, trouxe avanços importantes ao sistema de seguridade social, incluindo a aposentadoria. A nova Constituição estabeleceu a seguridade social como um direito de todos os cidadãos e criou o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que substituiu o INPS e, de acordo com Santana *et al.* (2020, p. 7), assegurou que o cidadão tivesse segurança jurídica após contribuir para o sistema previdenciário, seja por meio da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, garantindo proteção social e oferecendo

suporte e recursos essenciais para enfrentar eventuais dificuldades financeiras na terceira idade.

As décadas seguintes foram marcadas por uma série de reformas para garantir a sustentabilidade do sistema previdenciário. A primeira grande reforma ocorreu em 1998, com a Emenda Constitucional nº 20, que introduziu mudanças, como a idade mínima para aposentadoria e a fórmula de cálculo do benefício. Em 2003, a Emenda Constitucional nº 41 trouxe novas alterações, aumentando o tempo de contribuição necessário para aposentadoria e ajustando as regras de benefícios para servidores públicos. Em 2019, a Emenda Constitucional nº 103 instituiu a conhecida Reforma da Previdência, que visou equilibrar o sistema frente ao envelhecimento populacional e ao déficit fiscal.

Com a referida Emenda, atualmente, no que concerne às aposentadorias concedidas como benefícios previdenciários, a legislação vigente prevê: a aposentadoria por invalidez, a aposentadoria voluntária, a aposentadoria especial e a aposentadoria compulsória do Regime Geral de Previdência Social. Além disso, para aqueles que já possuíam direito adquirido até a data de início de vigência da Reforma da Previdência, permanecem disponíveis a aposentadoria por idade e a aposentadoria por tempo de contribuição.

Cada aposentadoria possui seus requisitos, mas, em termos gerais, pode-se dizer que, para trabalhadores urbanos, a idade mínima é de 62 anos para mulheres e 65 anos para homens, com um tempo mínimo de contribuição de 15 anos para as mulheres e 20 anos para os homens.

O tempo de contribuição é de extrema importância, uma vez que será considerado como carência para a concessão da aposentadoria. Além disso, influenciará diretamente no cálculo do valor do benefício a ser concedido, já que, em algumas hipóteses, o cálculo será baseado na média dos salários de contribuição e a fórmula final considerará uma porcentagem dessa média, acrescida de um percentual que varia conforme o tempo de contribuição do segurado.

De acordo com o artigo 19-C do Regulamento da Previdência Social, será considerado tempo de contribuição os períodos em que tenha ocorrido a contribuição ao Regime Geral de Previdência Social, os meses em que se tenha recebido salário-maternidade e outras hipóteses irrelevantes para o objeto do presente estudo.

Para esta pesquisa, a premissa que merece destaque é que o tempo de contribuição será um requisito para a concessão do benefício e, além disso, impactará diretamente o valor a ser recebido, uma vez que os anos de contribuição que excederem o mínimo exigido serão incorporados ao percentual do cálculo do valor a ser pago.

A aposentadoria no Brasil reflete a evolução das políticas de seguridade social, passando de um sistema inicial limitado para uma estrutura mais inclusiva e complexa. As reformas ao longo dos anos têm buscado equilibrar a necessidade de proteção social com a sustentabilidade fiscal. Contudo, ainda há obstáculos no campo previdenciário para combater a desigualdade de gênero, uma vez que a evolução do sistema previdenciário se desvia ao não considerar, no cálculo da aposentadoria ou no tempo de contribuição, o tempo que as mulheres dedicam a tarefas domésticas e de cuidado, que são essenciais para a sociedade e o desenvolvimento humano.

## 3 A INVISIBILIDADE DO TRABALHO DOMÉSTICO E DE CUIDADO

Não é um fenômeno exclusivo da sociedade contemporânea desvalorizar o trabalho doméstico e de cuidado que é realizado predominantemente por mulheres. Segundo Harari (2020, p. 152), historicamente, todas as sociedades conhecidas estabeleceram uma hierarquia de gênero, com os homens geralmente em posição privilegiada desde a Revolução Agrícola. Essa hierarquia se reflete na divisão desigual do trabalho, em que as atividades realizadas por homens são frequentemente valorizadas e reconhecidas economicamente, enquanto o trabalho das mulheres é frequentemente ignorado e desvalorizado.

A cultura patriarcal, caracterizada pela predominância de uma perspectiva masculina, influencia profundamente a organização social e econômica. Esta prática, consciente ou não, coloca a visão masculina no centro da cultura e da história, criando uma estrutura que privilegia os homens em quase todos os aspectos da vida cotidiana (Bourdieu, 2023, p. 12). Uma das manifestações mais evidentes dessa cultura é a forma como o trabalho doméstico e de cuidados, muitas vezes referido como "trabalho invisível", é predominantemente atribuído às mulheres e desvalorizado em relação às diversas facetas do cotidiano e da sociedade.

O conceito de "trabalho invisível" refere-se às tarefas domésticas e de cuidado que, embora não produzam bens tangíveis ou dinheiro, são cruciais para o bem-estar das famílias, para a economia como um todo e para o funcionamento da sociedade. Esses serviços que inclui atividades como cuidar dos filhos, limpar, lavar e passar roupas são frequentemente ignoradas pelos economistas e não são contabilizadas na economia formal.

De acordo com o relatório "Esgotadas" do Laboratório Think Olga, o trabalho de cuidado envolve:

> [...] muitas horas e tempo dedicado ao cuidado com a casa e com as pessoas: dar banho e fazer comida, fazer faxina, comprar os alimentos que serão consumidos, cuidar das roupas (lavar, estender e guardar), prevenir doenças com boa alimentação e higiene em casa, cuidar de quem está doente, fazer café da manhã, almoço, lanches e jantar para os filhos, educar, e segue por horas a fio (Esgotadas, 2023, p. 31).

Em um estudo da Oxfam Brasil (2020, n.p.), foi estimado que mulheres e meninas em todo o mundo dedicam diariamente 12,5 bilhões de horas a tarefas de cuidado não remuneradas. Esse valor é mais de três vezes maior que o setor de tecnologia global e representa uma contribuição anual para a economia mundial de, pelo menos, 10,8 trilhões de dólares.

Além disso, uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV Ibre, 2023, n.p.) indica que, se o trabalho invisível realizado por mulheres (que corresponde a 65% do total desse trabalho) fosse incluído no cálculo do PIB brasileiro, o indicador aumentaria em 8,65%.

Marçal (2017, p. 56) ressalta que o trabalho doméstico e de cuidado, predominantemente realizado por mulheres, é essencial para a economia, e qualquer índice econômico que não o considere fica incompleto. Ela também destaca o valor do trabalho fundamental realizado por mulheres, já que os cuidados dos filhos e a realização das tarefas domésticas contribui significativamente para o desenvolvimento econômico, uma vez que, enquanto as mulheres se dedicam a essas funções vitais, profissionais como açougueiros, empresários, pedreiros e todos os outros podem se concentrar no trabalho remunerado fora de casa.

A falta de compensação financeira para o trabalho doméstico realizado pelas mulheres contribui significativamente para a sua desvalorização, inclusive na percepção das próprias mulheres. Sem um valor monetário atribuído, esse trabalho é frequentemente visto como desimportante, permitindo que seja realizado sem limites ou compensação, especialmente para os membros da família e, particularmente, para as crianças (Bourdieu, 2023, p. 161).

No contexto da sobrecarga e desvalorização impostas pela cultura patriarcal, não é realista esperar que as mulheres desenvolvam ressentimento em relação aos homens ou abandonem essas responsabilidades. Afinal, como aponta Blair (2023, p. 51), as mulheres foram socializadas na mesma cultura patriarcal que reforça esses papéis e expectativas. Isso dificulta que elas se libertem dessas responsabilidades, pois estão imersas em normas e valores que perpetuam a desigualdade de gênero.

A cultura e as normas sociais desempenham um papel crucial na invisibilidade do trabalho feminino e na sobrecarga que as mulheres enfrentam. Estereótipos de gênero tradicionais frequentemente posicionam as mulheres como as principais responsáveis pelos cuidados e pelo trabalho

doméstico. Essas normas não apenas perpetuam desigualdades, mas também limitam as oportunidades das mulheres em outras áreas, incluindo sua participação plena e equitativa no mercado de trabalho e na sociedade.

Segundo Barbosa (2024, p. 60), enquanto o trabalho formalmente reconhecido é uma realidade, o trabalho reprodutivo frequentemente é negligenciado e não valorizado. Esse trabalho é muitas vezes visto como um serviço pessoal realizado por afeto, e associado exclusivamente às mulheres. Quando esse trabalho não é tratado como uma atividade laboral, resulta na exploração das mulheres no âmbito doméstico, levando-as a uma sobrecarga de trabalho.

Além das situações em que as mulheres enfrentam dupla jornada, equilibrando o mercado de trabalho com as atividades domésticas e de cuidados dos filhos, muitas vezes elas abdicam da vida profissional para se dedicar exclusivamente ao lar. Outras vezes, elas trabalham no mercado informal, realizando atividades como confecção de marmitas, manicure e pedicure, entre outras, para poder conciliar o trabalho com o cuidado dos filhos. Embora esses serviços prestados a terceiros sejam reconhecidos, a informalidade deles também deixa as mulheres vulneráveis a questões como a falta de benefícios previdenciários.

Para entender plenamente a questão do trabalho invisível feminino, é essencial considerar a diferença de carga que essas mulheres enfrentam em comparação com os homens. Uma análise completa da desigualdade de gênero só é possível quando se leva em conta as diferentes experiências e responsabilidades entre homens e mulheres (Soihnet, 1997, p. 101).

As estatísticas demonstram claramente a disparidade de gênero em relação aos cuidados dos filhos e afazeres domésticos em relação ao mercado de trabalho. Segundo dados do IBGE, a taxa de desocupação entre pessoas com 14 anos ou mais em 2022 foi de 11% para as mulheres e 6,9% para os homens, considerando aqueles que estão fora do mercado de trabalho em relação à força de trabalho total. No mesmo ano, o nível

de ocupação para pessoas de 25 a 54 anos com filhos de até 6 anos era de 89% para os homens e 56,6% para as mulheres.

Ao observar trabalhadores sem filhos, as mulheres também apresentaram uma taxa maior de saída do mercado de trabalho comparada aos homens, embora a diferença seja menor, com 15% para as mulheres e 10% para os homens. Os dados coletados revelam ainda que, enquanto os homens com e sem filhos têm taxas de saída do mercado de trabalho bastante semelhantes, as mulheres mostram uma variação significativa, com um aumento acentuado na taxa de saída após o nascimento de filhos (Gonçalves; Petterini, 2023, p. 12).

Manter o estereótipo de que as mulheres são as principais responsáveis pelos cuidados dos filhos e pelas atividades domésticas reforça a desigualdade de gênero existente. Enquanto os homens estão inseridos no mercado de trabalho com amplas remunerações e benefícios, as mulheres que se dedicam ao lar ficam em completa dependência.

Assim sendo, para alcançar uma verdadeira igualdade de gênero, é fundamental reconhecer e valorizar o trabalho invisível realizado pelas mulheres, integrando essas atividades na economia formal e promovendo uma mudança cultural que desafie a hierarquia patriarcal e as expectativas tradicionais sobre o papel das mulheres na sociedade. Compreender, valorizar e considerar esse trabalho para fins de aposentadoria são passos essenciais para construir uma sociedade mais justa e igualitária.

## 4 O TRABALHO INVISÍVEL COMO TEMPO PARA A APOSENTADORIA

A aposentadoria é um direito constitucional, conforme o artigo 7º, XXIV, da Constituição Federal de 1988, e visa melhorar a condição social dos trabalhadores urbanos e rurais. Contudo, o enquadramento atual dado aos ditos "trabalhadores" acaba por excluir o que metade da população faz na metade do tempo. Isso porque o trabalho doméstico e de cuidado realizado predominantemente pelas mulheres não é contabilizado no cálculo do benefício previdenciário.

De acordo com dados do IBGE (2022, p. 23), as mulheres dedicam, em média, 21,3 horas por semana aos cuidados de pessoas e afazeres domésticos, em comparação com 11,7 horas dos homens. Além disso, quando inseridas no mercado de trabalho formal, as mulheres ainda investem 17,8 horas semanais em afazeres domésticos, enquanto os homens dedicam apenas 11 horas semanais (IBGE, 2022, p. 24).

As tarefas realizadas passam despercebidas ao longo dos anos. No entanto, geram profundos impactos. O Laboratório Think Olga (2023, n.p.) realizou uma pesquisa que revelou que, ao longo de sua vida, uma mulher dedica cerca de 4 anos exclusivamente à atividade de lavar roupas, mesmo com a utilização de máquina de lavar. Este dado ilustra não apenas a quantidade de tempo despendido nessa tarefa, mas também a importância fundamental do trabalho doméstico no cotidiano das famílias, uma vez que o trabalho da mulher de cuidar dos afazeres invisíveis, permite que outros membros da família possam se dedicar a atividades profissionais e educacionais sem a sobrecarga de responsabilidades domésticas.

Reconhecer o valor e a carga de trabalho envolvida nas atividades domésticas é crucial para garantir que os direitos dos trabalhadores que realizam essas funções, especialmente as mulheres, sejam adequadamente protegidos e valorizados. É uma questão de justiça social e econômica que deve ser refletida nas políticas de Previdência Social, para que o trabalho invisível receba o reconhecimento que merece.

O impacto das atividades domésticas na futura aposentadoria é claramente demonstrado pelas estatísticas verificadas pela Associação Gênero e Número (2024, n.p.), que apurou que duas em cada três pessoas que se aposentam por idade são mulheres, enquanto a mesma proporção de indivíduos que se aposentam por tempo de contribuição são homens. Isso ocorre porque o gênero feminino tem maiores dificuldades em atingir o tempo de contribuição necessário, já que, ao longo da vida, dedicaram-se predominantemente aos cuidados domésticos e ao trabalho informal, que possibilitava maior autonomia na realização desses trabalhos.

A não contabilização do trabalho doméstico e de cuidado para fins previdenciários reflete uma discrepância na forma como o tempo de contribuição é contabilizado para diferentes gêneros.

O trabalho doméstico já é reconhecido em outros contextos. Por exemplo, a Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPE-PR) firmou um convênio com instituições na comarca de Guarapuava/PR para permitir a remição de pena por trabalho doméstico, em que a cada três dias de trabalho doméstico, um dia de cumprimento de pena é reduzido.

Além disso, os Tribunais de Justiça, embora ainda seja minoria, estão considerando o trabalho invisível no arbitramento do valor dos alimentos devidos aos filhos. Uma decisão da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ajustou o valor dos alimentos devidos pelo pai ao filho considerando, no cálculo da proporção, o trabalho doméstico diário e não remunerado desempenhado pela mulher. O TJPR (2023, n.p.) observou que, quando os filhos em idade infantil vivem com a mãe, as atividades domésticas relacionadas ao cuidado diário (como preparar as refeições, corrigir tarefas escolares e manter a casa limpa e saudável) demandam um tempo significativo da mulher. Essa sobrecarga retira dela oportunidades no mercado de trabalho.

Esse trabalho desvalorizado e não remunerado, também conhecido como trabalho invisível, além de impactar a permanência e a competitividade das mulheres no mercado de trabalho, também afeta a carga horária da jornada laboral. O IBGE (2022, p. 24) demonstrou que, para as mulheres, realizar afazeres domésticos e cuidar de pessoas acarreta a redução de 1,8 hora da jornada laboral, enquanto para os homens esse impacto é de apenas 0,1 hora.

Há casos análogos que são considerados para fins previdenciários, pode-se citar como exemplo o trabalho rural realizado no âmbito familiar. O Superior Tribunal de Justiça entende que, quando for comprovado o trabalho de menor de idade juntamente com os membros da família, tal período contará como tempo de contribuição para a concessão do benefício previdenciário. Na Ação Rescisória 3877 SP 2007/0275595-8, o STJ

reconheceu que "o tempo de serviço prestado por menor de 14 anos, ainda que não vinculado ao Regime de Previdência Social, pode ser averbado e utilizado para o fim de obtenção de benefício previdenciário" (STJ, 2012).

Dessa forma, entende-se que, se o trabalho de uma criança realizado no âmbito familiar, mesmo que na seara rural, pode ser considerado para fins previdenciários, não há óbices para que o trabalho doméstico também o seja.

Já há iniciativas legislativas que buscam reconhecer o trabalho doméstico na contagem de tempo para aposentadoria. O Projeto de Lei nº 326/2015, de autoria do Deputado Federal Valmir Assunção, propõe a criação de um sistema especial de inclusão previdenciária para trabalhadores sem renda própria que se dedicam exclusivamente ao trabalho doméstico em famílias de baixa renda (PL 326/2015, p. 1). Esse projeto visa permitir a concessão de benefícios previdenciários para esses trabalhadores, desde que atendam aos requisitos de idade mínima e de limitação de renda per capita.

Dentre as justificativas apresentadas para a promulgação da lei, o Deputado Federal aponta que:

> O fato de uma mulher chegar à idade de se aposentar e nunca ter tido um vínculo formal de trabalho não pode mais ser utilizado como argumento para impedi-la de ter acesso a tal benefício. Seu tempo de contribuição, ou seja, anos de trabalho no interior do lar e junto à família, passarão a ser elementos de comprovação para solicitar um tipo especial de benefício junto à Previdência Social de nosso País (PL 326/2015, p. 3).

O referido projeto legislativo não versa sobre considerar o trabalho doméstico no tempo de contribuição, mas sim sobre a possibilidade de que a pessoa que realizou tais serviços, se estiver enquadrada nos requisitos de baixa renda e tiver atingido a idade mínima, possa receber o benefício previdenciário.

Outro exemplo é o Projeto de Lei nº 2647/2021, de autoria da ex-Deputada Federal Maria Perpétua Almeida, que propõe a contagem de tempo de serviço para efeitos de aposentadoria com base nas tarefas assistenciais de criação de filhos e filhas biológicos ou adotados.

O projeto prevê que as mães possam contar um ano de tempo de serviço para cada filho nascido com vida ou dois anos para cada criança adotada ou nascida com incapacidade permanente (PL 2647/2021). Mães com mais de 12 meses de adesão ao Regime Geral de Previdência Social poderiam adicionar mais dois anos de tempo de serviço por cada filho.

A ex-deputada Almeida justifica sua proposta afirmando que "mulheres responsáveis pelos afazeres domésticos e pelos cuidados de crianças e idosos encontram maiores dificuldades para inserção no mercado de trabalho e para manutenção de seus empregos" (Almeida, 2021, p. 3) e que mais de trinta porcento das brasileiras com idade para se aposentar não conseguem receber o benefício por não ter a quantidade suficiente de tempo de contribuição.

A ideia de considerar o trabalho doméstico e de cuidado para fins de aposentadoria já foi concretizado pelo país vizinho do Brasil, a Argentina, que por meio do Decreto nº 475 de 17 de julho de 2021, modificou a Lei nº 24.241 de 23 de setembro de 1993, referente ao Sistema Integrado de Aposentadorias e Pensões no país e passou a considerar o cuidado materno como um trabalho sujeito de abono de um a três anos de contribuição.

Nas considerações da Lei Argentina, assim como ocorre em solo brasileiro, é relembrado que a lei se dá em razão de que "a situação de quem cuida do filho torna mais complexo o acesso ao mercado de trabalho e, consequentemente, o preenchimento dos requisitos exigidos para o acesso aos benefícios previdenciários" (Argentina, 2021, n.p.).

Este reconhecimento é fundamental, pois destaca a relevância do trabalho doméstico e de cuidado. Portanto, é crucial que o trabalho doméstico seja considerado para fins de contagem de tempo de contribuição para a Previdência Social. Reconhecer e valorizar esse trabalho

é um passo essencial para garantir a igualdade de direitos e melhorar as condições de aposentadoria para todos os trabalhadores.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo realizado demonstrou a significativa lacuna existente no sistema previdenciário brasileiro ao não reconhecer o trabalho doméstico e de cuidado, predominantemente realizado por mulheres, como tempo de contribuição para a aposentadoria. A análise revelou que, enquanto as atividades remuneradas e formalmente reconhecidas são consideradas para o cálculo do benefício previdenciário, o trabalho doméstico e de cuidado, essencial para a manutenção e o funcionamento da sociedade, permanece invisível e não contabilizado.

A ausência de reconhecimento desse trabalho não só perpetua a desigualdade de gênero, como também acarreta consequências diretas para a aposentadoria das mulheres. As mulheres, que dedicam uma quantidade substancial de tempo às tarefas domésticas e de cuidado, frequentemente enfrentam dificuldades em acumular o tempo de contribuição necessário para a concessão de benefícios previdenciários adequados. Esse cenário é evidenciado pelas estatísticas e estudos apresentados, que mostram a disparidade entre o tempo de contribuição e a realidade vivida por mulheres que se dedicam predominantemente ao trabalho não remunerado.

A revisão das políticas previdenciárias para incluir o tempo dedicado ao trabalho doméstico e de cuidado como tempo de contribuição é uma questão de justiça social e econômica. Iniciativas legislativas e comparações com práticas internacionais, como as adotadas pela Argentina, indicam que é possível e necessário reconhecer formalmente essas atividades no cálculo da aposentadoria. A inclusão desse tempo não apenas promoveria maior equidade no sistema previdenciário, mas também valorizaria o trabalho invisível que é crucial para a estrutura social e econômica.

Portanto, é imperativo que sejam feitas políticas que integrem o trabalho doméstico e de cuidado no regime de Previdência Social. Tal

mudança contribuirá para uma sociedade mais justa e igualitária, refletindo um compromisso real com a valorização e o reconhecimento do trabalho realizado por milhões de mulheres em todo o Brasil.

É fundamental reconhecer a invisibilidade do trabalho feminino e a carga extra suportada pelas mães para avançar na promoção da igualdade de gênero. Esse debate é especialmente relevante em uma sociedade que se autodenomina democrática e comprometida com os princípios de liberdade e igualdade, mas que ainda enfrenta desafios significativos. Superar essas barreiras é essencial para garantir que as mulheres alcancem uma verdadeira igualdade em relação aos homens.

A inclusão do trabalho invisível para fins de aposentadoria não apenas alinharia o sistema previdenciário com os princípios de igualdade e justiça social, mas também garantiria uma proteção mais adequada e abrangente para todos os trabalhadores, reconhecendo o valor essencial das tarefas que sustentam a vida cotidiana.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Schirlei; ROCHA, Diego Nunes da. Trabalho não remunerado dificulta aposentadoria digna para mulheres. **Gênero e Número.** 2024. Disponível em: https://www.generonumero.media/reportagens/aposentadoria-mulheres/. Acesso em: 03 ago. 2024.

ARGENTINA. Decreto nº 475 de 17 de julho de 2021. **Boletim Oficial da República Argentina**, Buenos Aires, 19 jul. 2021. Disponível em: https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/246989/20210719. Acesso em: 03 ago. 2024.

BARBOSA, Gabriela Jacinto. **Em nome da família:** união estável, diversidade de gênero e o neoconservadorismo. 1. ed., Florianópolis: Habitus, 2024.

BLAIR, Gabrielle. **Ejaculação precoce:** um olhar revolucionário sobre o papel dos homens na gravidez indesejada. Tradução: Caroline Simmer. 1. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2023.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 22 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm#art19c. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. Decreto n.º 9.912-A, de 26 de março de 1888. Reforma os Correios do Império. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1888**, Página 345 Vol. 1 pt. II. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9912-a-26-marco-1888-542383-publicacaooriginal-50955-pe.html. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 13 nov. 2019. Disponível em: https://shre.ink/b5TI. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 15 dez. 1998. Disponível em: https://shre.ink/b5Tf. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3o do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 31 dez. 2003. Disponível em: https://shre.ink/b5Tp. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2647, de 2 de agosto de 2021**. Dispõe sobre a contagem de tempo de serviço, para efeitos de aposentadoria, das tarefas assistenciais de criação de filhos e filhas biológicos ou adotados. Autor: Perpétua Almeida - PCdoB/AC. Disponível em: https://shre.ink/b5TB. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 326, de 11 de fevereiro de 2015**. Dispõe sobre o sistema especial de inclusão previdenciária de trabalhadores e trabalhadoras sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico de sua residência e dá outras providências. Autor: Valmir Assunção - PT/BA. Disponível

em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946568. Acesso em: 03 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação rescisória 3.877/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 28 de novembro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 de abril de 2013. Disponível em: https://shre.ink/b5TW. Acesso em: 03 ago. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ. **DPE-PR em Guarapuava firma convênio com instituições para garantir remição de pena por trabalho.** Disponível em: https://shre.ink/b5TT. Acesso em: 03 ago. 2024.

GONÇALVES, Jennifer; PETTERINI, Francis Carlo. O impacto da maternidade na desigualdade salarial no mercado de trabalho formal: uma análise para o Brasil entre 2008 e 2018. **Textos de Economia - Universidade Federal de Santa Catarina,** Florianópolis, v. 26, n. 1, p. 01-29, jan./jun. 2023. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/economia/article/view/93370/53900. Acesso em: 25 abr. 2024.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens:** Uma breve história da humanidade**.** Tradução Janaína Marcoantonio, 51. ed., Porto Alegre: L&PM, 2020.

IBGE. **Outras formas de trabalho 2022:** PNAD Contínua. 2023. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/5616d6a502ea0befe38ba89412c9d31b.pdf. Acesso em: 03 ago. 2024.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tabela 1.1.4 - Número médio de horas semanais dedicadas aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos das pessoas de 14 anos ou mais de idade, na semana de referência, por sexo, segundo classes de percentual de pessoas em ordem crescente de rendimento domiciliar per capita- Brasil – 2022. *In:* **Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil.** Disponível em: https://shre.ink/b5Tc. Acesso em: 24 abr. 2024.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tabela 1.15.1 - Nível de ocupação de pessoas de 25 a 54 anos de idade, na semana de referência, por sexo e presença de criança de até 6 anos de idade no domicílio, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação - Brasil – 2022. *In:* **Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil.** Disponível em: https://shre.ink/b5Ta. Acesso em: 24 abr. 2024.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tabela 1.2.1 - Número médio de horas combinadas no trabalho remunerado e nos cuidados de pessoas e/ou afa-

zeres domésticos (carga total de trabalho) das pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, por sexo, segundo classes de rendimento domiciliar per capita - Brasil – 2022. *In:* **Estatísticas de Gênero - Indicadores sociais das mulheres no Brasil.** Disponível em: https://shre.ink/b5Tl. Acesso em: 24 abr. 2024.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tabela 1.7 - Pessoas de 14 anos ou mais de idade, ocupadas na semana de referência, total e respectiva distribuição percentual por nível de instrução e grupos de idade, segundo grupos de atividade, sexo e cor ou raça - Brasil – 2022. *In:* **Síntese de Indicadores Sociais.** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html. Acesso em: 25 abr. 2024.

KELLY, Isabela Duarte; CONSIDERA; Cláudio; MELO, Hildete Pereira de. **Quanto vale o amor materno? Apenas abraços e beijos?** Blog do Ibre, out. 2023. Disponível em: https://blogdoibre.fgv.br/posts/quanto-vale-o-amor-materno-apenas-abracos-e-beijos. Acesso em: 03 ago. 2024.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário.** 18 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: JusPodivm, 2020.

Laboratório Think Olga. Entrevista concedida ao Think.Eva. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CmZQDaBJOKb/. Acesso em: 03 ago. 2024.

MARÇAL, Katrine. **O lado invisível da economia:** uma visão feminista. Titulo original: e tenda könet – Varför du är förförd av den ekonomiske mannen och hur det förstör ditt liv och världsekonomin. Publicado em português mediante acordo com Bonnier Rights, Estocolmo, Suécia, Kontext Agency, Estocolmo, Suécia, e Vikings of Brazil, São Paulo, Brasil. São Paulo: Alaúde Editorial, 2017, versão digital/ebook.

OXFAM Brasil. **Trabalho de cuidado:** uma questão também econômica. 2020. Disponível em: https://shre.ink/b5d4. Acesso em: 03 ago. 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (12ª Câmera Cível). Agravo de Instrumento 0013506-22.2023.8.16.0000. Relator: Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi, 2 de outubro de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico,** 2 de outubro de 2023. Disponível em: https://shre.ink/b5d0. Acesso em: 12 nov. 2023

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das políticas de saúde no Brasil:** uma pequena revisão. Núcleo de Estudos em Saúde Bucal Coletiva, 2017. Disponí-

vel em: http://www.nesbuc.ufc.br/downloads/historiapoliticassaudebrasil.pdf. Acesso em: 03 ago. 2024.

SANTANA, Andréa Gois de Matos; SANTOS, Deronilza de Jesus Silva; SOUSA, Niria Machado; LEME, Fabrício Augusto Aguiar. História da Previdência no Brasil até a Reforma Previdenciária e as imposições de dificuldades para a aposentadoria por idade para as mulheres. **Intr@ciência Revista Científica**. Faculdade do Guarujá, ed. 23, mai./jun., 2022. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20220511101553.pdf. Acesso em: 03 ago. 2024.

SOIHET, Rachel. História, Mulheres, Gênero: Contribuições para um Debate. *In:* AGUIAR, Neuma (Coord.). **Gênero e Ciências Humanas: Desafio às Ciências Desde a Perspectiva das Mulheres**. Rio de Janeiro: Record, 1997, pp. 95-136.

Think Olga. **O, Esgotadas.** 2023. Disponível em: https://lab.thinkolga.com/wp-content/uploads/2023/10/LAB-Esgotadas-4out-1.pdf. Acesso em: 03 ago. 2024.

# ANÁLISE DO "MOVIMENTO DESCONECTA" SOB O PRISMA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES FRENTE À ERA DIGITAL

Paula Motta de Souza[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A outorga de direitos protetivos a crianças e adolescentes foi e segue sendo uma luta no que diz respeito ao reconhecimento dessas pessoas enquanto sujeitos de direitos, tanto no plano internacional, como no âmbito da legislação brasileira. Atualmente, diante da evolução exponencial da tecnologia digital, a efetivação de prerrogativas já conquistadas, bem como a busca por novos instrumentos de salvaguarda ao público infantojuvenil se faz necessária.

O cenário hodierno mostra-se revelador, eis que questões advindas da interação dos nativos digitais, que são indivíduos que nascem dentro do universo *online* e interagem com dispositivos conectados à *internet* desde tenra idade, passam a surgir. Há benefícios e possibilidades trazidos pelo mundo virtual, mas também riscos e malefícios oriundos do uso desenfreado de telas e mídias sociais por pessoas com menos de 18 anos.

1 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, vinculado ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Professor Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. E-mail: paulamotta.souza@gmail.com.

Vê-se, em uma crescente, preocupações significativas no tocante à segurança, à privacidade, à proteção dos dados pessoais, assim como questões associadas à saúde mental e comportamental de jovens, que estão imersos nos seus *smartphones*, com raro contato físico com familiares, amigos ou qualquer pessoa que seja. A necessidade de agir enquanto sociedade é imediata, visto que, conforme previsão constitucional, cabe não só à família, como também à comunidade como um todo, assegurar o devido cuidado aos sujeitos de direitos hipervulneráveis.

Observam-se movimentos no mundo todo, partindo de pais e responsáveis, acerca da proibição de celulares com *internet* e redes sociais, até determinada idade, diante das consequências, hoje conhecidas, da utilização demasiada desses dispositivos. A problemática é verificada não em relação ao uso da tecnologia em si, mas ao uso excessivo e prolongado das telas e mídias sociais.

Assim, busca-se, neste estudo, colocar em voga a prioridade absoluta a ser conferida a essas pessoas hipervulneráveis, a fim de garantir sua proteção integral em um contexto de fragilidade e impotência quando expostos aos aplicativos de *internet*, em que as empresas de tecnologia pecam no resguardo de seus direitos fundamentais. É sob esse panorama que se situa o presente artigo, que tem por norte explorar, a partir da análise de mobilizações da sociedade civil, a viabilidade e eficácia da positivação de normas, no âmbito da legislação brasileira, no que diz respeito ao manuseio de *smartphones* e interação em redes sociais.

Nesse diapasão, questiona-se: diante da falta de regulamentação, no país, acerca da utilização de aplicativos de *internet* por crianças e adolescentes, a proibição de uso de *smartphones* e redes sociais até determinada faixa etária seria eficaz na proteção do público infantojuvenil na era digital?

Para tanto, inicialmente, discorrer-se-á acerca da proteção das pessoas com menos de 18 anos na *internet*, com enfoque na realidade virtual vivenciada pelos jovens. Ainda, abordar-se-á, brevemente, problemáticas que surgem a partir do universo digital e a interação dos sujeitos de direitos hipervulneráveis com redes sociais e acesso à *web*.

Em um segundo momento, analisar-se-á o atual panorama, no Brasil, em que se denota o aumento na participação *online* de crianças e adolescentes e a ausência de instrumentos normativos eficazes a fim de resguardá-los dos perigos e malefícios do ambiente digital quando utilizado de forma prejudicial. Nesse aspecto, será analisado o surgimento de movimentos de pais e responsáveis pelo mundo todo e, especificamente, no Brasil, propondo um pacto social no que diz respeito ao manuseio, por seus filhos, de celulares com *internet* e mídias sociais, bem como suas motivações para tanto.

Por fim, serão abordados posicionamentos favoráveis e contrários à restrição de uso de aparelhos móveis com acesso à *web* e criação de contas em redes sociais até certa idade. Após, verificar-se-á a possibilidade de edição de lei, no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de resguardar os sujeitos de direitos que se encontram em fase de desenvolvimento da utilização descontrolada de aplicativos virtuais. Perquirir-se-á, igualmente, sobre a eficácia dessa positivação na efetiva proteção dessas pessoas carecedoras de especial cuidado.

Desse modo, para que os objetivos desse artigo sejam atingidos, adotar-se-á como método de abordagem o dedutivo. Como método de procedimento, utilizar-se-á o método bibliográfico, buscando-se na doutrina e na legislação subsídios para a compreensão do tema.

## 2 PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA ERA DIGITAL

A outorga de direitos às crianças e aos adolescentes passou a ser pauta no plano internacional, mesmo que, inicialmente, de forma tímida, com a Declaração de Genebra de 1924. Posteriormente, as discussões foram sendo aprimoradas e editadas convenções internacionais sobre a temática, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil (Rosa; Sanhudo, 2021).

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, adotou a doutrina da proteção integral,

conferindo prioridade absoluta e um olhar mais humano em relação a esses indivíduos com direitos próprios e especiais (Rosa; Sanhudo, 2021). Ainda, passou-se a ter como norte o princípio do melhor interesse, configurando-se, dessa forma, as regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo o público infantojuvenil (Ishida, 2015).

A reforçar os preceitos constitucionais estabelecidos, adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) que, replicando a proteção conferida pela Carta Maior, dispôs sobre os parâmetros norteadores supra referidos e abandonou a teoria menorista, que considerava pessoas com menos de 18 anos como objetos de direitos e não sujeitos. Segundo Ishida (2015), o ECA representa o estabelecimento de garantias, sendo fruto da indignação da sociedade, que clamava por um tratamento humano para esses indivíduos.

Dentre os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana que foram reconhecidos ao público infantojuvenil pela Constituição de 1988 e, após, regulamentados no âmbito infraconstitucional pela Lei nº 8.069/1990, estão os direitos à liberdade, ao respeito e à dignidade. Ainda, dentro dessa sistemática, direitos à imagem, à privacidade, à intimidade, vida privada e à autonomia são outorgados a esses sujeitos em fase de desenvolvimento (Rosa; Sanhudo, 2021).

A Lei 13.257 de 2016, que dispõe sobre o Marco Legal da Primeira Infância, traz em seu artigo 4º a promoção e formação da cultura de proteção e promoção da criança, com o apoio dos meios de comunicação. Em seu artigo 5º, aborda o direito à saúde, direito de brincar, direito ao lazer e "proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista", além da adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica (Brasil, 2016).

Nesse sentido, tais direitos e garantias reconhecidos aos sujeitos hipervulneráveis[2] ganham especial relevância diante das constantes

2 ROSA, PAULO, BURILLE (2023) fazem referência à hipervulnerabilidade da criança e do adolescente num contexto em que suas vulnerabilidades ganham *status*

transformações a que a sociedade contemporânea está exposta, mormente face ao atual cenário tecnológico vivido. Desafios diversos surgem com as mudanças trazidas pela era virtual e, conforme anteparo constitucional, é dever não só da família, como de toda a sociedade, assegurar que o cuidado com crianças e adolescentes não se esmoreça.

O século XXI, marcado pelo rápido avanço tecnológico, caracteriza-se pela denominada sociedade da informação, representativa de um novo paradigma, em que as informações fluem a níveis expressivos, tanto em quantidade, quanto em termos de velocidade (Santos, 2022). Aponta-se, ainda, como um fator acelerador da transição da era analógica para a era digital a pandemia da covid-19, cujo advento impôs a presença da tecnologia digital em todos os lares do mundo (Sanches, 2021).

No que diz respeito à relação do público infantojuvenil com as tecnologias, essa realidade já vem inserida na vida desses nativos digitais (Prensky, 2001), que nascem imersos na cultura tecnológica. Na mais tenra idade, crianças crescem rodeadas de dispositivos com acesso à *internet* e com uma facilidade extrema, tanto em manuseá-los, como em criar dependência desses (Alonso, 2022).

Bebês já se familiarizam com *smartphones*, com as telas *touch screen*, bastando poucos anos de idade para utilizarem jogos *online*, comunicarem-se via mensagens de áudio, vídeo e, em seguida, adentrarem no universo das redes sociais (Peixoto; Bueno; Pereira, 2023). Soma-se a isso a experiência proporcionada pelos brinquedos conectados (*Internet of toys*), que são capazes de interagir com o usuário infante de forma inteligente, reproduzindo respostas individualizadas, por meio de microfones e sistemas de reconhecimento de voz (Leal, 2017).

Os meios virtuais mudaram a forma como os jovens interagem e se comunicam, visto que por meio das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas eles se conectam com pessoas de todo o mundo, fazem amizades e compartilham diversas experiências (Morais; Santos,

diferenciado no cenário tecnológico, eis que não possuem maturidade suficiente para serem considerados usuários "padrões" da internet.

2023). E nesse aspecto, não há como negar outras possibilidades trazidas, especialmente nas diferentes formas de aprendizagem que a *internet* proporciona, como o acesso a múltiplas informações de forma imediata, aulas à distância e inovação nos métodos de ensino.

Destaca-se que, em 2017, a UNICEF, por meio do relatório "Children in a Digital World", divulgou o papel fundamental das novas tecnologias no desenvolvimento da educação, apontando as oportunidades trazidas pela *internet* (UNICEF, 2017). Conforme versão comentada do Comentário Geral nº 25, da ONU, sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital:

> Coloca-se, desta forma, um desafio a todos os agentes responsáveis pela proteção das crianças e dos adolescentes - no Brasil, famílias, Estado e toda sociedade, incluindo empresas, conforme o art. 227 da Constituição Federal: garantir a preservação dos seus direitos frente aos desafios trazidos pelas tecnologias digitais, e ao mesmo tempo assegurar o seu acesso às potencialidades e aos benefícios dessas tecnologias (Instituto Alana; Ministério Público de São Paulo, 2022, pp. 7-8).

O mencionado Comentário Geral, editado em 2021, pelo Comitê dos Direitos da Criança da ONU, reforça o dever dos Estados em tomar as medidas adequadas para prevenir, monitorar e punir eventual desrespeito aos direitos dos infantes na *internet*. O documento refere o "crescente poderio econômico das '*Big Techs*', a hiper digitalização de grande parte das interações sociais no contexto da pandemia de coronavírus", bem como o exponencial aumento do número pessoas munidas de *smartphones* (Instituto Alana; Ministério Público de São Paulo, 2022).

A era digital, por certo, trouxe inúmeras facilidades, mas essa inovação tecnológica acaba trazendo, igualmente, algumas preocupações significativas no tocante à inclusão digital, à segurança, à privacidade e à proteção dos dados pessoais (Sanches, 2021). Nesse passo, vê-se como imprescindível o reforço dos debates acerca das formas de proteção a essas pessoas ainda em fase de desenvolvimento.

Outro fator de cautela se dá em função do aumento no caso de doenças mentais como depressão, ansiedade e estresse, que estão sendo associados ao uso excessivo de tecnologias e redes sociais por jovens (OMS, 2019). A Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) tem alertado pediatras, pais e educadores de crianças e adolescentes sobre fatores de saúde, inclusive mental e comportamental, relacionados ao mundo digital, tendo, inclusive, publicado um manual de orientação a respeito (SBP, 2024).

Jonathan Haidt (2024), psicólogo norte-americano, desenvolveu uma série de pesquisas sobre os motivos do declínio significativo na saúde mental, especificamente a partir do ano de 2010, concluindo, por meio de seu livro "A Geração Ansiosa", que tal problemática se dá em função da infância e puberdade hiperconectadas. Assim, em sua obra, apresenta algumas premissas para embasar um desenvolvimento saudável dessas pessoas na era digital, das quais destaca-se "nada de smartphone antes do nono ano" e "nada de redes sociais antes dos dezesseis" (Haidt, 2024, p. 25).

Nessa esteira, conforme exposto em artigo escrito por Fabiano Hartmann Peixoto, Bárbara Nunes Ferreira Bueno e João Sérgio dos Santos Soares Pereira, em análise sobre a presença do público infantojuvenil no ambiente virtual:

> A preocupação com essa exposição não diz respeito apenas ao Direito, tampouco ao Direito Digital. Ramos como o da Educação, da Psicologia, Psicanálise, Medicina têm se preocupado em olhar atentamente aos riscos e danos causados pela exibição precoce de crianças e adolescentes ao uso da internet (Peixoto; Bueno; Pereira, 2023).

Inúmeros são os desafios que surgem frente à relação de crianças e adolescentes com as tecnologias, sobretudo diante da dicotomia existente entre benefícios e malefícios dessa interação *online*. No entanto, hoje, já se têm acesso a dados obtidos acerca dos riscos e distúrbios decorrentes do uso abusivo e descontrolado das redes sociais, dos celulares e das

telas, tendo como consequência a obesidade infantil, erotização precoce, estresse precoce, depressão, agressividade e violência (Pecinato, 2023).

Dessa forma, imperiosa e urgente a discussão sobre as formas de se proteger esses sujeitos expostos ao universo digital, dando efetividade às normas constitucionais. Está-se diante de uma era tecnológica, cujos efeitos do uso descontrolado e dependência das telas e mídias sociais pelo público infantojuvenil estão sendo conhecidos e, por isso, a imediaticidade na busca de ferramentas protetivas aos indivíduos carecedores de especial proteção.

## 3 ATUAL PANORAMA NO BRASIL

O atual contexto sociocultural mundial se caracteriza pelo auge do desenvolvimento tecnológico e a presença de indivíduos com menos de 18 anos na *internet* é um acontecimento já normalizado (Alonso, 2022). Ocorre que a utilização das redes sociais pelo público infantojuvenil passa a ser ponto de preocupação, tendo em vista os diversos riscos a que essas pessoas estão expostas (García, 2021).

No Brasil, verifica-se que a participação *online* de crianças e adolescentes está cada vez mais frequente. Desde 2012, a pesquisa TIC Kids Online Brasil coleta indicadores referentes ao acesso e uso das tecnologias de informação e comunicação (TIC) por pessoas de 9 a 17 anos no país, sendo que a edição de 2023 aponta a antecipação da idade no que diz respeito ao primeiro acesso à *internet*, bem como o aumento no número de usuários da faixa etária apontada (Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2023).

Além disso, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (2023) aponta, em relatório, que além do aumento na proporção de indivíduos que são usuários de *internet* no país, a frequência com que acessam a rede vem crescendo. De acordo com os dados colhidos, quase a totalidade dos usuários entre 9 e 17 anos usaram a *web* todos os dias ou quase todos os dias (96%) e, aproximadamente quatro a cada cinco usuários utilizaram a rede mais de uma vez por dia (83%).

A dependência digital é uma realidade, mas deve-se contextualizar o problema o associando ao uso excessivo e prolongado das telas e não ao uso da tecnologia em si (Papo de Futuro, 2024). A utilização inadequada da *internet* pode levar a problemas de saúde, a contato com conteúdos violentos e impróprios para a idade, além de afetar negativamente os níveis de aprendizado e desenvolvimento emocional e psicológico (Morais; Santos, 2023).

Nesse aspecto, discussões são travadas não só em âmbito legislativo, como também na seara médica, na área da psicologia e ensino, tendo em vista os prejuízos observados pela interação dos jovens com o ambiente digital, sem o devido controle parental (Silva; Silva, 2017). No ponto, são feitos questionamentos acerca de medidas legislativas cabíveis a reverter o atual cenário, bem como se seriam as leis suficientes a estancar os malefícios já constatados, sem que houvesse um movimento de conscientização por parte da sociedade.

## 3.1 Da ausência de regulamentação do uso da internet por crianças e adolescentes no brasil

Em março de 2024, foi assinada uma lei, no estado da Flórida (EUA)[3], proibindo a criação de contas em redes sociais para pessoas com menos de 14 anos, sendo que jovens de 14 até 16 anos podem acessar essas aplicações somente com autorização parental (Flórida, 2024). Ainda, o primeiro-ministro da Austrália anunciou, recentemente, que o governo aprovará, neste ano, uma lei que irá restringir o acesso a redes sociais pelo público infantojuvenil, tendo em vista os riscos para a saúde física e mental (Hsu, 2024).

Vê-se uma tendência mundial nesse sentido, visto que surgem, cada vez mais, pesquisas[4] comprovando os danos que as redes sociais pro-

3 A lei passa a ter efeitos a partir de 1º de janeiro de 2025.

4 No site do psicólogo norte-americano Jonathan Haidt (2024) constam interessantes dados obtidos por meio de estudos sobre o impacto das redes sociais na vida dos jovens: https://jonathanhaidt.com/social-media/.

vocam em adolescentes. Nesse aspecto, Haidt (2024) chama a atenção para o fato de que já há dados indicando que a infância baseada no celular está corroendo a saúde mental de infantes: "Vamos deixar que isso aconteça? Ou, como ocorreu no século xx, vamos encarar que às vezes precisamos proteger as crianças mesmo que isso represente incômodos para os adultos"?

No Brasil, não há, até o momento, nenhuma lei específica aprovada que trate da regulamentação do uso de redes sociais pelo público infantojuvenil. O que se têm são projetos de lei tratando sobre *sharenting*[5], sobre a proteção dessas pessoas vulneráveis em ambientes digitais[6], sobre uso de dispositivos móveis em salas de aula e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual possui um único artigo dedicado ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

No que tange à LGPD, o parágrafo primeiro do artigo 14 (Brasil, 2018) dispõe que o tratamento de dados pessoais de crianças (excluindo-se, aqui, os adolescentes[7]) deve ser realizado com consentimento específico e destacado de pelo menos um dos pais ou responsável legal. Nesse aspecto, Sanches e Lamosa (2021) chamam a atenção para o fato de que a LGPD deixou indagações ao dispensar a necessidade de consentimento dos pais ou responsáveis para o tratamento de dados de maiores de 12 (doze) anos.

Ainda, há em trâmite, no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 2628/2022, de autoria do Senador Alessandro Vieira, sobre a proteção de pessoas com menos de 18 anos em ambiente digital, com interessantes diretivas a serem seguidas por aplicações de *internet* e produtos ou serviços de tecnologia da informação. A proposição se destaca por chamar as empresas de tecnologia para a devida responsabilidade no tocante à proteção do público infantojuvenil na web (Brasil, 2022).

5 Projeto de Lei nº 4776/2023, em tramitação na Câmara de Deputados, que dispõe sobre o compartilhamento e publicação de imagem e dados pessoais de crianças e adolescentes por seus pais e responsáveis, em plataformas online.

6 Projeto de Lei nº 2628/2022, em tramitação no Senado Federal, que dispõe sobre a proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais.

7 Pela redação da lei, deduz-se que, no caso dos adolescentes, não se faz necessário o consentimento específico de um de seus pais ou responsável para o tratamento de seus dados.

Pontua-se que o PL, inicialmente, trazia a previsão de proibição da criação, por aplicações de redes sociais, de usuários ou contas por crianças no âmbito dos seus serviços. Porém, após substitutivo apresentado, tal disposição restou afastada, sob o argumento de que os resultados da pesquisa TIC Kids Online Brasil 2023 teria apontado que o uso da *internet* entre crianças brasileiras está amplamente disseminado, o que justificaria admitir a criação de contas e perfis de usuários em redes sociais por crianças (Brasil, 2022).

Insta mencionar, igualmente, as normativas existentes em diferentes cidades[8] do país acerca da proibição de uso de celulares nas dependências escolares, além da temática estar sendo objeto de proposta de lei pelo Ministério da Educação (Sousa, 2024). Destaca-se que o assunto tem sido palco de discussões, principalmente a partir das recomendações feitas, em 2023, pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) no Relatório Global de Monitoramento da Educação, o qual traz estudos que evidenciam prejuízos no desempenho dos estudantes por conta do uso excessivo das tecnologias (UNESCO, 2023).

Há, portanto, movimentos legislativos no país, no tocante à questão do uso da *internet* pelo público infantojuvenil, mas ainda muito incipientes. As preocupações são inúmeras, mas deve-se destacar que todas elas possuem um ponto em comum: a fragilidade e imaturidade de crianças e adolescentes diante das mídias sociais, o que demonstra a necessária atenção e supervisão por parte dos pais e responsáveis (Aguirre, 2021).

## 3.2 Movimentos criados por pais para retardar o acesso de crianças e adolescentes a *smartphones* e redes sociais

Até pouco tempo atrás, não se sabia dos prejuízos reais que o uso excessivo de telas e mídias sociais poderiam causar nos indivíduos com menos de 18 anos. No entanto, estudos recentes apontam o

8 A exemplo do Rio de Janeiro/RJ, com o Decreto nº 53918/2024 (Rio de Janeiro, 2024) e Porto Alegre/RS, com a lei nº 11.067/2011 (Porto Alegre, 2011).

comprometimento da saúde mental dos jovens causado em função da infância e da puberdade imersas nas telas do celular (Haidt, 2024).

Conforme a Sociedade Brasileira de Pediatria (2024), os primeiros 1000 dias são importantes para o desenvolvimento cerebral e mental de infantes, assim como a idade escolar e a fase da adolescência. Ainda, o tempo de maturação do córtex pré-frontal, responsável pelas funções cognitivas e executivas do controle dos impulsos, julgamento, resolução de problemas, atenção, inibição, memória e tomada de decisões começa a amadurecer a partir dos 3, 4 anos de idade e fica completamente formado em torno dos 25 anos de idade, o que justifica alguns comportamentos juvenis que testam limites e buscam aceitação de seus pares nas redes sociais.

Ocorre que a realidade posta traz um cenário em que o público infantojuvenil é o maior usuário de redes sociais, sendo que sintomas de depressão, ansiedade e estresse apresentam relação direta com o uso ativo e passivo desses aplicativos (Godoy; Schimitt *et al*, 2024). Por consequência, percebe-se esse grupo em específico comprometido no processo de socialização, no brincar, com comprometimento da qualidade de sono e com dificuldades ao enfrentar os desafios da vida real (Haidt, 2024).

Desse modo, diante da percepção por parte de pais e responsáveis no que diz respeito à saúde mental de seus filhos, bem como da divulgação de dados preocupantes em relação à aprendizagem de crianças e adolescentes em idade escolar, passaram a surgir debates a respeito de formas de se reverter esse panorama. No início de 2024, iniciaram-se movimentos de detentores do poder familiar, espalhados pelo mundo todo[9], com o intuito de conscientizar outros pais a adiar a entrega à prole de celulares com *internet* e criação de contas em mídias sociais.

No Reino Unido, o denominado "Smartphone Free Childhood" (em tradução literal significa "infância livre de smartphones") surgiu, em fevereiro de 2024, a partir da preocupação de duas amigas com o impacto

9 Conforme reportagem da Consumer News and Business Channel (CNBC), esses movimentos se espalharam por diversos países como Estados Unidos, Canadá, Espanha e Brasil (Bhaimiya, 2024).

que o uso descontrolado de celulares com acesso à *web* e redes sociais estaria causando nos jovens da atualidade. Decidiram, então, criar um grupo de w*hatsapp* para se apoiarem na decisão de adiar a compra de *smartphones* para os seus filhos e, surpreendentemente, após exporem suas preocupações em uma postagem no *Instagram*, em poucas horas, milhares de outros pais se juntaram ao grupo (Smartphone Free Childhood, 2024).

No Brasil, um grupo de mães, em São Paulo, motivadas pelo sucesso da ideia em outros países, criou o "Movimento Desconecta", o qual já ganhou milhares de adeptos pelo país todo. A proposta é criar um acordo coletivo para se adiar a entrega do celular até, pelo menos, os 14 anos de idade dos adolescentes e liberar o acesso a redes sociais somente aos 16 anos de idade, na mesma linha da recomendação feita pelo psicólogo Jonathan Haidt (Mattos, 2024).

Interessante pontuar que esse apelo promovido pela comunidade de pais e responsáveis se dá, em grande parte, pela constatação de que deliberações isoladas de adiamento da entrega de celulares com *internet* aos filhos e restrição do acesso às mídias sociais até determinada idade podem acarretar outros problemas, além dos já constatados. Se essa decisão não for acompanhada de uma mobilização de todas as famílias e a comunidade escolar como um todo, pode, na prática, transformar-se em um fator de exclusão dos indivíduos em fase de desenvolvimento no colégio e nos ciclos sociais, ocasionando, inclusive, episódios de *bullying*.

Por isso, a ideia de que sem uma ação coletiva, os detentores da autoridade parental se veem isolados e, consequentemente, veem seus filhos excluídos. Conforme uma das fundadoras do movimento, Fernanda Machado, "muitos pais dizem 'sim' aos celulares cedo, porque tantas outras famílias já disseram 'sim'. Mas, e se disséssemos juntos 'ainda não'?" (Comitê Gestor de Internet no Brasil, 2024).

Além disso, a mobilização demonstra uma urgência na tomada de providências quanto a essa questão, pois, ao que parece, as empresas de tecnologia não estão interessadas em afastar os jovens do mundo *online*. Quanto a esse ponto, cita-se a denúncia feita pelo Instituto Alana ao

Ministério Público de São Paulo contra o *Facebook*, a fim de responsabilizar os anunciantes e a Meta pela exploração comercial indevida de crianças e adolescentes[10] (Criança e Consumo, 2024), bem como o processo do Departamento de Justiça Americano contra a plataforma TikTok, por violações de privacidade infantil (Maheshwari; McCabe; 2024).

Essa iniciativa por parte dos pais chama a atenção, pois dá a devida relevância ao tema e traz reflexões quanto à importância do protagonismo familiar no que diz respeito ao público infantojuvenil e sua relação com as tecnologias. Cabe, no entanto, analisar se essas movimentações advindas dos responsáveis parentais são suficientes a salvaguardar infantes e adolescentes ou se há a necessidade de medidas legislativas para garantir a efetiva proteção constitucional a esses indivíduos hipervulneráveis.

## 4 (IN)SUFICIÊNCIA DO MOVIMENTO DESCONECTA COMO FORMA DE PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO MUNDO DIGITAL

O "Movimento Desconecta" e demais ações similares geradas no seio da sociedade com o fim de estancar riscos e malefícios constatados a partir da interação excessiva e sem qualquer controle de crianças e adolescentes com a *internet* e seus aplicativos são notáveis. Não há como negar a pertinência da temática, eis que direitos fundamentais de pessoas com menos de 18 anos estão sendo violados, tendo em vista os graves prejuízos relativos à saúde mental e comportamental oriundos do mau uso do ambiente *online*.

No entanto, partindo-se da premissa constitucional de que a proteção ao público infantojuvenil deve ser protagonizada não só pela família, como também por toda a sociedade e pelo Estado, percebe-se que o posicionamento dos responsáveis pelo poder familiar está desacompanhado de ações por parte das empresas de tecnologia e de leis protetivas.

10 A denúncia identificou dez perfis de influenciadores mirins que promovem sites de apostas para crianças e adolescentes.

Afinal, nem *big techs*, nem o estado-legislador, estão tomando medidas suficientes para resguardar esses sujeitos hipervulneráveis.

Nesse sentido, esses pactos coletivos protagonizados por detentores da autoridade parental e que estão em evidência, sendo, inclusive, matéria de inúmeras reportagens jornalísticas e *podcasts*[11], juntamente com medidas adotadas nas escolas para proibir o uso de *smartphones* dentro de suas dependências (Mattos, 2024), estão criando um ambiente favorável à atuação legislativa. Afinal, faz-se necessária a observância dos fatos sociais para melhor compreensão da sociedade, de forma que aqueles relevantes provoquem a ação dos legisladores (Durkheim, 2001).

Contudo, impende uma análise acerca da efetividade de previsão legislativa, na esteira da proposta do "Movimento Desconecta", que restrinja o uso de *smartphones* às pessoas com menos de 14 anos e impeça a criação de contas em redes sociais aos indivíduos com menos de 16 anos (ou outra faixa etária). A urgência de alguma medida por parte do Poder Legislativo é inconteste, mas se deve pensar na edição de uma lei com aplicabilidade prática e que confira o devido anteparo legal às crianças e aos adolescentes, em plena observância ao seu melhor interesse.

Assim, observando-se a ideia trazida por esses movimentos coletivos de pais e responsáveis, denotam-se argumentos favoráveis e contrários, os quais têm sido palco para debate. Inclusive, a volta dos *dumbphones*[12] tem sido cogitada como uma possível tendência e uma saída para a utilização compulsiva dos celulares com *internet* (Bublitz, 2024).

---

11 (i) Matéria do dia 16 de junho de 2024, no jornal Estado de S. Paulo: "Sem celular para filhos até os 14 anos" (Cafardo, 2024); (ii) Matéria do dia 21 de junho de 2024, na Folha de São Paulo: "Menores de 14 anos deveriam ser proibidos de usar redes sociais?" (Santarém; Valente, 2024); (iii) Matéria do dia 28 de junho de 2024, na Zero Hora: "Celular aos 14 anos? Conheça o movimento que defende adiar o acesso a smartphones e redes sociais" (Coimbra, 2024); (iv) Podcast "Dois Pontos", do Estadão, episódio #47: "Qual o momento certo de dar um celular para seu filho?" (Dois Pontos, 2024).

12 Em tradução literal, os *dumbphones* significam os celulares burros. São aqueles modelos de celulares sem acesso à *internet*.

Divergindo da corrente de limitação aos telefones móveis ligados à rede e suas funcionalidades está a alegação de que a medida não diminuiria a prevalência de transtornos mentais na adolescência e uma lei banindo redes sociais poderia levar a um sentimento de curiosidade e contravenção (Valente, 2024). Ainda, mesmo se reconhecendo que, em termos pedagógicos, o celular prejudica o aprendizado, defende-se que a mera proibição tenderia ao fracasso, devendo ser traçado um caminho para a utilização profícua do dispositivo (Cara; Pessoa; Bezerra, 2024).

Outro ponto de reflexão se dá no sentido de que a interação em mídias sociais faz parte dos meios de socialização da atualidade e esses aplicativos já se tornaram parte da identidade de crianças e adolescentes (Valente, 2024). Desse modo, proibir ou frear essa realidade seria contraproducente (Cara; Pessoa; Bezerra, 2024).

Não se pode desconsiderar, igualmente, que muito desse costume (quase que automático) por parte dos indivíduos hipervulneráveis ocorre em função do próprio funcionamento familiar. Conforme refere a pediatra Andrea Campagnolla, em entrevista para o *podcast* "Papo de Futuro", da Rádio Câmara, as telas não são, por si só, tóxicas dentro do contexto da família e acrescenta destacando que essas funcionalidades, muitas vezes, são uma rede de apoio, eis que auxiliam diversas famílias "especialmente pais e mães que fazem *home office*, em momentos corridos, como na hora do jantar" (Papo de futuro, 2024).

De outro lado, o porta-voz do movimento proibitivo do uso de aparelhos celulares conectados à *web* e mídias sociais, Jonathan Haidt (2024), propõe que se postergue a entrada de crianças e adolescentes a esse universo. Segundo o psicólogo, adotando-se essa medida, seus cérebros passarão pelos períodos mais críticos da puberdade protegidos dos mecanismos viciantes que fragmentam a atenção em troca de doses de dopamina.

Becker e Ferreirinha (2024) destacam que a juventude vive uma crise "com perdas no desenvolvimento, dificuldades de aprendizado e atenção, privação do sono, transtornos comportamentais e isolamento", sendo o uso excessivo das telas um dos principais responsáveis. Além

do mais, argumenta-se que a exposição constante de pessoas tão novas a corpos idealizados nas redes sociais as leva a um sentimento de insuficiência e a almejarem padrões de beleza inatingíveis. Nesse sentido, expõe a psicóloga Caroline Sorgi:

> A gente vive numa sociedade que procura, a todo custo, a perfeição, mas é uma perfeição que não existe. E isso é colocado para as crianças de uma forma que faz com que elas se sintam muito insuficientes (Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2024).

Outro fator a ser observado é que mesmo propostas razoáveis para proteger o público infantojuvenil no meio virtual são recebidas com intransigência das empresas de tecnologia. Nesse aspecto, Santarém (2024) alerta que a lógica de aplicativos como *Instagram*, *Facebook*, *Tiktok*, entre outros, é a de alimentar a violação de direitos humanos dos infantes. Exemplo disso são as severas críticas proferidas por lobistas das *big techs* ao renomado médico norte-americano, Vivek Murthy, quando ele pediu que plataformas de mídias sociais incluíssem um aviso de que a utilização pode ser prejudicial à saúde (Blum, 2024).

Dados retirados de estudos e pesquisas feitas pelo mundo todo apontam a grave crise de saúde mental que atinge crianças e adolescentes (Haidt, 2024), chamando a atenção o fato de que aqueles quem mais têm sofrido com sintomas de depressão, ansiedade, questões de percepção quanto à própria imagem, entre outros fatores, são os jovens que atingem a puberdade já imersos no universo *online*. Fala-se, inclusive, na expressão "demência digital", que começa a ser utilizada por profissionais médicos para se referirem a um declínio cognitivo a partir do manuseio da tecnologia virtual (Corso, 2024).

Por certo, é impensável a ideia de uma lei restringindo o uso de *smartphones* para pessoas com menos de 14 anos e permitindo o acesso a contas de redes sociais apenas aos maiores de 16 anos, sem uma atuação de responsáveis parentais que estejam conscientes que a imaturidade de seus filhos os expõe a riscos decorrentes do uso inadequado e excessivo

de celulares com *internet* e aplicativos. Afinal, não se deve olvidar da responsabilidade parental, advinda do *múnus* público que é o poder familiar e que possui natureza jurídica de poder-dever exercido pelos pais em relação aos filhos (Rosa, 2024).

Então, quando se fala em postergar a entrega de aparelhos com conexão à *web* aos filhos, percebe-se um claro protagonismo familiar na efetivação desse objetivo. No entanto, conforme aponta o pediatra Daniel Becker, aliado a esse movimento dos titulares do poder parental, devem estar as políticas públicas direcionadas, em especial, às camadas sociais mais vulneráveis, que necessitam de uma cobertura de creches para deixarem seus filhos enquanto trabalham e, do mesmo modo, necessitam de espaços públicos iluminados, seguros, arborizados e acessíveis para que os infantes possam brincar fora das telas (Rossi, 2024).

O processo de conscientização dos detentores do poder familiar acerca das consequências da utilização excessiva das telas e da necessidade de afastar os filhos desse ambiente prejudicial deve vir acompanhado de uma legislação efetiva, que lhes dê o respaldo necessário para que, dentro de casa, tenham condições de fornecer a devida educação digital, supervisão e curadoria da prole no espaço *online*. Assim, além do papel das famílias, deve se pensar, com urgência, em uma atuação estatal que efetivamente proteja indivíduos hipervulneráveis do mundo virtual.

Quanto à ideia de uma normatização que permita a criação de contas em redes sociais somente a partir de certa faixa etária, revela-se como uma medida de salvaguarda àqueles que merecem especial atenção. Além disso, mostra-se como um amparo aos pais que necessitam que o Estado exerça o seu papel na implementação integral dos mandamentos constitucionais de proteção aos sujeitos hipervulneráveis, mormente diante do desinteresse das plataformas digitais em mudar o cenário de dependência a que pessoas em fase de desenvolvimento estão expostas.

Questionamento que poderia ser feito é relativo à afronta ao direito à liberdade de expressão de crianças e adolescentes na era tecnológica, amparado pelo artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal,

artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, eis que, de certa forma, seria reduzido. Contudo, esse direito deve ser analisado frente aos demais que estão sendo protegidos, como os direitos de personalidade elencados no artigo 5º, inciso X, da Carta Maior e reforçados pelo artigo 20 do Código Civil, além do direito à saúde, dignidade e respeito, dispostos na Lei nº 8.069/90 (Teixeira; Multedo, 2021).

Uma previsão legislativa dispondo sobre a restrição de acesso às mídias sociais até determinada idade não retiraria desses sujeitos o seu direito à liberdade de expressão, até porque essa prerrogativa pode ser exercida de formas diversas que não só nesses aplicativos. À vista disso, analisando-se princípios postos em discussão, uma limitação na utilização da *internet* por indivíduos em fase de desenvolvimento parece atender ao seu melhor interesse e conferir a necessária proteção integral a eles.

De acordo com as fundadoras do "Movimento Desconecta", no Brasil, assim como, ao longo do tempo, percebeu-se a necessidade de restrição e adequação etária para determinadas questões, da mesma forma se faz em relação a crianças e adolescentes e a *internet*. Nesse sentido, destacam que "com o tempo, aprendemos a restringir o álcool e o cigarro a certos grupos etários. Os *smartphones* estão conosco há apenas 15 anos, e agora que conhecemos seus efeitos prejudiciais, precisamos agir" (Movimento Desconecta, 2024).

Dessa forma, a ideia de uma normatização proibitiva no tocante à utilização de redes sociais por infantes e adolescentes surge como uma medida de salvaguarda àqueles que merecem especial atenção e, igualmente, um amparo aos detentores do poder familiar que, em conjunto com a educação digital que devem proporcionar a seus filhos, necessitam que o Estado exerça o seu papel na implementação integral dos mandamentos constitucionais de proteção aos sujeitos hipervulneráveis. Mesmo porque, família, sociedade e Estado devem estar alinhados na promoção dos direitos desses indivíduos.

Nessa toada, o pacto de pais, que se espalha pelo mundo inteiro, surge como um sinal promissor para a positivação de uma lei que restrinja o acesso a redes sociais até determinada idade. Ainda, deve o legislador se atentar para a imperiosidade de promoção de ações e políticas públicas que auxiliem os responsáveis parentais no desempenho de seu papel de conscientização (própria e da prole) sobre os malefícios do uso excessivo de telas e aplicativos virtuais, cujo manuseio deve se dar em idade apropriada para tanto.

Está-se, portanto, diante de um cenário propício à atuação legislativa. O assunto está em voga, merece a devida atenção, põe em xeque garantias fundamentais reconhecidas às crianças e aos adolescentes e já está sendo alvo de clamor social, eis que pais e responsáveis estão se deparando com os prejuízos advindos do manuseio desenfreado da *internet* por seus filhos. Desse modo, entende-se como imperioso o movimento legislativo, sob pena de se agravar o naufrágio digital[13] em que os jovens se encontram.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da nova realidade imposta pelo avanço das tecnologias, com especial contorno no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, deparou-se com a problemática advinda da interação excessiva de pessoas com menos de 18 anos com a *internet*. O debate do tema se mostrou de suma importância, principalmente pela ausência de ações concretas por partes das empresas de tecnologia, no sentido de desenvolver ferramentas protetivas e, também, por falta de legislação, no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de proteger as pessoas em fase de desenvolvimento que tenham seus direitos fundamentais violados no universo virtual.

A partir de uma análise de dados e doutrina, verificou-se que a presença dos jovens na *web* se mostra cada vez mais frequente e se inicia

13 Expressão retirada do artigo escrito na Zero Hora, por Luciano Mattuella (2024).

na mais tenra idade. Além disso, pesquisas apontam uma grave crise de saúde mental desses sujeitos em fase de desenvolvimento em decorrência desse uso desenfreado da *internet*, sem qualquer segurança, monitoramento ou orientação por aqueles que deveriam garantir a devida proteção às crianças e adolescentes.

Situando-se o atual panorama no Brasil, apontou-se a ausência de lei específica tratando sobre a regulamentação do uso de telas e aplicativos virtuais pelo público infantojuvenil. Nesse aspecto, foram abordados os movimentos que se iniciaram fora do país e ganharam contornos mundiais no sentido de mobilização de responsáveis parentais para adiar a entrega de *smartphones* aos filhos e restringir o acesso às mídias sociais, permitindo-se a criação de contas nessas plataformas somente a partir dos 16 anos de idade.

Tendo como pano de fundo o "Movimento Desconecta", que se espelhou nos pactos coletivos em outros países, discorreu-se acerca da eficácia de mobilizações como essa, bem como sobre os posicionamentos existentes no tocante à restrição do uso de celulares com acesso à *internet* e aplicativos pelos sujeitos de direitos hipervulneráveis. Apurou-se que a realidade social, que é, atualmente, virtual, motivou essa ação por parte de adultos preocupados com o bem-estar de sua prole, que perceberam que um acordo coletivo para retardarem o acesso de seus filhos a *smartphones* e mídias sociais acabaria sendo mais efetivo que decisões isoladas.

Defendeu-se, desse modo, a atuação legislativa no tocante à temática, mas sem deixar de lado a importância de um protagonismo familiar quanto à educação digital, de forma que os detentores da autoridade parental se conscientizem que pessoas com menos de 18 anos, especialmente as crianças, são sujeitos hipervulneráveis e sem maturidade suficiente a estabelecerem limites frente à *web*. No entanto, não há como se esperar que os pais possam arcar com essa responsabilidade sem o respaldo necessário do Estado, principalmente no tocante a políticas públicas e promoção de ações informativas relativas à temática.

No que tange à normatização da proibição de contas em redes sociais até certa idade, tal medida se mostra condizente com a necessária proteção integral de crianças e adolescentes, como forma se salvaguardar àqueles que merecem especial anteparo frente ao ambiente virtual. Ainda, uma previsão legislativa nesse sentido, em conjunto com o cuidado e atenção que os detentores do poder familiar devem ter em relação aos filhos, demonstra a realização do preceito constitucional estampado no artigo 227 da Constituição Federal.

Dessa forma, de extrema urgência a edição de lei que resguarde pessoas com menos de 18 anos dos perigos do mundo *online*, restringindo-se, assim, a criação de contas em redes sociais. Ainda, deve o legislador promover políticas públicas e ações que chamem as famílias e a comunidade para a discussão e conscientização no tocante aos riscos da utilização inadequada de *smartphones e* seus aplicativos por indivíduos sem maturidade suficiente e que devem ser protegidos.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. A Responsabilidade Parental e o Abandono Digital. *In*: SANCHES, Patrícia Corrêa (coord.); DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, 2021.

ALANA denuncia Meta por publicidades de apostas para crianças e adolescentes. **Criança e Consumo**. São Paulo, 25 jun. 2024. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/noticias/alana-denuncia-meta-jogos-de-aposta/. Acesso em: 18 set. 2024.

ALONSO, Silvia Durán. Menores en Internet: problemas del ejercicio de la patria potestad sobre los "nativos digitales". **Actualidad Jurídica Iberoamericana** nº 17 bis, [*S.l*] 2022. Disponível em: https://revista-aji.com/wp-content/uploads/2023/01/42.-Silvia-Duran-pp.-1176-1203.pdf. Acesso em: 09 set. 2024.

BECKER, Daniel; FERREIRINHA, Renan. Banir aparelho já trouxe bons resultados. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 junho 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5dw. Acesso em: 18 set. 2024.

BHAIMIYA, Sawdah. A growing number of parents are refusing to give their children smartphones — and the movement is going global**. CNBC**, [*S.l*], 17 julho 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5dV. Acesso em: 18 set. 2024.

BLUM, Bárbara. Só redes sociais explicam a crise de saúde mental dos jovens, diz Jonathan Haidt. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 junho 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5dE. Acesso em: 18 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. **Lei 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei 13.079, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso: 15 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.628, de 2022**. Dispõe sobre a proteção de crianças e

adolescentes em ambientes digitais. Brasília: Câmara de Deputados, 2022. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/114713?sequencia=32. Acesso em 16 set. 2024.

BUBLITZ, Juliana. Você teria um "celular burro"? **Zero Hora**, Porto Alegre, 21 setembro 2024. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/colunistas/

juliana-bublitz/noticia/2024/09/voce-teria-um-celular-burro-cm1akzazp00u-t0133hio4qj5t.html. Acesso em 22 set. 2024.

CAFARDO, Renata. Sem celular para filhos até os 14 anos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 16 junho 2024.

CARA, Daniel; PESSOA, Monique Rufino Silva; BEZERRA, Pedro Augusto Bertolini. Mera proibição tende ao fracasso**. Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 junho 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/06/mera-proibicao-de-celular-nas-escolas-tende-ao-fracasso.shtml. Acesso em 18 set. 2024.

COIMBRA, Vinicius. Celular aos 14 anos? Conheça o movimento que defende adiar o acesso a smartphones e redes sociais. **Zero Hora**, Porto Alegre, 28 junho 2024. Disponível em:

https://shre.ink/b5dR. Acesso em: 17 set. 2024.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil** - TIC Kids Online Brasil 2023. São Paulo: CGI, 2024. *E-book*. Disponível em: https://shre.ink/b5dz. Acesso em: 17 set. 2024.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Movimento Desconecta propõe acordo coletivo entre famílias para adiarem a entrega de celulares aos filhos**. São Paulo: CGI, 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5dF. Acesso em: 17 set. 2024.

CORSO, Mário. Demência Digital. **Zero Hora**, Porto Alegre, 25 junho 2024.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martin Claret, 2001.

FLÓRIDA (Estado). **CS/CS/HB 1491, Engrossed 1**. Flórida: House of Representatives, 2024. Disponível em: https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2024/1491/BillText/er/PDF. Acesso em: 21 set. 2024.

GARCÍA, Ainoa García. **La protección del menor en el derecho europeo y español:** el sharenting y su problematica. Valencia: Editorial Universitat

Politècnica de València, 2021. Disponível em: https://monografias.editorial.upv.es/index.php/iya/article/view/155/115. Acesso em: 17 set. 2024.

GODOY, Patrícia Pasquali; SCHMITT, Marina; SCHINDLER, Eduardo; SILVA, Myllena Diessy da; ANDRETTA, Ilana. Mídias Sociais e Sintomas Emocionais de Estudantes de uma Universidade Privada. **Psicologia: Ciência e Profissão**, São Paulo, v. 44, pp. 1-15, 2024. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1982-3703003260371. Acesso em: 18 set. 2024.

HAIDT, Jonathan. **A Geração Ansiosa:** como a infância hiperconectada está causando uma epidemia de transtornos mentais. Tradução Lígia Azevedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

HSU, Cordelia. Austrália planeja proibir uso de redes sociais por crianças. **CNN Brasil**. [*S.l*], 10 setembro 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5di. Acesso em: 18 set. 2024.

INSTITUTO ALANA; MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Comentário Geral nº 25 sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital:** Versão Comentada**.** *[S.l]*, 2022. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/comentario-geral-no-25-comentado/. Acesso em: 16 set. 2024.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente:** doutrina e jurisprudência. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LAMOSA, Maria Elizabeth; SANCHES, Patrícia Corrêa. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no contexto das relações familiares. *In*: SANCHES, Patrícia Corrêa (coord.); DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, 2021.

LEAL, Livia Teixeira. Internet of toys: os brinquedos conectados à internet e o direito da criança e do adolescente**. Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil,

Belo Horizonte, vol. 12, p. 175-187, abr./jun, 2017. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/38. Acesso em 10 set. 2024.

MAHESHWARI, Sapna; MCCABE, David. EUA processam TikTok por violações de privacidade infantil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02 agosto 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/08/eua-processa-tiktok-por-violacoes-de-privacidade-infantil.shtml. Acesso em: 17 set. 2024.

MATTOS, Laura. Movimento de mães defende que crianças e adolescentes não tenham celular antes de 14 anos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06 junho 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2024/06/movimento-de-maes-defende-veto-ao-celular-nas-escolas.shtml. Acesso em: 17 set. 2024.

MATTUELLA, Luciano. Náufragos Digitais. **Zero Hora**, Porto Alegre, 2024.

MORAIS, Emanuele Marinho; SANTOS, Marcelo Fonseca. Proteção de excesso de tecnologia em crianças e adolescentes (oversharenting). **Revista Foco**, Curitiba, v. 16, n. 10, p. 01-20**,** 2023. Disponível em: https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/3299. Acesso em: 09 set. 2024.

MOVIMENTO Desconecta. **A infância e a adolescência são muito curtas para serem vividas em um smartphone**. Disponível em: https://www.movimentodesconecta.com.br/. Acesso em: 15 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Guidelines on physical activity, sedentary behaviour and sleep for children under 5 years of age**. Geneva, 2019. Disponível em: https://shre.ink/b5dC. Acesso em: 16 set. 2024.

PECINATO, Beatriz. Crianças não têm maturidade suficiente para enfrentar os desafios do ambiente digital. **Jornal da USP**, São Paulo, 12 dezembro 2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/?p=711683. Acesso em: 17 set. 2024.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BUENO, Bárbara Nunes Ferreira; PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. Crianças e Adolescentes: deveres de proteção e cuidado dos pais e responsáveis no ambiente digital. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 8, n. 1, p. 181–214, Brasília, 2024. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/47390/40040. Acesso em: 10 set. 2024.

PRENSKY, Marc. **Digital Natives, Digital Immigrants**. *[S.l]:* out., 2001. Disponível em: https://shre.ink/b5dv. Acesso em: 09 set. 2024.

PODCAST PAPO DE FUTURO - EP#74 - **É possível tirar crianças e adolescentes das redes sociais?** Apresentação: Cláudio Ferreira. Comentário: Beth Veloso. [*S.I*]: Rádio Câmara, 25 jun. 2024. *Podcast*. Disponível em: https://shre.ink/b5dh. Acesso em: 16 set. 2024.

PODCAST DOIS PONTOS: **#47 Devemos dar celular para as crianças?** [Locução de]: Roseann Kennedy. São Paulo: Estadão, 18 set. 2024. *Podcast*. Disponível em: https://shre.ink/b5dj. Acesso em: 19 set. 2024.

PORTO ALEGRE (Município). **Lei nº 11.067, de 10 de maio de 2011**. Proíbe o uso de aparelhos de telefone celular durante as aulas, nas escolas públicas da rede municipal de ensino e dá outras providências. Porto Alegre: Câmara Municipal, 2011. Disponível em: https://shre.ink/b5d3. Acesso em: 17 set. 2024.

RIO DE JANEIRO (Município). **Decreto Rio nº 53918, de 1º de fevereiro de 2024.** Regulamenta o uso de celulares e outros dispositivos eletrônicos pelos alunos nas unidades escolares da rede pública municipal de ensino, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Prefeitura Municipal. Disponível em: https://shre.ink/b5dL. Acesso em: 17 set. 2024.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 11.ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

ROSA, Conrado Paulino da; SANHUDO, Victória Barboza. Oversharenting e regulamentação jurídica no direito brasileiro: algumas reflexões sobre o atual estado da arte. **Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, ano XXIV, n. 41, pp. 35-49, jan./jun, 2021. Disponível em: https://shre.ink/b5d5. Acesso em: 10 set. 2024.

ROSA, Conrado Paulino da; PAULO, Lucas Moreschi; BURILLE, Cíntia. (Over) Sharenting: entre a hipervulnerabilidade e a expansão dos influenciadores digitais mirins. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas,** Fortaleza, 06 junho 2023. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/14373/7101. Acesso em: 22 set. 2024.

ROSSI, Marina. 'Se seus filhos têm celular, quem manda neles são as redes sociais', diz pediatra Daniel Becker. **BBC News Brasil**, São Paulo, 31 agosto 2024. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/c5yd0d2vplno. Acesso em: 07 out. 2024.

SANCHES, Patrícia Corrêa. A Tecnologia no Direito das Famílias e no Direito Sucessório. *In*: SANCHES, Patrícia Corrêa (coord.); DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, 2021.

SANTOS, Ana Luiza Liz dos. **Direito à Desindexação:** uma análise à luz da efetivação dos direitos fundamentais de personalidade. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

SANTARÉM, Paulo Renã da Silva. Menores de 14 anos deveriam ser proibidos de usar redes sociais? Sim, uma necessidade atual. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 junho 2024. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2024/06/menores-de-14-anos-deveriam-ser-proibidos-de-usar-redes-sociais-nao.shtml. Acesso em: 17 set. 2024.

SILVA, Thayse de Oliveira; SILVA, Lebiam Tamar Gomes. Os impactos sociais, cognitivos e afetivos sobre a geração de adolescentes conectados às tecnologias digitais. **Revista Psicopedagogia**, São Paulo, v. 34, n. 103, 2017. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862017000100009. Acesso em: 17 set. 2024.

SMARTPHONE Free Childhood is a grassroots movement on a mission to challenge Big Tech's colonisation of childhood**. Smartphone Free Childhood**, UK, [2024?]. Disponível em: https://smartphonefreechildhood.co.uk/about. Acesso em: 18 set. 2024.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **#Menos telas #Mais saúde** – atualização 2024. Manual de orientação, n. 163, 13 agosto 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5dq. Acesso em 16 set. 2024.

SOUSA, Gabriel de. Ministério da Educação vai propor lei para proibir uso de celulares em sala de aula. **Zero Hora**, Porto Alegre, 20 setembro 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5do. Acesso em: 20 set. 2024.

TEIXEIRA, Ana Paula Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. (*Over*)*Sharenting* e o abuso da conduta dos pais no ambiente digital. *In*: SANCHES, Patrícia Corrêa (coord.); DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). **Direito das famílias e sucessões na era digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, 2021.

UNESCO. **Resumo do Relatório de Monitoramento Global da Educação 2023:** Tecnologia na educação: Uma ferramenta a serviço de quem? Paris, 2023. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386147_por. Acesso em: 17 set 2024.

UNICEF. **Children in a Digital World**. Nova Iorque, 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf. Acesso em: 17 set. 2024.

VALENTE, Kette Dualibi. Menores de 14 anos deveriam ser proibidos de usar redes sociais? Não. Legislar com bom senso. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 junho 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5dt. Acesso em: 17 set. 2024.

# A RELATIVIZAÇÃO DA PUBLICIDADE NOTARIAL DAS ESCRITURAS DE DIVÓRCIO DIANTE DA LGPD: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 42 DA RESOLUÇÃO 35 DO CNJ

Gabriel Delving Ely[1]
Thaís Carnieletto Müller[2]

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo sobre a relativização do princípio da publicidade notarial, considerando-se o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados, sobretudo nas escrituras públicas de divórcio consensual. Para tanto, adotou-se a abordagem qualitativa, de natureza aplicada e explicativa que visa identificar as razões pelas quais se deve relativizar o princípio da publicidade notarial, centrando-se na compreensão da LGPD, e sua incidência sobre o tratamento de dados pessoais nos atos

1 Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal", coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogado. gabrieldelvingely@gmail.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Lead Implementer/audictor Information security, cybersecurity and privacy protection - ISO/IEC 27.001:2022, com formação em NIST RMF Lead Implementer; ISO/IEC 27005 Lead Risk Manager; ISO/IEC 31000:2018 Risk Management. Membro dos Grupos de Pesquisa de Direito Digital e de Direito e Inovação da ESA – OAB/RS. CEO da LGPD 4 Business. thaiscarmuller@gmail.com.

notariais de divórcio. Para explicar as razões pelas quais se deve relativizar o princípio da publicidade notarial, adotou-se como procedimento a pesquisa bibliográfica e documental.

Para entender o tema, deve-se fazer uma interpretação integrada do que dispõe a Constituição Federal, que atribui como direitos fundamentais o acesso à informação, o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais, com as Leis nº 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores) e 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), e com a Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD), cujo objetivo é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, através da regulação do tratamento de dados pessoais, nos meios físicos e digitais.

Na primeira parte do trabalho, estuda-se a natureza da atividade notarial e de registro, e se explana o Princípio da Publicidade e a sua aplicabilidade na atuação do notário e registrador. Entendida a atividade notarial e de registro, investiga-se como a LGPD impacta as atividades notarial e de registro, analisando-se seus conceitos e princípios aplicáveis ao estudo. Posteriormente, expõe-se acerca do procedimento administrativo de divórcio e suas alterações recentes, com a autorização da celebração deste tipo de negócio jurídico também em caso de ter o casal filhos incapazes civilmente.

Finaliza-se o trabalho, a analisar os efeitos do artigo 42 da Resolução nº 35 do CNJ, que não há sigilo na escritura pública de divórcio consensual, levantando questões sobre a proteção de dados pessoais sob a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Apesar de a publicidade ser uma característica do ato notarial, colacionam-se aqui normativas conflitantes, que garantem a privacidade – especialmente em questões de direito de família, onde o segredo de justiça é fundamental. Levanta-se a hipótese de que a norma do CNJ contraria essas proteções, não considerando a intimidade dos envolvidos e a necessidade de sigilo em assuntos sensíveis.

## 2 NATUREZA DA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO

A atividade notarial e registral encontra respaldo no art. 236 da Constituição Federal, sendo outorgada ao titular (Oficial ou, ainda, delegatário), pessoa natural, habilitada em concurso público de provas e títulos. Seu objetivo é explicado por Luiz Guilherme Loureiro (2018, p. 53):

> Como profissionais do Direito têm a missão de assessoras a todos que reclamam seu ministério a fim de constituir ou transferir direitos, torná-los eficazes perante os demais membros da comunidade e evitar vícios que possam afetar as relações jurídicas e a segurança do tráfico.

Referida delegação atribui para o Oficial competência para formalizar atos jurídicos, capazes de criar, preservar, modificar, transformar e extinguir direitos. Seus atos são fiscalizados pelo Poder Judiciário, eis que sujeitos ao regime de Direito Público. Tal entendimento está alicerçado na Lei nº 8.935/94, que em seu art. 3º, qualificou o delegatário da função como "profissional de direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e registral" (Brasil, 1994). E, no art. 14, ao se referir ao ingresso na carreira, fala em "delegação para o exercício da atividade" (Brasil, 1994), evidenciando a distinção entre a delegação e a investidura em cargo, emprego ou função pública. Por este motivo, e considerando o disposto nesta lei, Meirelles (2016, p. 79) explica que o delegatário é "pessoa física incumbida, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal"; posição essa também defendida por Melo (2019, p. 682):

> [...] os titulares de serviços notariais ou de registro, conquanto conservem sua qualidade de particulares (art. 236 da Constituição), estranhos, pois, ao conceito de funcionário ou de servidor público [...].

Trata-se de explicações convergentes, pois reconhecem que tal atividade é estatal, mas os delegatários não ocupam, nem são titulares de cargo público, enquadrando-se na estrutura da administração pública como agentes delegatários de função pública estatal (Loureiro, 2018), o que lhes atribui autonomia no desempenho das atividades notariais e registrais, sujeitando-os, entretanto, ao controle do Poder Judiciário (arts. 37 e 38 da Lei 8.935/94). Dita autonomia decorre do fato de que o delegatário, para exercer a atividade notarial e registral que lhe foi delegada, utiliza-se do privado para desempenhar sua atividade, seja ao comprar bens para operacionalização das atividades, seja contratando funcionários para a Serventia, seja estabelecendo regras de governança interna, dentre outros atos de gestão.

## 2.1 Princípio da publicidade aplicado à atividade notarial e de registro

Sendo delegatários de função pública estatal, os tabeliães/oficiais sujeitam-se no desempenho das suas atividades, à observância dos Princípios da Administração Pública, estabelecidos no art. 37 CF/88: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Não suficiente, sobre sua atividade têm impacto também os princípios estabelecidos nas leis especiais, a saber 6.015/73 e 8.935/94. Para este estudo de caso, inobstante a existência dos vários princípios regulando a atividade notarial e registral, analisar-se-á, especificamente, o Princípio da Publicidade que, segundo Loureiro (2018, p. 141), trata-se da capacidade de "produzir cognoscibilidade geral de um fato jurídico em sentido amplo, que, uma vez publicado, produz efeitos jurídicos próprios".

Assim, no cumprimento de suas atividades, cabe ao Oficial a consolidação, perante o ordenamento jurídico, dos efeitos constitutivo, comprobatório ao ato ou fato jurídico ali consubstanciado a integração dos direitos que lhe correspondem para que surtam efeitos interpartes e perante terceiros (Ceneviva, 2002), atribuindo-lhes presunção de veracidade. Logo, o Princípio da Publicidade pode ser considerado a essência

da atividade Notarial e Registral, pois ao Oficial compete garantir ao público o acesso aos atos em sua guarda, garantindo-se o efeito *erga omnes* dos feitos ali depositados.

## 3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Sancionada em 2018, a Lei nº 13.709, chamada Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD, regulamentou o tratamento físico e digital de dados pessoais no Brasil, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, titular dos dados pessoais tratados (Garrido, 2023). Definiu, assim, o conceito de tratamento:

> Art. 5°. Para os fins desta Lei, considera-se:
> [...]
> X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

O tratamento, portanto, compreende o exercício da atividade notarial e registral, dado que para executar suas funções é inafastável a manipulação direta dos dados dos usuários dos serviços. Neste sentido:

> A aplicação da LGPD nas serventias decorreria mesmo sem previsão expressa – pois os agentes delegados são agentes de tratamento de dados pessoais, nos termos da lei (art. 5º, VI, VII e IV, da LGPD) – mas esse esforço interpretativo não é necessário. A aplicabilidade da LGPD aos cartórios decorre de previsão expressa do art. 23, § 4º, que os iguala à Administração Pública para fins de proteção de dados. Diante disso, a conclusão óbvia é que proteção de dados importa para os cartórios porque assim diz a

> lei. Trata-se nada mais que o bom e velho princípio da legalidade, incidente nos cartórios em razão do art. 37 da Constituição Federal e previsto nas leis próprias da atividade (Lei n. 8.935/94, Lei n. 6.015/73 e Lei n. 9.492/97). (Lima; Stinghen; Teixeira *in* Teixeira *et. al.*, 2021, p. 39)

Com sua entrada em vigor, em 2020, todo o profissional que trate dados pessoais no Brasil, com o objetivo de ofertar bens ou serviços deve adequar-se às suas regulamentações, submetendo-se, inclusive, em razão de eventuais infrações cometidas às normas previstas na lei, às sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional (art. 52 da LGPD).

Para a consecução de seus objetivos, a LGPD enumerou, no seu artigo 5º, diversos termos seus significados (atribuindo-lhes uma concepção jurídica) indicando o modo como devem ser interpretados e aplicados no ordenamento jurídico. Para este trabalho, importa que se esclareçam os seguintes, à luz dos ensinamentos de Tarcísio Teixeira e Ruth Guerreiro (2022):

Os *dados pessoai*s, conforme definido no artigo 5º, inciso I, referem-se a qualquer informação que possa identificar ou tornar identificável uma pessoa natural. Dentro desse contexto, os *dados pessoais sensíveis*, descritos no artigo 5º, inciso II, incluem informações sobre a origem racial ou étnica, convicções religiosas, opiniões políticas, filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, além de dados relacionados à saúde ou à vida sexual, e informações genéticas ou biométricas que possam ser vinculadas a uma pessoa natural. Por outro lado, o *controlador*, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso VI, é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que tem a responsabilidade de tomar decisões sobre o tratamento de dados pessoais.

Por fim, e aqui especialmente importante, tem-se ao art. 14, que discrimina que o "tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse" (Brasil, 2018), elucidando os procedimentos que deverão ser adotados, demonstrando

especial preocupação do legislador na proteção dos dados desta faixa da população (Garrido, 2023).

## 3.1 O princípio da finalidade no tratamento de dados pessoais

Ao arrolar seus onze princípios (art. 6º), a LGPD estabeleceu um *standart* valorativo que deve ser implementado no maior grau possível, jurídica e faticamente no tratamento de dados, pois como explica Alexy (1988, p. 143):

> […] los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

Defende-se a existência de três princípios matriz: boa-fé, finalidade, e responsabilização e prestação de contas, dos quais decorrem os outros princípios. Tais fundamentos devem ser considerados como obrigações *prima facie*, cujo cumprimento depende não só das possibilidades reais, mas também das jurídicas (avaliando-se, no caso concreto, o valor atribuído a determinado princípio e suas correlações).

A despeito de que, na consecução das atividades de tratamento de dados pessoais possuam todos significativa relevância, interessa em especial a este trabalho o princípio da finalidade. Com fundamento legal nos incisos II a VI do art. 6º da LGPD (Brasil, 2018), subdivide-se em adequação (inciso II), necessidade (inciso III), qualidade (inciso V) e transparência (inciso VI), cujos conceitos abaixo replicados se extraem do próprio texto legal.

A adequação refere-se à compatibilidade do tratamento de dados com as finalidades informadas ao seu titular, levando em consideração

o contexto em que esse tratamento ocorre, o que significa que os dados devem ser utilizados de maneira alinhada ao que foi previamente comunicado ao usuário. Já a necessidade diz respeito à limitação do tratamento aos dados estritamente necessários para alcançar as finalidades propostas, de modo que as informações coletadas devem ser pertinentes e proporcionais, evitando excessos em relação aos objetivos que se deseja atingir. Quanto à qualidade dos dados, tem-se que assegura aos titulares o acesso a informações que sejam exatas, claras, relevantes e atualizadas. Por fim, a transparência envolve o compromisso de fornecer aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre como o tratamento de dados é realizado e quem são os responsáveis por esse processo.

## 3.2 DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO PODER PÚBLICO

Em seu art. 23, ao regrar o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, a LGPD define quem está sujeito a esse regramento especial (Garrido, 2023). Dentre estes elementos, arrola os serviços notariais e de registro, exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 23, § 4º). O caput do mesmo artigo ainda estabelece como as pessoas jurídicas de direito público, devem atuar no tratamento de dados: o tratamento deve ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, exigindo-se que a finalidade do tratamento seja legítima e fundamentada em dispositivo legal que explicite, autorize e delimite o referido tratamento. Ademais, deve informar ao usuário, claramente: quem o faz e para que o faz, e os dados que utilizará neste tratamento, de forma a evidenciar a compatibilidade do tratamento com a finalidade informada ao titular dos dados pessoais tratados.

Destarte, o tratamento deve ser realizado para persecução do interesse público do serviço prestado (Teixeira; Guerreiro, 2022), devendo o tratamento de dados pessoais ser limitado ao necessário, para evitar que seja utilizado de forma ilícita ou abusiva pela Administração Pública. Isto porque, como explica Garofano (2022, p. 140), há uma

assimetria e compulsoriedade envolvidas no tratamento de dados pessoais dos cidadãos:

> […] as prerrogativas e os poderes conferidos ao Estado para a consecução dos fins públicos; a relação assimétrica existente em relação aos indivíduos; a concentração de bancos de dados de cidadãos; a essencialidade desses dados para o exercício de atividades e políticas públicas; e a compulsoriedade da entrega de dados ao Estado.

Portanto, o tratamento deve ser realizado com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público (Garrido, 2023), observando o regime jurídico que lhe é diretamente aplicável nas leis que regulamentam as suas competências. Ao regular como o Poder Público deve tratar os dados pessoais, a LGPD condicionou a atuação das pessoas jurídicas de direito público, como uma forma de mitigar os riscos de violação dos direitos dos titulares (Teixeira; Guerreiro, 2022), decorrentes das vulnerabilidades e ameaças encontradas na execução das competências legais atribuídas a essas pessoas.

De acordo com Mendes (2022), o Poder Público deve garantir, no tratamento de dados pessoais, uma série de princípios importantes. Em primeiro lugar, é necessário assegurar que o tratamento seja adequado e compatível com as finalidades informadas ao titular, levando em consideração o contexto em que ocorre. Além disso, devem ser adotadas medidas de segurança, tanto técnicas quanto administrativas, que sejam preventivas e que considerem os riscos associados ao tratamento, especialmente em situações em que há possibilidade de mudança nas finalidades.

Outro ponto crucial é a necessidade de limitar o tratamento dos dados ao mínimo indispensável para atingir suas finalidades, garantindo que os dados coletados sejam pertinentes, proporcionais e não excessivos (Garrido, 2023). A qualidade dos dados também é fundamental, assegurando que sejam precisos, claros, relevantes e atualizados, de modo a respeitar a autodeterminação informada dos titulares. Por fim, é essencial

implementar mecanismos eficazes que permitam aos titulares exercerem seus direitos de forma plena.

## 4 DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Desde 2007, pode-se realizar escrituras públicas de divórcio consensual no Brasil. Com o advento da Lei 11.441/07, que alterou o CPC vigente à época, iniciou-se um movimento de remoção dos braços do Poder Judiciário das demandas que poderiam ser resolvidas consensualmente, sem intervenção do Juiz (Madaleno, 2024). Para garantir-se a chancela estatal e controle de legalidade, delegou-se aos Tabelionatos de Notas que passassem a exercer este papel, desafogando o Judiciário e trazendo celeridade à resolução de demandas sem litígio (Gagliano; Pamplona Filho, 2024).

Em seguimento a esta tendência de desjudicialização, um novo e importante passo foi dado recentemente, em agosto de 2024, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou novas regras para a celebração destes atos, agora com crianças, adolescentes e civilmente incapazes envolvidos. Com isso, a exigência de que as partes sejam maiores e capazes deixa de ser requisito primordial à celebração desses atos em Tabelionato de Notas, reduzindo-se, assim, massivamente a demanda familista e sucessória no Judiciário.

Trata-se da Resolução nº 571, que atualizou a Resolução nº 35, que arregimenta estes procedimentos. Na proposta admitida, ficou autorizada a lavratura de escrituras de divórcio consensual e extinção de união estável para os casos em que o casal tenha filhos comuns, menores ou incapazes. Neste caso, apenas a resolução das questões relativas à guarda, regimes de convivência e alimentos deverão ser apreciados em Juízo, de modo que a dissolução do casamento e a partilha de bens poderão ocorrer em cartório – o que simplifica o processo. Já a existência de consenso entre as partes segue sendo requisito, assim como a assistência de um advogado.

## 4.1 O artigo 42 da resolução 35 do cnj e a lgpd

Traçadas as premissas anteriores, necessárias à evolução do raciocínio que neste trabalho se propõe, chega-se ao cerne da discussão: a disposição do artigo 42 da Resolução 35 do CNJ e suas complicações à luz da LGPD. Arregimenta o dispositivo que "não há sigilo na escritura pública de divórcio consensual". Em poucas palavras, o artigo busca regular todo o alcance da publicidade da escritura pública de divórcio enquanto ato notarial. E, aparentemente, faz todo o sentido, dado que o ato notarial é dotado de publicidade (Loureiro, 2018) e, portanto, não deveria ser *protegido* pelo sigilo das informações nele constantes. À luz de uma concepção *lato sensu*, seria esta a conclusão.

Ocorre que há outro olhar que deve ser lançado à questão, da qual resulta dura crítica à pertinência do dispositivo na Resolução – que, agora reformada, não se ateve a revogá-lo. Considerando-se as premissas traçadas neste artigo até aqui, insta retomar-se que: (i) a LGPD regulamenta a tutela constitucional da privacidade e intimidade, visando a proteger os dados pessoais armazenados pelos sujeitos que ela classifica como controladores; (ii) notadamente controladores de dados, os notários e registradores sujeitam-se aos ditames da LGPD, e devem tutelar a privacidade dos usuários de seus serviços – e o mesmo espera-se no poder público em geral, a exemplo do CNJ e Tribunais de Justiça enquanto reguladores destas atividades, e (iii) especial atenção destina a LGPD à proteção de dados de crianças e adolescentes.

A isso, necessário somar-se que o movimento de desjudicialização dos divórcios (Gagliano; Pamplona Filho, 2018), com o judiciário compartilhando a competência com os tabeliães, visa ao desafogamento do Poder Judiciário e à celeridade na resolução das demandas, garantindo ao cidadão um procedimento desburocratizado, eficiente e igualmente qualificado para a satisfação dos seus interesses (Costa, 2018). Nesta linha, não se pode confundir flexibilização do procedimento com a relativização da segurança jurídica que busca o usuário ao celebrar seu

divórcio em cartório e não em juízo. É neste ponto que reside a controvérsia que aqui se estuda: é correto determinar que não haja sigilo em uma escritura pública de divórcio cuja matéria, se levada a juízo, seria protegida pelo segredo de justiça?

## 4.2 A relativização da publicidade notarial em matéria de direito de família

Averba o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". E assim o fez o Código de Processo Civil (Brasil, 2015):

> Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
> I - em que o exija o interesse público ou social;
> II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
> III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
> IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Diante disso, clarividente está que o processo judicial que trate de matéria familista, ao exemplo citado do divórcio, correrá em segredo de justiça, visando a "preservar a intimidade das pessoas e a integridade de suas entidades familiares" (Donizetti, 2018, p. 167). Trata-se de uma garantia básica de proteção à intimidade da família, que, não bastasse vivenciar um rompimento, ainda poderia ter de sujeitar-se à invasão de sua privacidade por todo e qualquer curioso que queira saber o que está acontecendo. Contudo, igual preocupação não teve o CNJ na redação do

artigo em análise, que põe em xeque a tutela da privacidade do casal que está se divorciando e, mais recentemente, dos seus filhos.

Tal normatização vai de encontro, inclusive, com as próprias normas que promoveu quando da edição do Provimento 134 (hoje, art. 79 e seguintes do Provimento 149, que incorporou o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça para o Foro Extrajudicial), em que delimitou as diretrizes para a adequação dos cartórios aos preceitos da LGPD. Não só isso, restringe o fornecimento de certidões dos atos notariais e registrais àqueles em que a finalidade do pedido for compatível com o fornecimento, visando justamente a proteger a intimidade e os dados pessoais dos usuários. Neste sentido, anotam Silva e Oliveira (2024, p. 9):

> O provimento surgiu na tentativa de se adequar as novas diretrizes levantadas com a criação da LGPD, para as atividades notariais e registrais, pois possuem operações de tratamento contínuo de dados pessoais, sensíveis ou não, e podem operar como controladores ou co-controladores nessas atividades (MOLLICONE, 2022).

E assim também o fizeram – os que já não antes haviam feito – os tribunais estaduais, traçando os limites da aplicabilidade da LGPD nas atividades notarial e registral.

Note-se que o próprio CNJ regulamenta em contrário ao já datado artigo 42 que aqui se critica, muito embora ainda antes do advento da LGPD já poder-se-ia condenar a sua pertinência, forte à proteção constitucional à intimidade:

> […] há vozes da dogmática notarial que concordam com a primazia da cláusula restritiva do direito fundamental à intimidade (regra constitucional) ante a exigência legal da publicidade, no contexto do divórcio extrajudicial. Ceneviva (2014, p.66), por exemplo, defende que dado o conteúdo de um divórcio, de cunho íntimo e familiar, o segredo/sigilo predomina sobre o interesse público e por consequência à publicidade, haja vista a preservação

> de assuntos relativos ao direito de família na intimidade do grupo familiar. (Cruz; Mendes, 2016, p. 16)

Diante do entendimento já construído até aqui, latente que o dito artigo 42 encontra-se em total descompasso com a tutela da intimidade e privacidade trazida tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei Geral de Proteção de Dados. Neste sentido, percebe-se necessária a relativização do conceito de publicidade, sobretudo em sede de Tabelionato de Notas, de modo a contemplar a eficácia jurídica que se espera de tais atos, sem que comprometa proteção de seus usuários. É o que assevera Luiz Guilherme Loureiro (2018, p. 1073):

> Destarte, os documentos e livros conservados pelo notário são públicos (já que pertencentes ao Estado), podendo ser consultados por qualquer pessoa, sem necessidade de prévia justificação. Qualquer pessoa, mesmo que estranha ao ato notarial em questão, pode requerer certidão do que constar do livro de notas, inclusive sobre escrituras e testamentos públicos, bem como sobre os documentos arquivados (quitação de tributos, certidão negativa do INSS, certidão de registro de imóveis, etc).

> A nosso ver, a legislação brasileira, neste tema, deve ser modernizada a fim de garantir o direito constitucional da privacidade, mormente em uma era em que a informação (publicidade) desconhece limites, já que pode ser difundida por novas tecnologias e pela internet. Em outros países, como os europeus, o princípio da publicidade e do acesso à informação é temperado por leis que excluem desta publicidade os dados de caráter pessoal, tais como os documentos fiscais, dados reveladores do domicílio, dentre outros.

Há de se compreender que a publicidade abarcada na escritura de divórcio diz respeito à forma, e não necessariamente à liberdade de acesso. Nesse sentido, salutar compreender que "documento público é aquele outorgado ou feito sob a intervenção de um agente público, a quem a lei

atribui o poder de conferir fé pública, com as formalidades previstas em lei" (Loureiro, 2018, p. 1085). Noutras palavras, enquanto ato elaborado por delegatário do poder público, a chancela que outorga o tabelião à escritura de divórcio atribui-lhe a publicidade de que precisa para surtir efeitos no mundo jurídico, garantindo-lhe a eficácia *erga omnes* apenas quando levada a registro – seja o Civil das Pessoas Naturais, para com relação à dissolução do casamento, seja o de Imóveis, para com relação à partilha.

A partir desta compreensão, é possível que se conceba a celebração de uma escritura pública, enquanto documento de formalização da vontade das partes, protegida com o sigilo necessário à tutela da intimidade dos envolvidos, sem que se comprometa o caráter público da forma com que o tabelião revestirá a manifestação de vontade. A publicidade contra terceiros será atingida com o ingresso do título nos serviços registrais, em que, aí sim, poderão ser acessados por terceiros – sem, contudo, viabilizar-se o acesso às questões mais íntimas constantes da íntegra da escritura.

## 5 CONCLUSÃO

A discussão em torno do artigo 42 da Resolução 35 do CNJ revela uma tensão significativa entre a publicidade dos atos notariais e a proteção da intimidade prevista pela Constituição Federal e pela LGPD. O entendimento de que a escritura pública de divórcio, enquanto ato notarial, deve ser revestida de uma publicidade *lato sensu* ignora as nuances e a vulnerabilidade inerentes às demandas familiares. Em especial o divórcio, aqui analisado, é um momento delicado que envolve não apenas a dissolução de um vínculo, mas também questões emocionais e patrimoniais que demandam proteção especial.

A publicização indiscriminada dos atos de divórcio pode levar à exposição desnecessária de dados pessoais e à invasão da privacidade das partes envolvidas, especialmente em um contexto em que a legislação brasileira já assegura mecanismos de sigilo em processos judiciais que versam sobre questões familiares. O CNJ, ao manter o artigo 42 sem a

devida revisão, coloca em risco a segurança jurídica que os cidadãos buscam ao optar pela via extrajudicial para resolver seus conflitos. Essa abordagem não só contraria as diretrizes da LGPD, que exigem a proteção dos dados pessoais, mas também contradiz as próprias normas do Conselho que visam garantir a proteção dos dados pessoais nos serviços notariais.

A relativização da publicidade no contexto das escrituras de divórcio é, portanto, não apenas desejável, mas necessária. A proteção da intimidade deve prevalecer, permitindo que as partes formalizem sua vontade sem o receio de ter suas vidas expostas a terceiros. Para que isso ocorra, é fundamental que a normatização do CNJ esteja alinhada aos preceitos da LGPD e da Constituição, garantindo que a eficácia dos atos notariais não comprometa a privacidade dos usuários.

A construção de um novo paradigma que considere tanto a necessidade de publicidade quanto a proteção da intimidade pode criar um ambiente mais seguro e respeitoso para aqueles que enfrentam a complexidade do divórcio. Essa abordagem busca equilibrar os direitos das partes envolvidas com a necessidade de transparência nos atos jurídicos, permitindo uma convivência harmônica entre esses aspectos. Nesse cenário, o papel dos notários e registradores se fortalece significativamente. Eles não são apenas responsáveis por assegurar a legalidade dos documentos, mas também por proteger a dignidade dos cidadãos. A atuação desses profissionais deve ser pautada no respeito aos direitos fundamentais, promovendo um sistema que considere a sensibilidade necessária em casos tão delicados.

Por fim, essa nova abordagem é crucial para criar um espaço onde as partes se sintam amparadas e respeitadas. Ao equilibrar transparência e privacidade, a exemplo do sistema judiciário, o extrajudicial pode oferecer um suporte mais adequado e humano aos que buscam resolver suas questões de maneira digna e segura.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, Principios jurídicos y Razón práctica.** (1988) Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf. Acesso em 14 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 35, de 24 de abril de 2007.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2024]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em 09 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução Nº 571, de 26 de agosto de 2024. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2024]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original230943202408306d251371bc21.pdf. Acesso em 09 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 10 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em 14 set. 2024.

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. In: Vade Mecum Saraiva. 23. ed. São Paulo: 2017.

BRASIL. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. In: Vade Mecum Saraiva. 23. ed. São Paulo: 2017.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**: lei n. 8.935/94. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Ligia Bertaggia de Almeida. **40 anos da lei do divórcio:** o atendimento ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade. Barueri: Editora Manole, 2018. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520457214/. Acesso em: 22 set. 2024.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha; MENDES, Marina Letycia. O direito fundamental à intimidade versus a exigência de publicidade do divórcio extrajudicial. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva.** v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/577. Acesso em: 22 set. 2024.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016734/. Acesso em: 22 set. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O divórcio na atualidade.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** v. 6: direito de família. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

GAROFANO, Rafael R. **Limitação de finalidade no tratamento de dados pessoais pelo poder público:** controle de legalidade da reutilização para fins de interesse público. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

GARRIDO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais:** comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599480/. Acesso em: 22 set. 2024.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos:** teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo:

Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, Laura Schertel. Democracia, poder informacional e vigilância. O Globo**,** publicado em 13 ago. 2022. Disponível em: https://oglobo.globo.com/

blogs/fumus-boni-iuris/post/2022/08/laura-schertel-democracia-poder-informacional-e-vigilancia.ghtml. Acesso em 15 set. 2024.

TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599015/. Acesso em: 22 set. 2024.

TEIXEIRA, Tarcisio; STINGHEN, João R.; LIMA, Adrianne Correia de; et al. LGPD e Cartórios: Implementação e Questões Práticas. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book.* Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597967/. Acesso em: 22 set. 2024.

SILVA, Kaian Notier Gomes da; OLIVEIRA, Rômulo de Morais e. Conflito entre o princípio da publicidade tratado na Lei 6.015/73 e os dados sensíveis tratados pela lei geral de proteção de dados - LGPD nas serventias extrajudiciais. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação.** v. 10, n. 5, p. 2091–2107, 2024. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/13986. Acesso em: 22 set. 2024.

# PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL DIVORCIO: RECONOCIENDO Y VALORANDO EL TRABAJO INVISIBLE

Neidaly Espinosa Sánchez[1]
Alfonso Jaime Martínez Lazcano[2]

## 1 INTRODUCCIÓN

La división tradicional de roles de género ha generado una marcada desigualdad económica entre hombres y mujeres, especialmente al momento de disolver un matrimonio. La pensión compensatoria surge como una respuesta legal a esta problemática, buscando garantizar la equidad y el bienestar económico de las mujeres. Este artículo analiza, a través de un enfoque jurídico y cualitativo, cómo esta figura legal ha evolucionado y cómo contribuye a transformar las relaciones de poder dentro de la familia. Mediante el estudio de casos y la consideración de la perspectiva de género, se busca comprender el impacto de la pensión compensatoria en la vida de las mujeres y en la construcción de sociedades más justas.

1 Integrante del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. ORCID. https://orcid.org/0009-0009-7230-2263. Contacto: ney.19@outlook.com

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

En México, la permanencia de roles de género ha llevado a que la mayoría de las mujeres se dediquen principalmente a los quehaceres del hogar, así como al cuidado y educación de los hijos[3]. De esta forma, se estableció esta medida económica que garantiza un nivel de vida digno a quienes asumieron el rol tradicional de ama de casa, evitando su desamparo económico tras la disolución del vínculo matrimonial. La relevancia de la compensación económica en los divorcios radica en su capacidad para mitigar las desigualdades económicas que suelen surgir, especialmente para las mujeres. Los diferentes modelos jurídicos implementados en diversos países reflejan la importancia de abordar esta problemática de manera integral.

A pesar de los avances logrados, la implementación efectiva de la pensión compensatoria aún enfrenta diversos desafíos. Muchas mujeres desconocen sus derechos o enfrentan obstáculos para acceder a la justicia. Además, la valoración económica del trabajo doméstico sigue siendo un tema complejo, y la cuantificación de la pensión compensatoria puede resultar difícil en algunos casos.

## 2 EL TRABAJO DEL HOGAR Y EL CUIDADO DE LOS HIJOS

El trabajo doméstico y cuidado de los hijos es una labor difícil, cansado e insustituible, muchas veces invisibilizado, del cual no se percibe alguna remuneración económica, pero que contribuye significativamente al bienestar y funcionamiento de la familia.

- Implican dedicación de tiempo, esfuerzo y responsabilidad similares a un empleo fuera del hogar.
- Incluyen tareas esenciales como limpieza, lavandería, cocina, educación y atención de los hijos, de adultos mayores
- Permiten el buen funcionamiento en el seno familiar y brinda la posibilidad de que otros miembros de la familia puedan dedicarse a sus labores.

3 Tesis: VII.2o.C.234 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 80, noviembre de 2020, tomo III, p. 2085. Registro digital: 2022372.

- Contribuyen al bienestar emocional y desarrollo integral de los integrantes del hogar.

## 2.1 Doble jornada laboral

La doble jornada laboral se refiere a la situación en la que las personas desempeñan un empleo fuera del hogar y, adicionalmente, realizan las tareas domésticas y de cuidados necesarias para el sostenimiento familiar.[4]

Quienes realizan una doble jornada laboral al trabajar fuera del hogar y encargarse al mismo tiempo de las labores domésticas y cuidado de los hijos, tienen el mismo derecho a solicitar una compensación económica. Esto se debe a que tener un empleo o bienes adquiridos no compensa el costo de oportunidades que asumieron estas personas, generalmente mujeres, al dedicar gran parte de su tiempo a las labores del hogar y al cuidado de sus hijos en lugar de desarrollar otras áreas.

Al asumir la doble carga de trabajo remunerado y trabajo no pagado en el hogar, estas personas enfrentan un sacrificio en sus posibilidades personales y profesionales del que deben ser resarcidas en caso de divorcio, más allá de los ingresos o bienes que hayan podido obtener en alguna medida gracias a su empleo exterior. Por lo que su dedicación en esos ámbitos merece ser valorada económicamente.

## 3 ESTADÍSTICAS

Un reporte de la OIT índica que: "Las mujeres le dedican tres veces más tiempo al trabajo del hogar y de cuidados no remunerado y de no generarse políticas para cambiar esta injusta situación, esa brecha de género se cerrará hasta el año 2228" (Juárez, 2024).

4 SCJN-Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos, Apuntes sobre igualdad de género, Sistema Bibliotecario de la SCJN catalogación, México, 2024, p. 42. https://tinyurl.com/mry2jsnf

Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en promedio las mujeres mexicanas dedican 50 horas semanales a labores domésticas y de cuidados no remunerados, mientras que los hombres destinan sólo 20 horas.

Al distribuir esas 50 horas a lo largo de los 7 días de la semana, se obtiene un promedio diario de 7.14 horas que las mujeres invierten en quehaceres relacionados con el sostenimiento y funcionamiento del hogar, tales como preparación de alimentos, limpieza y orden de la vivienda, lavado y planchado de ropa, compras básicas, cuidado y supervisión de niños, ancianos y/o enfermos.

Este lapso equivale prácticamente a una jornada laboral estándar de 8 horas. No obstante, a diferencia de un empleo remunerado, la inmensa mayoría de las mujeres realizan estas tareas domésticas de manera gratuita, sin devengar salario alguno a cambio de su trabajo y esfuerzo ni reconocimiento de parte de su pareja (Avendaño, 2021).

## 4 DEFINICIÓN DE PENSIÓN COMPENSATORIA

"La compensación es una institución jurídica creada con el fin de proteger al cónyuge que asumió un costo de oportunidad por haberse dedicado a las labores del hogar y al cuidado de los hijos durante el matrimonio. Por tanto, el cónyuge que no se encuentra en esta situación jurídica no cuenta con el derecho de acceder a esta pensión".[5]

El objetivo de establecer una pensión compensatoria es subsanar la desventaja que se genera para el cónyuge que dedicó parte de su tiempo a las labores del hogar y el cuidado familiar. Esto se debe a que dicha dedicación no le permitió estar en igualdad de circunstancias que su pareja para progresar en su desarrollo profesional y laboral. Al asumir responsabilidades en el ámbito doméstico, el cónyuge pierde oportunidades de

5 SCJN- Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos de jurisprudencia núm. 2, compensación económica, México, 2020. p. 58. https://tinyurl.com/yjpcnce5

mejorar su formación, experiencia y condiciones laborales, quedando en una posición de desigualdad al finalizar el vínculo matrimonial.

Por lo tanto, la compensación busca resarcir las consecuencias de ese costo de oportunidad al que se vio sometido quien asumió el rol en el hogar, impidiéndole tener las mismas posibilidades que su pareja para avanzar en su carrera o independencia financiera. De esta forma, se iguala su situación mediante una retribución que subsanaría esa desventaja derivada de la división de tareas dentro del núcleo familiar.[6]

## 5 IMPORTANCIA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL CONTEXTO DEL DIVORCIO

La pensión compensatoria por dedicarse al trabajo del hogar y cuidado de los hijos en el contexto del divorcio es un tema de importante en la sociedad actual por las siguientes razones:

- Reconocimiento del trabajo no remunerado: Siendo un trabajo esencial para el bienestar de la familia y la sociedad, durante mucho tiempo este no fue valorado ni remunerado. Por lo que la pensión compensatoria "revindica el valor del trabajo doméstico y de cuidado, largamente invisibilizado en nuestra sociedad".[7]
- Equidad económica: La pensión compensatoria busca equilibrar las desigualdades económicas que pueden surgir tras el divorcio. Generalmente quien asumía estos roles era la mujer, lo que perjudicaba su independencia económica y carrera profesional. La pensión ayuda a compensar esa desventaja frente al otro cónyuge que pudo desarrollarse laboral y profesionalmente.

6 SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020, p. 215. https://tinyurl.com/3ffsnswt

7 SCJN, Amparo Directo en Revisión 5745/2021, párr. 57. https://tinyurl.com/3mrvhzdn

- Apoyo financiero temporal: Proporciona un apoyo temporal que permite al cónyuge vulnerable tiempo para reintegrarse al mercado laboral y estabilizarse económicamente.
- Igualdad de Género: Promueve la igualdad de género al reconocer que las responsabilidades domésticas y de cuidado no deben ser una carga económica desproporcionada para uno de los cónyuges.

## 6 VALORACIÓN DEL TRABAJO INVISIBLE

Como mencionamos anteriormente la compensación económica tiene como propósito subsanar una situación de desequilibrio que se produce cuando uno de los cónyuges asume principalmente las tareas domésticas y de cuidado familiar durante el matrimonio.

La ley reconoce que esta contribución, aunque valiosa, perjudica a quien la realiza en exceso al momento de finalizar la relación, puesto que le impidió desarrollar plenamente su potencial en el ámbito laboral.

Específicamente, se busca resarcir las consecuencias económicas que acarrea el no haber podido dedicar igual tiempo a construir una carrera laboral, a ganar experiencia, o a percibir mejores ingresos de forma equitativa.

Estos efectos negativos, como disponer de menos herramientas para valerse por sí misma en el futuro, se pretendan compensar mediante una pensión.

De esta forma pone, se valorizan las tareas domésticas y de cuidado familiar, que tradicionalmente han sido invisibilizadas e infravaloradas pese a su importancia para el sustento del hogar.[8]

8 SCJN, Amparo Directo en Revisión 5745/2021, párr. 57. https://tinyurl.com/3mrvhzdn

## 6.1 Amparo directo en revisión 269/2014

La sentencia en el caso de Amparo Directo en Revisión 269/2014[9] es significativa para la figura de la pensión compensatoria en México por varias razones.

La sentencia establece que la obligación de pagar una pensión compensatoria surge de la situación de desventaja económica en la que puede quedar uno de los cónyuges tras la disolución del matrimonio, independientemente de la culpabilidad en la ruptura. Esto refuerza la idea de que la pensión compensatoria no es una sanción, sino una medida para equilibrar las condiciones económicas de los cónyuges. También aclara que, en la actualidad, cualquier cónyuge, sin importar su género, puede ser acreedor a esta pensión si se encuentra en una situación de necesidad económica tras la disolución del vínculo matrimonial. Esto refleja un avance hacia la igualdad de género en el ámbito de las obligaciones alimentarias. establece que la pensión compensatoria debe durar el tiempo necesario para corregir el desequilibrio económico, y en casos extraordinarios, puede ser vitalicia. Esto proporciona un marco más claro para los jueces al momento de determinar la duración y el monto de la pensión, considerando factores como la edad, salud, y capacidad de trabajo de los cónyuges, además subraya la importancia de garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado, lo que está alineado con los principios de protección de derechos humanos en México. Además, menciona que la pensión compensatoria es un mecanismo para asegurar que el cónyuge en situación de vulnerabilidad no caiga en un estado de necesidad extrema.

## 6.2 Carácter resarcitorio y asistencial de la compensación económica según la scjn

En el amparo en revisión 230/2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la pensión compensatoria en casos de

9 SCJN, amparo directo en revisión 269/2014, 2014. https://tinyurl.com/mry553sd

divorcio busca brindar tanto asistencia como resarcir a la parte que se ve en desventaja económica tras la disolución del matrimonio. Explicó que esta compensación procede cuando, debido a las circunstancias particulares del caso, uno de los cónyuges queda en desigualdad de condiciones económicas respecto al otro luego del divorcio. Esto puede afectar su capacidad para generar ingresos y resolver sus necesidades básicas, impidiéndole mantener un nivel de vida adecuado.[10]

El carácter resarcitorio de una pensión compensatoria se refiere a los perjuicios ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, entendidos como:[11]

1) Las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio o concubinato, dedicarse uno de los cónyuges o concubinos a una actividad remunerada, o no haber podido desarrollarse en el mercado del trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge; y,
2) Los perjuicios derivados del costo de oportunidad, que se traducen en el impedimento de formación o capacitación profesional o técnica; disminución o impedimento de la inserción en el mercado laboral y la correlativa pérdida de los derechos a la seguridad social, entre otros supuestos.

El carácter asistencial de una pensión compensatoria prospera ante:[12]

a) La falta de ingresos derivados de una fuente laboral que le permitan subsistir; o,
b) La insuficiencia de sus ingresos para satisfacer sus necesidades más apremiantes. Por tanto, se concluye que el monto de la pen-

10 Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, septiembre de 2021, Tomo II, p. 2942. Registro digital: 2023590.

11 Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, septiembre de 2021, Tomo II, p. 2942. Registro digital: 2023590.

12 Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, septiembre de 2021, Tomo II, p. 2942. Registro digital: 2023590.

> sión compensatoria debe comprender: la aportación al cónyuge o concubino que benefició a la familia durante el tiempo de duración del matrimonio o concubinato, el costo de oportunidad por asumir la carga doméstica y/o las necesidades para su subsistencia, así como, en su caso, la precaria situación económica derivada de carecer de fuentes de ingresos o que éstos resultan insuficientes para satisfacer sus necesidades más apremiantes.

En resumen, la SCJN determinó que, para otorgar una pensión compensatoria, se debe analizar si el divorcio deja a uno de los excónyuges en desventaja económica, situación que deba ser equitativa mediante esta prestación que garantice un nivel de vida digno a la parte más vulnerable.

# 7 MARCO LEGAL

## 7.1 Tratados internacionales

México ha sido signatario de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos que han sentado las bases para promover la igualdad entre hombres y mujeres. Estos acuerdos progresivamente han ido impulsando modificaciones en la legislación nacional para adecuarla a los estándares establecidos.

Uno de los ámbitos donde estos tratados tuvieron gran influencia fue en el derecho familiar, particularmente en temas relacionados con el divorcio. Tratados como CEDAW y la Convención Americana visibilizaron las desigualdades económicas que enfrentaban las mujeres al disolverse el matrimonio, pese a su aporte en el trabajo doméstico no remunerado.

### 7.1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)[13]

Adoptada en 1969 y ratificada por México en 1981, esta convención protege derechos humanos en su artículo 17.4 establece la protección a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Indica que durante el matrimonio y en caso de disolución, los Estados deben garantizar la igualdad de derechos y responsabilidades entre los cónyuges.

> Los Estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución de este […].

### 7.1.2 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)[14]

Este tratado, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y ratificado por México en 1981, promueve la igualdad de género y la eliminación de la discriminación contra las mujeres. En su artículo 11 aborda el derecho de las mujeres a la igualdad en el empleo y a la protección contra la discriminación en el trabajo. Aunque no menciona directamente la pensión compensatoria, promueve la igualdad de oportunidades laborales, lo que es relevante para las mujeres que han sacrificado su carrera por el hogar. En su artículo 16 se centra en que los Estados deben de adoptar medidas para eliminar la discriminación en contra de la mujer en asuntos que tiene que ver con las relaciones familiares y el matrimonio. Específicamente en el inciso c establece "los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución".

Esto incluye el derecho a ser resarcido económicamente en caso de divorcio, ya que generalmente uno de los cónyuges, sobre todo la

13 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969. https://tinyurl.com/a26xfwpd

14 Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. https://tinyurl.com/mrxnu34n

mujer, asume mayores responsabilidades en el trabajo doméstico y de cuidados que a la larga la dejan en desventaja.

### 7.1.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[15]

Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y ratificado por México en 1981, ampara el derecho a un nivel de vida adecuado, influyendo en la legislación mexicana al promover la adopción de medidas que aseguren un nivel de vida adecuado para todos, especialmente para aquellos en situaciones de vulnerabilidad económica. Esto incluye la implementación de la figura jurídica de la pensión compensatoria, que busca equilibrar las desigualdades económicas que pueden surgir tras la disolución del matrimonio.

## 7.2 Legislación aplicable en México

En México la pensión compensatoria por dedicarse al trabajo del hogar y cuidado de los hijos se encuentra regulada en algunos Estados, en sus códigos civiles, ejemplos:

### 7.2.1 Ciudad de México

En su artículo 267, fracción VI, fracción reformada el 28 de junio de 2024,[16] menciona:

> En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al

15 Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. https://tinyurl.com/trp8p58b

16 Gobierno de la Ciudad de México, Código Civil para el Distrito Federal, 2024. https://tinyurl.com/4hsxye6w

> desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de las hijas o los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. La Jueza o Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

### 7.2.2 Nuevo León[17]

En artículo 279 menciona:

> En la resolución en la cual se decrete el divorcio incausado, el juez declarará la extinción del derecho de alimentos entre los cónyuges; sin embargo, también declarará que él o la ex cónyuge que durante su matrimonio se dedicó preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos si los hubiere, podrá tener derecho a una pensión compensatoria que le permita vivir dignamente, la cual perdurará hasta que se encuentre en condiciones de subsistir por sí mismo, pero en ningún caso podrá exceder del tiempo que duró el matrimonio.
> Este derecho podrá reclamarse en la vía incidental una vez declarado el divorcio. En la determinación de la capacidad económica del deudor, deberán estimarse sus nuevos gastos familiares y deberá darse prioridad al derecho de alimentos de todos sus hijos.

Artículo 280:

> Para la definición del derecho, monto y duración de la pensión compensatoria habrán de considerarse los extremos previstos en el artículo 311 de este Código y, en especial, todas las condiciones particulares del ex cónyuge acreedor en cuanto a sus posibilidades reales de subsistir por sí mismo o el tiempo que le llevará hacerlo, entre ellas, su edad, estado de salud, capacitación o experiencia laboral, grado profesional o técnico adquirido, si tiene o no hijos

17 H. Congreso del Estado de Nuevo León, Código Civil para el Estado de Nuevo León, 2024. https://tinyurl.com/53a6thj5

menores de edad a su cuidado, así como la oferta de trabajo existente en el lugar de su residencia.
De recibir una compensación patrimonial conforme el artículo 288 de este código, ésta habrá de considerarse al ponderar la necesidad de fijar la pensión compensatoria, su monto y duración, de manera que el Juez habrá de analizar el monto de aquella compensación patrimonial para resolver si torna innecesaria la fijación de una pensión compensatoria.
En su caso, igual estudio habrá de realizarse para reducir o cancelar la pensión compensatoria ya fijada.

Artículo 281:

Quien reclame el derecho a la pensión compensatoria que regulan los artículos anteriores, tendrá la presunción de necesitarla y podrá solicitar al juez que le fije prudencialmente una pensión provisional.
Si la contraparte la desvirtúa y se hubiere pagado en todo o en parte dicha pensión, el juez ordenará en la sentencia incidental que se le reintegre lo que hubiere otorgado más el interés legal correspondiente y dará conocimiento del Ministerio Público, para los efectos a que hubiere lugar.

### 7.2.3 Chiapas

Artículo 298 BIS[18]

Los cónyuges o los concubinos que demanden el pago de alimentos con el argumento de que se dedicaron preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y educación de los hijos, tienen a su favor la presunción de necesitarlos y tendrán derecho a una pensión compensatoria por el mismo lapso que duro el matrimonio o el concubinato o hasta en tanto se encuentren en posibilidades de proporcionarse a sí mimos los medios necesarios

18 H. Congreso del Estado de Chiapas, *Código Civil,* 2024. https://tinyurl.com/yzskcebs

> para su subsistencia y mientras no contraigan nuevo matrimonio o se unan en concubinato.

### 7.2.4 Veracruz

En su Código Civil[19] tiene un capítulo denominado "De los Alimentos, Pensión Alimenticia y Pensión Compensatoria".

> Artículo 252. La pensión compensatoria es un deber asistencial y resarcitorio derivado del desequilibrio económico que pueda presentarse entre los cónyuges o concubinos al momento de disolverse el vínculo correspondiente, al colocar a una de las partes en una situación de desventaja económica que incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y que le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. El órgano jurisdiccional que determine la pensión compensatoria deberá tomar en consideración la pensión alimenticia, en caso de que se otorguen ambas.
> Artículo 252 BIS Las causas por las cuales se podrá otorgar la pensión compensatoria serán: I. Las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o no haber podido desarrollarse en el mercado del trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge; y II. Los perjuicios derivados del costo de oportunidad que se traducen en el impedimento de formación o capacitación profesional o técnica, o impedimento de la inserción en el mercado laboral y la correlativa pérdida de los derechos a la seguridad social, entre otros supuestos.
> Artículo 252 TER Para otorgar la pensión compensatoria se tomarán en cuenta las siguientes circunstancias: I. Edad y estado de salud de los excónyuges y exconcubinos; II. Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo; III. Duración del matrimonio o el concubinato y, dedicación pasada y futura a la

19 Congreso del Estado de Veracruz, Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 2022. https://tinyurl.com/249jw6tp

> familia y al hogar; IV. Colaboración con su trabajo en las actividades del excónyuge o exconcubino; V. Medios económicos de uno y otro excónyuge o exconcubino, así como de sus necesidades; VI. Las obligaciones que tenga el deudor; y VII. La existencia de la doble jornada.
>
> Artículo 252 QUINQUIES El derecho de recibir pensión compensatoria es irrenunciable y no puede ser objeto de transacción. Se extingue la obligación de proporcionar pensión compensatoria, cuando la o el acreedor logra un equilibrio económico o supere la necesidad de exigirla.
>
> Artículo 254… Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de las o los deudores alimentarios o de pensión compensatoria, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el órgano jurisdiccional; de no hacerlo, se le aplicarán las medidas de apremio en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, así como los artículos aplicables del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave y responderá solidariamente con los obligados directos de los daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista o de pensión compensatoria por sus omisiones o informes falsos. Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales de descuento, o auxilien al deudor a ocultar o simular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias o compensatorias, son responsables en los términos del párrafo anterior…El deudor deberá informar de inmediato al órgano jurisdiccional y al acreedor alimentista o de pensión compensatoria, cualquier cambio de empleo, la denominación o razón social de su nueva fuente de trabajo, la ubicación de ésta y el puesto o cargo que desempeñará, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia o compensatoria decretada y no incurrir en alguna responsabilidad. Estas prevenciones deberán expresarse desde el auto de radicación, en la sentencia o convenio correspondiente bajo los apercibimientos de Ley.

Como se puede apreciar esta figura jurídica no está regulada en los Códigos Civiles por lo que, en ausencia de una mención explícita en

la mayoría de los códigos civiles, tanto la solicitante y los jueces pueden basarse en el principio de igualdad de género, tratados internacionales, así como la jurisprudencia de la SCJN, en sus argumentos, para solicitar y otorgar una pensión compensatoria.

### 7.2.5 Querétaro

> Artículo 268[20]. En el caso de divorcio, cuando por convenio tácito o expreso, uno de los cónyuges se hubiere dedicado íntegramente la mayor parte de su vida matrimonial al cuidado del hogar o, en su caso, a la atención de los hijos, si los bienes que tenga no sean proporcionales a aquellos obtenidos por el otro cónyuge durante la vigencia del matrimonio, tendrá derecho a recibir de este una compensación. (Ref. P. O. No. 64, 30-XI-16) El monto de la compensación será determinado por el juez dentro del procedimiento donde se haya decretado el divorcio y al momento de dictar la sentencia que resuelva las demás cuestiones controvertidas planteadas por las partes, tomando en cuenta la masa patrimonial formada o incrementada durante el matrimonio, así como las circunstancias especiales del caso, sin que ésta pueda ser inferior al 10% o exceder del 50 % de la misma. (Ref. P. O. No. 64, 30-XI-16) Se presume que el cónyuge que solicite la compensación contribuyó a la formación o incremento de la masa patrimonial, salvo prueba en contrario.

## 7.3 Jurisprudencia nacional

Al reconocer el trabajo doméstico no remunerado como una contribución fundamental a la familia, y al considerar las desigualdades de género existentes, se justifica que la carga de la prueba se invierta en los casos de pensión compensatoria. Esto busca garantizar que las mujeres

20 Querétaro Poder Legislativo, Código Civil del Estado de Querétaro, 2009. https://tinyurl.com/5eafmj4s

que han dedicado su vida al hogar y a la familia tengan una protección adecuada en caso de separación.[21]

El derecho de las mujeres a recibir una pensión alimentaria como compensación por la doble jornada laboral que muchas realizan. Al reconocer el valor económico y social del trabajo doméstico, se busca lograr una mayor equidad en las relaciones de pareja y garantizar los derechos de las mujeres.[22]

El principio de proporcionalidad para calcular la indemnización por separación de bienes sería un error, ya que ambas figuras jurídicas tienen características y finalidades distintas. Para determinar el monto de la indemnización, el juez debe analizar las circunstancias particulares de cada caso y buscar una distribución justa de los bienes. En pocas palabras**, l**a indemnización por separación de bienes no se calcula como una pensión alimenticia, ya que tienen diferentes objetivos y se basan en criterios distintos. [23]

La pensión compensatoria debe solicitarse en un juicio separado al de alimentos, ya que son instituciones jurídicas distintas con requisitos probatorios diferentes. Al intentar resolver ambas cuestiones en un mismo juicio se podría afectar el derecho de defensa de las partes y generar una resolución injusta.[24]

## 8 PARÁMETROS Y/O CRITERIOS OTORGAR UNA PENSIÓN COMPENSATORIA

Para que surja la obligación de pagar una pensión compensatoria, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, se analiza los siguientes criterios:

---

21 Tesis: VII.2o.C. J/2 C (11a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

libro 23, marzo de 2023, tomo IV, p. 3542. Registro digital: 2026170.

22 Tesis: I.4o.C.80 C (10a.). Semanario Judicial de la Federación, libro 2, junio de 2021, tomo V, página 5101. Registro digital: 2023300.

23 Tesis: 1a./J. 110/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXI, marzo de 2010, página 212. Registro digital: 165037.

24 Tesis: 1a./J. 28/2021 (10a.). Semanario Judicial de la Federación, libro 8, diciembre de 2021, tomo II, página 1322. Registro digital: 2023910.

Que la disolución del vínculo matrimonial coloque a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Estas reglas resultan aplicables al concubinato, dado que una vez concluida dicha relación los exconcubinos tienen derecho a percibir alimentos en los mismos términos que los excónyuges.[25]

Los jueces deben analizar esas circunstancias particulares con la finalidad de advertir si existe el desequilibrio económico y, en consecuencia, si éste no sólo incluye el estudio de las posibilidades económicas reales de uno de los cónyuges para allegarse sus propios alimentos –desde que se disuelve el matrimonio y en lo futuro–, sino también la existencia de pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse a una actividad remunerada, o no haberse desarrollado en el mercado de trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge, así como los perjuicios derivados del costo de oportunidad, que se traducen en el impedimento de formación o capacitación profesional o técnica, disminución o impedimento de la inserción en el mercado laboral y la correlativa pérdida de los derechos a la seguridad social, entre otros supuestos.[26] Aunado al estado de salud y la edad, las probabilidades de encontrar un empleo, la duración del matrimonio, entro otros aspectos.

Un parámetro[27] válido para determinar el monto de la pensión compensatoria en su vertiente resarcitoria, a la luz del tiempo empleado por el cónyuge o concubino solicitante para la realización de las tareas del hogar y/o cuidado de los hijos es: Si hubo dedicación plena y

25 Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 29, septiembre de 2023, tomo V, p. 5642. Registro digital: 2027259

26 Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, septiembre de 2021, Tomo II, página 2942. Registro digital: 2023590.

27 Tesis: VII.2o.C.54 C(11a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Libro 39, julio de 2024, tomo I, volumen II, p. 1887. Registro digital: 2029126.

exclusiva del 33.34 % hasta el 50 %; 2. Si hubo dedicación mayoritaria compatibilizada con una actividad principal, del 16.68 % al 33.3 %; 3. Si hubo dedicación minoritaria compatibilizada con una actividad principal, pero mayoritaria y más relevante que la contribución del diverso integrante de la familia, del 0 % al 16.67 %; y 4. Si ambos integrantes de la familia compartieron tareas y contribuyeron a las mismas, no se actualiza la procedencia de la pensión correspondiente con base en ese supuesto.

## 9 CASO PRÁCTICO

En el expediente 537/202X, radicado ante un juzgado familiar en el estado de Chiapas

La ciudadana María L. compareció de propio derecho ante un órgano jurisdiccional familiar del estado de Chiapas a promover juicio de divorcio incausado en contra de Raúl H., reclamando las siguientes prestaciones:

> A). -La disolución del vínculo matrimonial que nos une a través del divorcio sin expresión de la causa, con fundamento en el siguiente criterio jurisprudencial. B) Pensión provisional de alimentos. C**) Pensión compensatoria vitalicia.** D) Violencia Familiar, en sus modalidades psicológica, económica, patrimonial y de género". (SIC)

Argumentado que el 8 de diciembre de 1986, la actora contrajo matrimonio con el demandado, bajo el régimen de sociedad conyugal; que de dicha unión matrimonial procrearon a dos hijos, se proporcionó el último domicilio conyugal, los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, además**, que durante todo el matrimonio únicamente se dedicó al cuidado del hogar y de sus hijos; porque, el demandado nunca la dejo laborar, manifestando que su último grado de estudios es la primaria que es una persona adulta mayor que cuenta con la edad de 72 años, que no cuenta con ninguna pensión o Afore que le permita**

**solventar sus gastos y que fue diagnosticada desde hace 15 años con hipertensión arterial**.

En su contestación de demanda el sr. Raúl H, manifestó que "*respecto a una pensión compensatoria definitiva…no es conforme*".

En sentencia de 17 de abril de 2024, se resolvió: la disolución del vínculo matrimonial que une a RAUL H y María L, bajo el régimen de sociedad conyugal**.**

En cuanto a la pensión compensatoria resolvió:

> **CUARTO.**- En términos del **considerando VII** de esta sentencia, se **DECRETAR ALIMENTOS en su calidad resarcitorio y asistencial** a favor de la accionante **MARIA L,** el porcentaje equivalente al 15**% QUINCE POR CIENTO MENSUAL**, de todas y cada una de las percepciones a las que tiene derecho el demandado **RAUL H** como trabajador de la Secretaria de Salud; por el lapso que duró el matrimonio, que lo es a partir de la fecha que contrajeron nupcias es decir del ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y seis hasta la fecha de la presente resolución, lo que da como resultado treinta y siete años, cuatro meses y nueve días.

Argumentos que utilizo el juez para decretar la pensión compensatoria:[28]

> En relación a la pensión compensatoria que se establece en los términos del artículo 298 Bis del Código Civil vigente en la Entidad y a la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores; y toda vez que se encuentra acreditado en autos que la actora **MARIA L.**, tal como lo manifiesta la accionante en su escrito de demanda es una persona de 73 setenta y tres años de edad, que solo estudio hasta la primaria, que no tiene ninguna experiencia laboral y únicamente se ha dedicado a las labores del hogar, bajo ese tenor, se tiene que la pensión compensatoria encuentra su razón de ser en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del

28 Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chiapas, JXF de Distrito Judicial de Tuxtla, Sentencia definitiva, 2024. Expediente 537/2023.

desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al momento de disolverse el vínculo matrimonial; por lo que, el presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión compensatoria consiste en que; derivado de las circunstancias particulares de cada caso concreto, la disolución del vínculo matrimonial coloque a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Derivado de lo anterior, para otorgar una pensión compensatoria con base en la perspectiva de género, es indispensable tomar en cuenta su carácter resarcitorio y asistencial, porque de esta manera se podrá identificar, en un caso concreto, cuáles elementos comprenden el concepto de vida digna del acreedor alimentario. Luego, el carácter resarcitorio de una pensión compensatoria se refiere a los perjuicios ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, entendidos como: 1) Las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o no haber podido desarrollarse en el mercado del trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge; y, 2) Los perjuicios derivados del costo de oportunidad, que se traducen en el impedimento de formación o capacitación profesional o técnica; disminución o impedimento de la inserción en el mercado laboral y la correlativa pérdida de los derechos a la seguridad social, entre otros supuestos. El carácter asistencial de una pensión compensatoria prospera ante: a) la falta de ingresos derivados de una fuente laboral que le permitan subsistir; o, b) la insuficiencia de sus ingresos para satisfacer sus necesidades más apremiantes. Por tanto, se concluye que el monto de la pensión compensatoria debe comprender: la aportación al cónyuge que benefició a la familia durante el tiempo de duración del matrimonio, el costo de oportunidad por asumir la carga doméstica y/o las necesidades para su subsistencia; lo que encuentra su aplicación por analogía en la siguiente tesis:

"PENSIÓN COMPENSATORIA CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. SU MONTO DEBE COMPRENDER

EL CARÁCTER RESARCITORIO Y ASISTENCIAL DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DE CADA CASO CONCRETO. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 230/2014 estableció que la pensión compensatoria encuentra su razón de ser en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al momento de disolverse el vínculo matrimonial. En ese sentido, determinó que el presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión compensatoria consiste en que, derivado de las circunstancias particulares de cada caso concreto, la disolución del vínculo matrimonial coloque a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, le impida el acceso a un nivel de vida adecuado. Cabe destacar que estas reglas resultan aplicables al concubinato, dado que una vez concluida dicha relación los exconcubinos tienen derecho a percibir alimentos en los mismos términos que los excónyuges. Por lo anterior, para otorgar una pensión compensatoria con base en una perspectiva de género, es indispensable tomar en cuenta su carácter resarcitorio y asistencial, porque de esta manera se podrá identificar, en un caso concreto, cuáles elementos comprenden el concepto de vida digna del acreedor alimentario. Luego, el carácter resarcitorio de una pensión compensatoria se refiere a los perjuicios ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar, entendidos como: 1) Las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio o concubinato, dedicarse uno de los cónyuges o concubinos a una actividad remunerada, o no haber podido desarrollarse en el mercado del trabajo convencional con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro cónyuge; y, 2) Los perjuicios derivados del costo de oportunidad, que se traducen en el impedimento de formación o capacitación profesional o técnica; disminución o impedimento de la inserción en el mercado laboral y la correlativa pérdida de los derechos a la seguridad social, entre otros supuestos. El carácter asistencial de una pensión compensatoria prospera ante: a) la

falta de ingresos derivados de una fuente laboral que le permitan subsistir; o, b) la insuficiencia de sus ingresos para satisfacer sus necesidades más apremiantes. Por tanto, se concluye que el monto de la pensión compensatoria debe comprender: la aportación al cónyuge o concubino que benefició a la familia durante el tiempo de duración del matrimonio o concubinato, el costo de oportunidad por asumir la carga doméstica y/o las necesidades para su subsistencia, así como, en su caso, la precaria situación económica derivada de carecer de fuentes de ingresos o que éstos resultan insuficientes para satisfacer sus necesidades más apremiantes."

Derivado de lo anterior, y por cuanto que las partes en Junta de Conciliación de fecha doce de febrero de dos mil veinticuatro (foja 118-123) las partes solicitaron que se le deje a salvo sus derechos; aunado a que las y los juzgadores se encuentran facultados y obligados a impartir justicia con base en una perspectiva de género, en ejercicio del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación; en aplicación a lo dispuesto en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cual supone una protección reforzada por parte del Estado en favor de quienes se encuentran en condiciones desfavorables ante otros; esta Juzgadora considera procedente decretar pensión compensatoria a favor de la demandada MARIA L.; lo anterior, en virtud de que si bien es cierto ambos cónyuges se encuentran separados, también cierto es, que la accionante es una persona de 73 setenta y tres años de edad, que solo estudio hasta la primaria, que no tiene ninguna experiencia laboral y únicamente se ha dedica a las labores del hogar, con pocas posibilidades de conseguir un empleo y se dedica a las labores del hogar, respectivamente, por lo que, el demandado al hacer valer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, con la tramitación del presente juicio, colocaría a la accionante en una condición de desventaja al limitar su derecho de subsistencia, en virtud de que la misma al haberse dedicado preponderantemente al hogar, se encuentra en una situación de desventaja económica que en última instancia incide en su capacidad para hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades y, consecuentemente, impedirle el acceso a un nivel de vida adecuado.

> En consecuencia, por las consideraciones expuestas; y como una medida de protección reforzada a favor de la accionante, de quien se privilegia su derecho a la subsistencia; esta Juzgadora procede a **DECRETAR ALIMENTOS en su calidad resarcitorio y asistencial** a favor de la accionante **MARIA L.,** el porcentaje equivalente al **15% QUINCE POR CIENTO MENSUAL**, de todas y cada una de las percepciones a las que tiene derecho el demandado **RAUL H.,** como trabajador de la Secretaria de Salud; por el lapso que duró el matrimonio, que lo es a partir de la fecha que contrajeron nupcias es decir del ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y seis hasta la fecha de la presente resolución, lo que da como resultado treinta y siete años, cuatro meses y nueve días.

Asimismo

> VIII. […] Una vez que cause ejecutoria la presente sentencia; en cumplimiento al contenido del considerando que antecede; gírese **OFICIO** a la Dirección de Administración y Finanzas de la Secretaria de Salud ubicado …; para hacerle de su conocimiento que deberá proceder a descontar la cantidad que resulte del 15% (QUINCE POR CIENTO) de todas y cada una de las percepciones ordinarias y extraordinarias, que previas deducciones de ley, tiene el acreedor alimentario **RAUL H.** de manera mensual, como Trabajador de esa dependencia a partir de que dicha sentencia cause ejecutoria, a favor de la cónyuge divorciante **MARIA L.**; cantidad que será puesta a disposición de la ex consorte mencionada, en la forma y términos que dicha dependencia estile para ello.

Inconforme con la resolución de primera instancia se interpuso recurso de apelación: en el que se manifestó que el pago del 15% mensual de la pensión compensatoria resultaba insuficiente para garantizar una calidad de vida digna y que la juez no evaluó de manera apropiada el impacto diferenciado de la sentencia ignorando las desiguales consecuencias que tendría para ambas partes en especial la mujer que no tiene estudios y que es adulta mayor.

En la sentencia, menciona que para la fijación del porcentaje de los alimentos compensatorios no se realizó ponderando las necesidades de María L, con base al principio de proporcionalidad y equidad, además se consideraron los siguientes criterios:[29]

**Necesidades de la acreedora:**

**Edad:** 74 años (estando catalogada de acuerdo con su edad dentro del grupo vulnerable por ser adulta mayor)

**Estado de salud:** padecimientos correspondientes de acuerdo con su edad, sin que se demostrara algún padecimiento que pudiera afectarla libremente

**Certificación profesional:** sin experiencia laboral

**Posibilidad de acceso a un empleo:** difícilmente

**Circunstancia relevante:** sigue viviendo en lo que fuere el hogar conyugal…

**Duración del matrimonio:** […] contrajo matrimonio el 8 de diciembre 1986 […] considerando la fecha de la unión matrimonial, al presente año (2024), en que se dictó la sentencia definitiva, han transcurrido 37 años de esa unión.

Dedicación pasada y futura a la familia: ama de casa (de acuerdo con lo plasmado en el escrito inicial de demanda y que no fue refutado por el demandado en la secuela procesal)

**Necesidades del demandado:**

[…] las posibilidades económicas del deudor alimentario se acreditaron con el oficio […] signado […] por el Director de Recursos Humanos de la Secretaría de Salud del Estado… tiene un ingreso quincenal de $8,902.72…. después de deducciones de ley y sindicales percibe de manera líquida…de $7,247.29. siendo al mes $14,494.58 […] así como el reconocimiento que hizo al momento de contestar la demanda…tener un vehículo …

**Edad:** 63 años (estando catalogado de acuerdo con su edad dentro del grupo vulnerable por ser adulta mayor)

29 Poder Judicial de Estado de Chiapas, X Sala Regional Colegiada en Materia Civil, toca 31-A-C01/2024 sentencia de 27 de junio de 2024.

**Estado de salud:** padecimientos correspondientes a la edad que tiene, sin que se demostrara algún padecimiento que pudiera afectarle libremente

**Calificación profesional:** tiene profesión

**Experiencia laboral:** se encentra laborando actualmente

Cuenta con un crédito hipotecario por el que adquirió una vivienda…

Por lo que considerando tales circunstancias en sentencia de segunda instancia se ordenó: *Justo y equitativo decretar alimentos en calidad de resarcitorios y asistencial a favor de la accionante…el porcentaje equivalente del 25% de todas y cada una de las percepciones del demandado …a partir de la fecha en que contrajeron nupcias 8 de diciembre de 1986 hasta la fecha de la presente resolución, lo que da como resultado 37 años, 4 meses y nueve días.*

## 10 CONCLUSIONES

El divorcio y la disolución de parejas de hecho pueden generar desequilibrios económicos significativos, especialmente para las mujeres que han dedicado una parte importante de su vida al cuidado del hogar y la familia. En este contexto, la pensión compensatoria surge como un mecanismo legal fundamental para garantizar la equidad y la justicia en la distribución de los recursos tras la ruptura de una unión. A continuación, se presentarán las conclusiones más relevantes sobre la importancia de esta figura jurídica.

1. Equilibrio económico y justicia social: La pensión compensatoria es una herramienta esencial para restablecer el equilibrio económico entre los excónyuges, especialmente cuando uno de ellos ha visto limitada su capacidad de generar ingresos propios debido a su dedicación al hogar y la familia. Esta medida no solo busca evitar situaciones de vulnerabilidad económica, sino también promover la justicia social al reconocer el valor del trabajo no remunerado.

2. Perspectiva de género y valor del trabajo doméstico: La aplicación de la pensión compensatoria debe enmarcarse en una perspectiva de género que reconozca las desigualdades estructurales y el desvalorizado trabajo doméstico realizado mayoritariamente por las mujeres. Al otorgar una pensión compensatoria, se valoriza la contribución de las mujeres al bienestar de la familia y se busca compensar las desventajas económicas que suelen enfrentar tras la separación.

3. Derecho a una vida digna: La pensión compensatoria no es una mera concesión discrecional, sino un derecho fundamental de las personas que han dedicado su vida a cuidar de su familia. Este derecho se fundamenta en el principio de que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y a no verse sumida en la pobreza.

4. Evaluación de la situación económica individualizada: La determinación del monto y duración de la pensión compensatoria debe realizarse de manera individualizada, teniendo en cuenta la situación económica de cada cónyuge, su capacidad de generar ingresos, la duración de la unión y la dedicación de cada uno al hogar.

5. Aplicación más allá del matrimonio: La protección que brinda la pensión compensatoria no debe limitarse al ámbito matrimonial, sino que debe extenderse a las parejas de hecho, reconociendo la diversidad de las relaciones familiares contemporáneas y garantizando la igualdad de trato.

6. Rol fundamental de la justicia: Los jueces desempeñan un papel crucial en la aplicación de la pensión compensatoria. Al tomar decisiones justas y equitativas, los jueces contribuyen a garantizar que los derechos de las personas afectadas por la ruptura de una unión sean plenamente respetados.

La pensión compensatoria es una herramienta jurídica fundamental para garantizar la justicia y la equidad en los procesos de separación y divorcio. Al reconocer el valor del trabajo doméstico y las desigualdades de género, esta figura contribuye a construir sociedades más justas e igualitarias.

## REFERENCIA

AGUILAR CAMACHO, Mario Jesús y GÓMEZ HERNÁNDEZ, María Isabel, "Implicaciones jurídicas al juzgar con perspectiva de género en casos de pensión compensatoria", Revista Misión Jurídica, vol 16, no. 24, 2023, pp. 171-192. https://tinyurl.com/yrh7n8ku

AVENDAÑO, Fernanda, El valor del trabajo doméstico: Mujeres le dedican el triple de tiempo que los hombres, IMCO Centro de Investigación en Política Pública, 2021. https://tinyurl.com/yyawhtxr

Congreso del Estado de Veracruz, Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, 2022. https://tinyurl.com/249jw6tp

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969. https://tinyurl.com/a26xfwpd

Gobierno de la Ciudad de México, Código Civil para el Distrito Federal, 2024. https://tinyurl.com/4hsxye6w

H. Congreso del Estado de Chiapas, Código Civil, 2024. https://tinyurl.com/yzskcebs

H. Congreso del Estado de Nuevo León, Código Civil para el Estado de Nuevo León, 2024. https://tinyurl.com/53a6thj5

JUÁREZ, Blanca, Brecha de género en trabajo de cuidados se cerrarán hasta el 2228: OIT, El Economista, 2024. https://tinyurl.com/45m99pv4

Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979. https://tinyurl.com/mrxnu34n

Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. https://tinyurl.com/trp8p58b

Poder Judicial de Estado de Chiapas, X Sala Regional Colegiada en Materia Civil, toca 31-A-C01/2024 sentencia de 27 de junio de 2024.

Querétaro Poder Legislativo, Código Civil del Estado de Querétaro, 2009. https://tinyurl.com/5eafmj4s

SCJN, Amparo Directo en Revisión 5745/2021. https://tinyurl.com/3mrvhzdn

SCJN, amparo directo en revisión 269/2014, 2014. https://tinyurl.com/mry553sd

SCJN- Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos de jurisprudencia núm. 2, compensación económica, México, 2020. https://tinyurl.com/yjpcnce5

SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020. https://tinyurl.com/3ffsnswt

SCJN-Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos, Apuntes sobre igualdad de género, Sistema Bibliotecario de la SCJN catalogación, México, 2024. https://tinyurl.com/mry2jsnf

Tesis: 1a./J. 110/2009. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXI, marzo de 2010. Registro digital: 165037.

Tesis: 1a./J. 28/2021 (10a.). Semanario Judicial de la Federación, libro 8, diciembre de 2021, tomo II. Registro digital: 2023910.

Tesis: I.4o.C.80 C (10a.). Semanario Judicial de la Federación, libro 2, junio de 2021, tomo V. Registro digital: 2023300.

Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 29, septiembre de 2023, tomo V. Registro digital: 2027259

Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, septiembre de 2021, Tomo II. Registro digital: 2023590.

Tesis: VII.2o.C.234 C (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 80, noviembre de 2020, tomo III. Registro digital: 2022372

Tesis: VII.2o.C. J/14 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, libro 5, septiembre de 2021, Tomo II. Registro digital: 2023590.

Tesis: VII.2o.C. J/2 C (11a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Tesis: VII.2o.C.54 C (11a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chiapas, JXF de Distrito Judicial de Tuxtla, Sentencia definitiva, 2024. Expediente 537/2023.

# CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES AFETIVAS SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO

Marina Silva Pereira[1]
Marina Mayer Pereira[2]

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Direito de Família tem enfrentado o desafio de adaptar-se às novas configurações e dinâmicas das relações afetivas contemporâneas. Tais relações, que frequentemente ultrapassam os moldes tradicionais de casamento ou união estável, refletem uma crescente demanda por maior autonomia dos indivíduos para definir os termos de suas interações afetivas e patrimoniais. Nesse contexto, a contratualização

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela FMP/RS. Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade Damásio. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (UNIVALI). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal", junto ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pesquisadora externa no Projeto de Pesquisa sobre Contratualização das Relações Familiares e Relações Sucessórias. Junto ao PPGD da UEL/PR, coordenado pela Dra. Daniela Paiano. Advogada. Endereço eletrônico: mariinaspereira@gmail.com.

2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal", junto ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Membro da Comissão de Relações Acadêmicas, Institucionais e Sociais do IBDFAM/RS. Advogada. Endereço eletrônico: marinamayerrpereira@gmail.com.

das relações afetivas desponta como uma tendência crescente, permitindo que os envolvidos estabeleçam previamente, por meio de instrumentos contratuais, aspectos como divisão de bens, guarda de filhos e alimentos.

Sob a perspectiva do Direito de Família mínimo, que propõe uma intervenção estatal reduzida nas questões familiares, esses contratos conferem maior autonomia às partes envolvidas. A contratualização oferece flexibilidade e personalização, possibilitando que cada casal defina suas próprias regras, conforme suas necessidades e expectativas. No entanto, a liberdade contratual dentro das relações afetivas não é ilimitada, uma vez que deve respeitar os princípios constitucionais e os direitos legalmente protegidos. Há uma questão central sobre os limites dessa autonomia privada e o papel regulador do Estado, ainda que mínimo, na proteção do interesse público e dos direitos indisponíveis.

O presente artigo tem por escopo analisar a possibilidade de contratualização das relações afetivas sob a ótica do Direito de Família mínimo, investigando os impactos dessa prática na autonomia das partes envolvidas e os limites legais estabelecidos pela legislação brasileira. Além disso, restringe-se nas relações afetivas formais e informais, como casamentos e uniões estáveis, sem desconsiderar a importância da contratualização para outros tipos de relacionamentos não formalizados juridicamente.

A questão que orienta esta pesquisa é: Em que medida a contratualização das relações afetivas, sob a perspectiva do Direito de Família mínimo, contribui para a autonomia dos envolvidos, e quais são os limites jurídicos dessa prática? A partir dessa problemática, o artigo aborda como a flexibilização jurídica por meio de contratos pode contribuir para a organização das relações afetivas, garantindo maior liberdade, ao mesmo tempo em que se discute os limites que asseguram a validade desses contratos no ordenamento jurídico.

Entre os objetivos específicos do estudo estão: (1) investigar o conceito de Direito de Família mínimo e suas implicações para as relações afetivas no cenário brasileiro, (2) examinar os principais tipos de contratos utilizados nas relações afetivas, com enfoque naqueles que regulam

aspectos patrimoniais e existenciais, e (3) analisar os limites da autonomia contratual no contexto afetivo, com base na legislação e na doutrina.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo, de forma qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e documental. A revisão da literatura inclui a doutrina que trata da contratualização das relações afetivas e da autonomia privada. A pesquisa documental aborda as leis vigentes, como o Código Civil e a Constituição de 1988. A interpretação dos dados se concentra na aplicação e na análise crítica desses instrumentos jurídicos no contexto das relações afetivas.

## 2 VALORIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA E A MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A concepção de uma intervenção estatal mínima em questões íntimas e familiares não se restringe ao contexto contemporâneo (Barboza, 2021, p. 991). A busca por limitar a intervenção do Estado nas esferas familiares é uma luta que se estende por décadas, e a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma vitória nas conquistas individuais de liberdades e privacidade há muito almejadas.[3]

Ao consagrar princípios que enfatizam a proteção da família como base da sociedade, a Constituição solidificou a ideia de que o Estado deve adotar uma postura minimalista quando se trata das questões mais íntimas das famílias.[4] Ela reconheceu o valor da liberdade e da diversidade nas relações familiares, com a evolução do pensamento jurídico e social mais inclusivo e plural ao longo do tempo. Essa conquista é um testemunho da importância de respeitar a autonomia das famílias,

3 É de se ressaltar que o projeto constitucional de 1988 alterou a dinâmica de compreensão da família pelo Estado. Antes dela, somente o casamento era reconhecido como forma válida de instituição de vínculo jurídico.

4 A postura minimalista é encontrada na Constituição Federal quando da proteção individual da família no art. 226 e na liberdade do livre planejamento parental, no art. 226, § 7º, por exemplo.

representada por seus membros, em conformidade com os valores democráticos da sociedade brasileira, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, princípio consagrado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (Rosa; Alves, 2023, p. 137-139).

No entanto, a busca por mudanças tem raízes profundas na história. A vivência de duas grandes guerras mundiais, que tiveram reflexos de intensa crueldade, impulsionou a transformação da sociedade, pois escancarada a vulnerabilidade da condição humana. Para que surgisse uma nova ordem de valores, era necessário que os países emergentes de regimes autoritários adotassem novos textos constitucionais fundamentados em preceitos mais humanistas e solidários (Teixeira, 2022, p. 141).

Nas palavras de Eduardo Bittar:

> [...] Na longa jornada da luta pela felicidade, homens e mulheres, gays e lésbicas, travestis e transexuais, jovens e idosos, postulam em formas múltiplas de expressão de convívio, construírem núcleos de famílias democráticas, para os quais valem as regras da busca da felicidade, da integração pelo diálogo e do afeto como expressão do cuidado. O Direito das Famílias se abre para considerar no afeto o elo familiar, no diálogo a condição do convívio e na solidariedade o meio de expressão do amor na condição humana. (2014, p. 24):

No cenário jurídico brasileiro, o Código Civil de 1916 foi profundamente impactado por essas transformações e mudanças sociais do contexto mundial. Francisco Luciano Rodrigues (2014, p. 568-569) entende que o Código foi concebido com uma orientação patrimonialista e conservadora, e distanciou-se consideravelmente da realidade social brasileira, já naquela época.

No âmbito do Direito de Família, havia, antigamente, uma dicotomia quanto ao ramo do qual fazia parte, se integrava o direito público, por merecer especial proteção do Estado, com amparo em normas de ordem pública, ou se integrava o direito privado, por exigir que fosse preservada a autonomia do indivíduo, uma vez que a família é *locus* de realização

humana. Não se pode esquecer que "o Estado confere especial proteção à família posto que é nesta que o indivíduo passa a ter as suas primeiras noções de ética, moral, cidadania" (Amorim, 2021, p. 06). Em resposta às demandas sociais de mudança, o Direito Civil passou a incorporar elementos de natureza constitucional, especialmente aqueles introduzidos pela Constituição Federal de 1988, consagrando a proteção jurídica não apenas de questões patrimoniais, mas também quanto aos aspectos existenciais, de modo a fortalecer os anseios da não intervenção e repressão estatal na vida privada. Como bem pontua Rodrigo da Cunha Pereira:

> O Estado abandonou sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista cuja tônica não é de uma total ingerência, mas em algumas vezes, até mesmo de substituição a eventual lacuna deixada pela própria família, como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (Art. 227 da CF). A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhes garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. (2016, p. 180-181)

A transição do Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que marcou a passagem da família patriarcal para a concepção de família eudemonista, caracterizada na abordagem mais humanizada e centrada no bem-estar e na realização pessoal de seus membros (Madaleno, 2017, p. 2), inaugurou o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, que expandiu os valores constitucionais para todas as esferas das relações privadas, em especial, as relações familiares (Perlingieri, 2008, p. 06).

Esse fenômeno representa a tomada de consciência acerca do fato de que a centralidade do Direito Civil migrou para a Constituição, com a necessidade de projeção das diretivas constitucionais sobre os diversos ramos jurídicos, inclusive nas relações privadas. Esta forma de conceber a interação entre a legislação infraconstitucional e a Constituição

evidentemente produziu reflexos sobre a própria interpretação conferida ao Direito das Famílias (Lôbo, 2008, p. 19).

Sob uma perspectiva contemporânea e alinhada com a evolução dos valores sociais dinâmicos e plurais, o movimento da mínima intervenção estatal na esfera privada das famílias, ganha cada vez mais força. Tal mudança reflete o entendimento de que as famílias são núcleo de desenvolvimento essencial para o indivíduo, local seguro onde têm plena autonomia para tomar decisões relacionadas à sua personalidade, vida privada, intimidade, honra e liberdade, sem agredir, para tanto, direitos de terceiros[5] (Farias; Rosenvald, 2016, 47-48).

A partir desse momento, a família eudemonista, apoiada nos princípios da igualdade, liberdade, do pluralismo das entidades familiares e da solidariedade familiar, ganha um caráter instrumental, e não mais institucional. Isso porque passa a servir de alicerce para a realização pessoal de cada indivíduo (Amorim, 2021, p. 07).

Frente à mínima intervenção do Estado nas relações afetivas, tem-se um movimento cada vez mais crescente de famílias que recorrem às ferramentas jurídicas com o intuito de resguardar direitos ou mesmo pactuarem temas delicados e de natureza íntima, o que demonstra a consciência e desejo dos indivíduos sobre a não intromissão do Estado na sua liberdade de escolha (Carvalho, 2019, 225-226).

Por oportuno, Pietro Perlingieri (2008, p. 06) destaca a importância conferida ao ser humano como um todo, em respeito à sua individualidade, quando descreve que "os interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que, na hierarquia de valores, a pessoa humana prevalece

5 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - 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." Disponível em: https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-2-capitulo-1-artigo-5. Acesso em: 21 de abril de 2024.

sobre o interesse econômico" (2008, p. 06). Tais perspectivas são ponderadas por João Aguirre Brandão, quando contextualiza essas mudanças:

> Com o advento da Constituição de 1988 e a mudança de um paradigma centrado na proteção do patrimônio, essencialmente, para outro em que se privilegia a tutela da pessoa humana, sua existência, dignidade e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, operou-se vultosa reforma em nosso ordenamento jurídico, através da inserção de uma base axiológica humanista e destacadamente solidária, pela qual as ações humanas devem pautar-se por um ideal de honradez, eticidade e probidade, como contraponto ao exagerado individualismo de antanho. (2020, p. 369)

Quando se defende a intervenção mínima do Estado nos núcleos familiares, defende-se, sobretudo, a ideia de liberdade e autonomia privada, não da família como instituto, mas sim, da realização e do desenvolvimento dos indivíduos que compõem o núcleo familiar. Referem Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves (2023, p. 191) que "a proteção da família é a proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família em si mesma que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana".

Não se defende um Estado omisso, nem tão pouco, um ente estatal repressor, mas sim, um Estado-Protetor minimalista e coerente com os anseios e mudanças sociais, pronto para atuar quando em situações de vulnerabilidade ou solicitado (Carvalho, 2019, p. 225).

## 3 CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Sob a perspectiva de um Estado que assume um papel protetor, a Constituição de 1988 buscou conciliar a liberdade da pessoa humana com a relevância que as famílias, em suas diversas configurações, representam para a sociedade e para o próprio ente estatal.

Esse enfoque reflete um anseio antigo, pois reconhece que o limite da autonomia privada reside na própria liberdade individual, ou melhor, a liberdade no campo familiar, tem íntima conexão com o princípio da autonomia privada (Figueiredo, 2024 p, 146), e nas palavras de Daniel Sarmento:

> A autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. (2004, p. 154)

A evolução constante das relações familiares, em especial as conjugais, demonstra a impossibilidade de haver legislação expressa abrangendo todas as variantes e cenários oriundos dessas relações (Carvalho, 2019, p. 48). Nesse contexto, na ausência de normas específicas para certas situações, recorremos aos princípios jurídicos como guias, proporcionando resoluções equitativas, justas e éticas para preencher essas lacunas normativas.

A autonomia privada é a permissão do Estado "para que o particular possa administrar e gerir sua vida íntima como melhor lhe aprouver, realizando ações cujo conteúdo, efeitos e consequências jurídicas ele próprio irá fixar", pois o sujeito está "apto a estabelecer miniordenamentos jurídicos para situações específicas de sua vida, estabelecendo regras, reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, que disciplinam situações concretas de seu dia a dia" (Rosa, 2023, p. 22).

É nesse sentido que o princípio da autonomia privada se revela como a verdadeira expressão de liberdade no que diz respeito à quando, o quê, onde e com quem contratar. Em outras palavras, estamos diante de um princípio fundamental que orienta as transações modernas. Como bem destacado por Silvia Felipe Marzagão (2023, p. 34), "a

contratualização das relações familiares representa, sem qualquer dúvida, a maior compreensão e expressividade da autonomia privada".

No âmbito dos negócios jurídicos, a autonomia privada é a garantia de que os envolvidos em uma relação contratual possam determinar livremente os termos, o conteúdo e a disciplina das relações legais nas quais estão envolvidos, onde valida-se a ideia de que os "negócios jurídicos traduzem, em profundidade, a própria vontade e autonomia daqueles que o firmam" (Marzagão, 2023, p. 34). Bem verdade, portanto, que a autonomia privada concede às pessoas, o poder de planejar livremente suas vidas de forma autônoma, como melhor lhes convier, com opção, de contratar, deixar de contratar e negociar o conteúdo do contrato. Assim, deve ser interpretada como reguladora dos interesses individuais, ao amparar a construção de regramentos próprios na intimidade de cada família, especialmente, quando tais negócios jurídicos tratarem das questões de conjugalidade (Moraes; Teixeira, 2023, p. 13).

Conforme entendimento de Eduardo Bittar, o respeito ao pluralismo é o ponto central para definição de um mundo democrático, "o que exige um movimento de pluralismo legislativo, e não de unificação codificada". Ele elucida que a tarefa do direito pós-moderno é "aquela de administrar o convívio entre os muitos modos de vida, dando lugar à expressão justa e equidistante sobre projetos de vida legítimos" (2014, p. 24).

Embora a autonomia privada permita uma ampla liberdade contratual, é essencial que se observem os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isso inclui o respeito a princípios fundamentais, como a dignidade humana, a proteção dos vulneráveis e a licitude dos acordos, de maneira a garantir que todos os contratos estejam em conformidade com os princípios de boa-fé e lealdade contratual (Marzagão, 2023, p. 34-35).

Ana Carolina Brochado Teixeira refere que "para o exercício de direitos de liberdade, deve haver a correlata responsabilidade, pois autonomia e responsabilidade são conceitos complementares"(Teixeira, 2018). No entanto, é preciso estar atento às limitações dessa liberdade. Dimitre Braga Soares de Carvalho salienta que "há regras e limites que devem ser

obedecidos para que a liberdade não se confunda com arbitrariedade" (Carvalho, 2022). Quanto ao princípio da mínima intervenção estatal, Flávio Tartuce aponta que "deve ser lido e ponderado perante outros princípios, como no caso do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente".

Segundo afirma Frederik Swennen (2015, p. 33 apud Monteiro; Santos, 2014, p. 14), professor belga e grande entusiasta da contratualização das relações familiares, o Direito de Família tem um modelo pendular, em que ora há maior presença da autonomia dos indivíduos, ora há maior regulação estatal. Nesse sentido explica o autor que é mais evidente a contratualização quando se refere à dimensão externa da família, como sua formação, conteúdo e dissolução, incluindo a possibilidade de, em alguns países, como é o caso do Brasil, ser plenamente possível a criação de negócios jurídicos processuais.

Nesse sentido, da mesma forma como se faz necessário um Estado que permita que as pessoas constituam suas famílias como melhor lhes aprouver, é imprescindível que pessoas em situação de maior vulnerabilidade possam contar com a intervenção estatal, para garantir que seus direitos sejam respeitados (Lôbo, 2023, p. 18). Conforme dispõem o artigo 227 e artigo 230 da Constituição Federal, também é dever do Estado assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes, e a proteção do idoso. Portanto, esses critérios objetivos devem guiar a todos para identificar em quais momentos será cabível a intervenção estatal nas relações familiares e quando o Estado não deve ingressar na seara da autonomia do indivíduo.

Conrado Paulino da Rosa e Leonardo Barreto Moreira Alves (2023, p. 22) defendem um Direito de Família mínimo, que privilegia o exercício da autonomia privada da entidade familiar, e um direito da criança e do adolescente máximo, em que se tem como norte o melhor interesse desse grupo de sujeitos. Os autores estabelecem, ainda, critérios de aplicação do Direito de Família, criando perguntas a serem respondidas no caso concreto, quais sejam: Existe vedação legislativa para a pactuação? O ajuste é realizado por pessoas maiores e capazes? Existe a possibilidade de que a

avença viole os direitos de personalidade? A estipulação pode apresentar consequência a direitos de pessoas em vulnerabilidade?

Dimitre Braga Soares de Carvalho sinaliza, nesse mesmo sentido, que a liberdade das relações familiares não é ilimitada, pois restringida pelos princípios da "dignidade humana das pessoas, do culto à liberdade, da proibição de tratamentos discriminatórios, do respeito máximo à igualdade entre homens e mulheres, da supremacia do melhor interesse de crianças e adolescentes" (Carvalho, 2022, n.p.).

Embora seja imprescindível estar atento às possíveis limitações à autonomia privada nas relações familiares, em razão de eventuais vulnerabilidades que possam existir entre os indivíduos, a contratualização no Direito de Família é uma realidade. Evidenciou-se a menor intervenção do Estado nas relações entre particulares, quando houve a publicação da lei n.º 11.441/07, que permitiu a realização do divórcio extrajudicial, por meio de escritura pública, o que se manteve no Código de Processo Civil de 2015, no artigo 733 (Monteiro; Santos, 2014, p. 16).

Outros exemplos de contratos em Direito de Família são o pacto antenupcial, pacto pós-nupcial (como é o caso da alteração do regime de bens, por exemplo), contrato de convivência ou de união estável, contrato de namoro, contrato de geração de filhos (Pereira, 2023, p. 43-44), e aqueles que se estabelecem no âmbito da reprodução humana assistida, por exemplo, a gestação por substituição, doação de gametas ou embriões (Monteiro; Santos, 2014, p. 19).

## 4 CONTRATOS AFETIVOS EM ESPÉCIE

Com o surgimento de novas configurações familiares e a crescente complexidade das relações afetivas, o Direito de Família tem evoluído para acompanhar essas transformações, criando mecanismos que conferem maior autonomia privada aos indivíduos (Moraes; Teixeira, 2024, p. 12). Nesse contexto, os contratos afetivos emergem como instrumentos importantes para a formalização de aspectos patrimoniais, existenciais e

processuais nas relações conjugais e convivenciais, tanto no casamento quanto na união estável (Ferreira, 2024, p. 62).

Esses contratos permitem que os casais regulem suas expectativas e responsabilidades de maneira personalizada, desde o início da relação até sua eventual dissolução, adaptando as normas às necessidades específicas de cada situação. São poderosas ferramentas de organização da vida afetiva, pois conferem segurança jurídica e flexibilidade, permitindo que as partes estabeleçam previamente as condições de sua convivência (Carvalho, 2023, p. 47-48).

Os contratos afetivos se apresentam em diferentes modalidades, cada qual com características e funções específicas dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Dentre eles, destacam-se os pactos antenupciais, que têm como objetivo definir diretrizes patrimoniais e existenciais antes do casamento; os contratos de convivência, utilizados para regular as uniões estáveis; os pactos pós-nupciais, que possibilitam a alteração das regras patrimoniais após a formalização do casamento; e os contratos intramatrimoniais, que oferecem uma estrutura contratual abrangente para regular a convivência conjugal sem necessariamente modificar o regime de bens ou as cláusulas de pactos anteriores (Carvalho, 2023, p. 52).

No contexto do matrimônio e das relações que dele derivam, o pacto antenupcial assume um papel de destaque por ser uma expressão clara da autonomia privada dos futuros cônjuges. Apesar de ser divergente na doutrina, ganha força o entendimento de que este contrato não se limita a regular os ajustes patrimoniais do casal, mas também serve como um meio de definir acordos íntimos, por refletir o modelo de vida conjugal que o casal decide adotar. Ele se torna, portanto, um instrumento de personalização das regras que orientam a convivência e a organização patrimonial ao longo da relação. (Figueiredo, 2024, p. 243-244)

São os próprios envolvidos na relação afetiva que, tanto em questões patrimoniais quanto existenciais, definem o conteúdo e as diretrizes do relacionamento (Moraes; Teixeira, 2023, p. 12). Nesse sentido, Samir Namur (2014, p. 160) argumenta que a lei deve ser "a própria ausência da

lei," deixando a conjugalidade como um assunto exclusivamente reservado ao casal, que atua como o seu próprio legislador. Isso reflete a ideia de que a autonomia privada é fundamental para o ordenamento das relações afetivas e patrimoniais no âmbito familiar.

Cada vez mais, casais têm buscado organizar as questões afetivas e patrimoniais relacionadas à vida conjugal. Com o surgimento de modelos familiares mais diversos e dinâmicos, cresce a demanda por normas que respeitem as individualidades dos membros da família, priorizando a proteção dos indivíduos em vez de focar exclusivamente no núcleo familiar (Carvalho, 2023, p. 47).

Segundo a edição n. 5 do relatório Cartório em Números[6] (2023), até novembro de 2023, foram registrados 50.250 pactos antenupciais no Brasil, em contraste com mais de 800.000 casamentos no mesmo período. Esses números revelam um crescimento modesto na adesão aos pactos, apesar da importância crescente dessas convenções.

Embora os números mostrem um aumento modesto na procura por pactos antenupciais em comparação ao total de casamentos, eles indicam uma tendência clara: a valorização da autonomia e da liberdade na construção da vida conjugal.

Esse fenômeno reflete uma transformação social na forma como as relações afetivas são percebidas, com a individualidade e a personalização dos acordos assumindo um papel central. Ao possibilitar que os indivíduos moldem suas relações de acordo com suas próprias concepções de afeto e convivência, a contratualização das relações ganha destaque nesse novo paradigma (Carvalho, 2023, p. 48).

Assim, o pacto antenupcial é, em essência, um instrumento jurídico que permite ao casal definir o regime de bens previsto no Código Civil, incluindo a possibilidade de combinar regras de diferentes regimes. Nesse regime misto ou híbrido, os cônjuges podem estabelecer ajustes

6 Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG. Cartório em Números.5. ed. 2023. Disponível em: https://shre.ink/b5dn. Acesso em: 25 de set 2024.

patrimoniais personalizados, sem a necessidade de intervenção do judiciário (Iannotti, 2023, p. 150).

A autonomia privada se revela de forma evidente no direito dos futuros cônjuges de escolherem livremente o regime de bens, além de outras questões patrimoniais e pessoais, como observa Carolina de Castro Iannotti (2023, p. 150). No entanto, essa liberdade encontra limites: as cláusulas acordadas não podem violar a lei, infringir normas de ordem pública ou comprometer direitos fundamentais. O Código Civil, em seu artigo 1.655, estabelece que qualquer convenção ou cláusula que contrarie disposições legais imperativas será considerada nula (Iannotti, 2023, p. 170).

No âmbito das relações íntimas e singulares do casamento, o pacto antenupcial se caracteriza como um acordo formal e solene, que deve ser formalizado através de escritura pública em cartório antes da celebração do matrimônio. Contudo, sua validade e eficácia estão vinculadas à efetiva realização do casamento, sendo sua legitimidade como contrato subordinada ao cumprimento dos requisitos legais previstos no artigo 1.653 do Código Civil (Rosa; Alves, 2023, p. 207).

Não se pretende esgotar o tema sobre a legitimidade e a operacionalidade do pacto antenupcial, uma vez que a lei é clara e objetiva quanto à sua elaboração, e deixa pouca margem para debates teóricos. No entanto, é essencial destacar que, para garantir sua legitimidade, o pacto deve ser formalizado por meio de escritura pública, sendo considerado nulo se essa condição não for cumprida, nos termos do art. 1.653 do Código Civil.[7]

Quanto às formalidades do pacto antenupcial, embora a escritura pública seja válida, sua eficácia depende da realização do casamento. O legislador não estabelece um prazo específico para que o pacto perca sua validade, mas nada impede que os noivos estipulem um prazo no próprio pacto para a realização do casamento. Além disso, enquanto o casamento não for realizado, o pacto pode ser revogado ou ter suas cláusulas alteradas (Iannotti, 2023, p. 172).

7 Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 maio de 2024.

Ainda, para que o convencionado em pacto antenupcial, sobretudo as questões patrimoniais, tenham eficácia perante terceiros, é necessário que seja registrado no Livro 3 em Cartório de Registro de Imóveis do domicílio do casal, conforme determina a Lei de Registros Públicos em seu artigo 167, inciso III.[8]

Quanto a natureza jurídica, o posicionamento majoritário da doutrina contemporânea brasileira, o pacto antenupcial possui natureza negocial, enquadrando-se como um negócio jurídico de direito de família, justamente por versar sobre temas que vão além do cunho patrimonial e econômico, tocando questões existenciais (Figueiredo, 2024, p. 155-156).

O pacto antenupcial é um importante instrumento de autonomia privada, por permitir aos cônjuges definirem aspectos jurídicos e práticos de sua vida em comum (Carvalho, 2023, p. 47). Nesse espaço de liberdade, os valores, expectativas e compromissos de cada casal são consolidados, refletindo a singularidade de cada união.

A crescente compreensão sobre seu papel nas relações contemporâneas, além de uma mera formalidade, representa uma mudança de comportamento, com casais cada vez mais focados no diálogo, autodeterminação e respeito mútuo. Esse avanço reforça a importância da consciência e responsabilidade na construção de relações mais justas e respeitosas, que acolhem a diversidade das formas de amor e união.

Assim como o pacto antenupcial é destinado a pactuar questões atinentes ao casamento, o contrato de convivência, por sua vez, se destina a regular os efeitos dos relacionamentos familiares que se instituem na modalidade de união estável. Esse tipo de contrato desempenha um papel importante nas relações patrimoniais e pessoais estabelecidas em uniões estáveis. Apesar de ser similar ao do pacto antenupcial, existem diferenças entre ambos, pois enquanto o pacto antenupcial regula o casamento, o contrato de convivência é projetado para lidar com as particularidades das uniões estáveis (Nahas, 2023, p. 364).

8 Lei nº 6.015/1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 26 de set. de 2024.

Além disso, diferentemente do pacto antenupcial, que é um ato formal e deve ser lavrado por escritura pública, o contrato de convivência não exige formalidades rígidas nem registro para sua validade (Cardoso, 2024, p. 73), sendo a forma escrita a única solenidade necessária (Nahas, 2023, p. 360).

Não obstante sua simplicidade formal, esse contrato é uma ferramenta fundamental para garantir segurança jurídica às partes envolvidas, ao regulamentar aspectos essenciais da convivência, como o regime de bens, a administração patrimonial e outros acordos, evitando potenciais litígios futuros (Nahas, 2023, p. 352).

O contrato de convivência não só formaliza a união estável, mas também define claramente os parâmetros que regem a relação, como o início da união, o regime de bens adotado e as responsabilidades de cada convivente. Esse documento pode prever, entre outras coisas, a gestão de bens comuns e particulares, e a forma de administração desses bens — questões que frequentemente geram conflitos quando não estão devidamente regulamentadas (Costruba, 2020, n.p.).

Embora os contratos de convivência ainda sejam menos utilizados em comparação aos pactos antenupciais, há uma crescente valorização desses instrumentos nas uniões estáveis, especialmente para evitar conflitos patrimoniais, e regular, principalmente, a data de início da convivência de forma equilibrada e segura. Dessa forma, o contrato convivencial não apenas formaliza a união, mas também fortalece a autonomia dos conviventes na definição de regras que orientem sua relação. Ao formalizarem suas expectativas e responsabilidades, os conviventes previnem potenciais conflitos futuros e asseguram uma convivência harmônica, regulada de forma justa e dentro dos parâmetros legais (Dantas, 2020, n.p.).

Em síntese, o contrato de convivência é um instrumento valioso para aqueles que buscam personalizar e formalizar sua união estável, oferecendo proteção jurídica às partes envolvidas e estabelecendo regras claras tanto para o período da convivência quanto para eventuais cenários de dissolução (Nahas, 2023, p. 364-366).

Assim como o pacto antenupcial e o contrato de convivência são instrumentos utilizados no início da relação para formalizar expectativas e responsabilidades, há também mecanismos jurídicos que podem ser adotados durante a vigência do relacionamento. O pacto pós-nupcial e os contratos intramatrimoniais, por exemplo, oferecem aos casais a flexibilidade de ajustar questões patrimoniais e outros aspectos da convivência ao longo da vida conjugal, atendendo a uma variedade de fins (Carvalho, 2023, p. 53).

Os pactos pós-nupciais são acordos celebrados após a formalização do casamento, permitindo que os cônjuges ajustem ou modifiquem o regime de bens que rege a relação. Conforme destacado por Ana Lúcia Tolentino (2022, n.p.), a legislação brasileira exige autorização judicial para que o regime de bens seja alterado nos termos do art. 1639, parágrafo 2º, do Código Civil, o que garante que a mudança seja válida e resguardada pelo crivo judicial. Esse controle jurisdicional busca assegurar que o acordo entre os cônjuges não seja motivado por fraude ou resulte em prejuízo para uma das partes (Figueiredo, 2024, p. 183).

Esses pactos são especialmente relevantes em situações em que as circunstâncias econômicas ou pessoais dos cônjuges mudam substancialmente após o casamento. Por exemplo, um casal que inicialmente optou pelo regime de separação total de bens pode, anos depois, decidir que o regime de comunhão parcial seria mais adequado à sua realidade atual, em função de uma mudança nas finanças ou nas expectativas do relacionamento. O pacto pós-nupcial, nesse caso, permite essa transição de forma clara e juridicamente segura, evitando conflitos futuros (Bonilha, 2021, n.p.).

Além disso, esses pactos podem incluir cláusulas personalizadas que vão além da mera alteração do regime de bens, abordando questões patrimoniais e pessoais específicas, como a administração de negócios familiares, a destinação de bens adquiridos durante o casamento ou até mesmo cláusulas sobre o uso de propriedades comuns (Carvalho, 2023, p. 52). Ao estabelecer essas regras, os cônjuges ganham flexibilidade e clareza, prevenindo disputas e incertezas no futuro, especialmente em casos de separação ou falecimento de um dos cônjuges (Ferreira, p. 2024, p. 67).

O desenvolvimento dos pactos pós-nupciais é um reflexo da modernização do Direito de Família, que busca respeitar a autonomia privada dos cônjuges ao mesmo tempo em que assegura a proteção dos direitos de ambos. Como observa Natália Bonilha (2021, n.p.), esses pactos podem ser uma maneira eficaz de ajustar as expectativas e garantir que os interesses dos cônjuges estejam devidamente representados no curso da vida conjugal.

Por outro lado, os contratos intramatrimoniais oferecem uma estrutura contratual ainda mais ampla, pois possibilitam aos cônjuges e conviventes firmarem acordos específicos durante a vigência do casamento, sem necessariamente alterar o regime de bens e se diferenciam dos pactos pré e pós nupciais justamente quando se fala em questões ligadas à publicidade e formalidade do ato (Marzagão, 2023, p. 72).

Os contratos intramatrimoniais ou paraconjugais, nomenclatura utilizada de forma original por Silvia Felipe Marzagão, possibilitam ajustem da conjugalidade sem a necessária burocracia e formalidades exigidas pelos pactos (2023, p. 72-73). Como destaca Aryane Costruba (2020, n.p.), esses contratos podem incluir disposições sobre a gestão patrimonial conjunta, direitos sucessórios, e até mesmo questões do cotidiano conjugal, como a educação dos filhos e a administração das despesas domésticas.

Diferentemente dos pactos antenupciais ou pós-nupciais, que focam mais no regime de bens e questões de cunho patrimonial, os contratos intramatrimoniais são caracterizados por uma flexibilidade maior, por abordarem aspectos que vão além das questões patrimoniais (Marzagão, 2023, p. 73-74).

Esses contratos são uma forma de assegurar a clareza e a previsibilidade das obrigações e direitos dos cônjuges dentro do casamento, inclusive, ajustes provisórios e mudanças de rota do relacionamento que não impactem o que foi modulado nos pactos pré ou pós nupciais. Além disso, são instrumentos que garantem maior transparência, algo crucial em relacionamentos onde as finanças ou o patrimônio desempenham um papel importante. Costruba (2022, n.p) argumenta que, ao formalizarem

esses termos, os cônjuges podem minimizar desentendimentos e proteger seus interesses, criando uma dinâmica conjugal mais harmônica.

Vale mencionar que os contratos intramatrimoniais não podem, por óbvio, alterar o regime de bens que vigora na relação, por causa da imposição feita pelo art. 1.639, §2º do Código Civil, ou alterar cláusulas do pacto antenupcial ou pós-nupcial (Marzagão, 2023, p. 73)

Embora esses instrumentos contratuais ofereçam uma ampla margem de manobra para os cônjuges, é fundamental lembrar que tanto os pactos pós-nupciais quanto os contratos intramatrimoniais estão sujeitos a certos limites legais. Conforme apontado por Rodrigo da Costa Dantas (2020, p. 45), a legislação brasileira impõe restrições claras para evitar que a autonomia privada dos cônjuges viole os princípios fundamentais do Direito de Família, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e o respeito aos direitos indisponíveis (Carvalho, 2023, p. 56).

Além disso, qualquer disposição contratual que venha a prejudicar o cônjuge economicamente mais vulnerável ou que viole os interesses dos filhos do casal pode ser anulada judicialmente (Carvalho, 2023, p. 57). Assim, embora os contratos intramatrimoniais e os pactos pós-nupciais proporcionem flexibilidade, eles devem sempre respeitar as normas de ordem pública e os limites impostos pela legislação vigente.

O Direito de Família no Brasil está em constante evolução, e busca acompanhar as transformações nas dinâmicas familiares e refletir as mudanças nas relações afetivas contemporâneas. Nesse sentir, o Anteprojeto de Reforma do Código Civil se destaca como um marco nessa trajetória ao enfatizar a contratualização das relações familiares, proporcionando maior autonomia aos indivíduos para regular suas relações de acordo com suas próprias necessidades e preferências. Com a reforma, os membros da família poderão ajustar suas relações patrimoniais e afetivas de forma mais flexível e personalizada. Um exemplo disso é a introdução da *sunset clause*, prevista no artigo 1.653-B do anteprojeto (Gagliano, 2024, n.p.).

Essa cláusula, também conhecida como "cláusula do pôr-do-sol", permite que os cônjuges façam um teste do regime de bens durante um

período específico, ao final do qual o regime escolhido pode ser alterado. Nesse caso, os parceiros podem estabelecer que, durante os primeiros cinco anos do relacionamento, por exemplo, será adotado o regime de separação de bens, e, após esse período, o regime será convertido automaticamente para comunhão parcial de bens (Gagliano, 2024, n.p.).

Esse mecanismo confere flexibilidade ao casal para adaptar o regime patrimonial à realidade de cada fase da vida conjugal, garantindo maior segurança jurídica e proteção patrimonial (Gagliano, 2024, n.p.). A liberdade contratual também é expandida pelo artigo 1.639 do anteprojeto, que permite a livre estipulação de bens e interesses antes ou após o casamento ou a união estável (Nahas, 2024, n.p.).

Isso significa que os cônjuges ou conviventes podem ajustar contratos que regulem questões patrimoniais, desde que respeitem os limites legais e os princípios constitucionais que norteiam o Direito de Família. Essa liberdade está em conformidade com o Enunciado 635, da VIII Jornada de Direito Civil, que estabelece que os contratos familiares podem incluir cláusulas existenciais, desde que essas cláusulas respeitem a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os cônjuges e a solidariedade familiar (Nahas, 2024, n.p.).

A reforma propõe uma estrutura jurídica mais personalizada e flexível, que se adapta às particularidades de cada relação, sem a necessidade de seguir um modelo único ou pré-estabelecido. A ampliação da autonomia privada nas relações familiares confere aos indivíduos a capacidade de delinear seus próprios vínculos afetivos e patrimoniais, conforme seus valores e interesses.

## 5 CONCLUSÃO

A evolução do Direito de Família no Brasil reflete as transformações sociais e culturais das últimas décadas, reconhecendo a diversidade e pluralidade das estruturas familiares contemporâneas. O movimento

em direção a um Direito de Família Mínimo, com menor intervenção estatal, marca o fortalecimento da autonomia privada nas relações afetivas.

Esse cenário permite que indivíduos e casais moldem suas relações de acordo com seus valores, expectativas e necessidades pessoais. Nesse contexto, os contratos afetivos – como pactos antenupciais, contratos de convivência, pactos pós-nupciais e contratos intramatrimoniais – surgem como instrumentos jurídicos que oferecem flexibilidade e segurança aos envolvidos.

A contratualização das relações familiares reforça a ideia de que o Direito de Família não deve ser uma imposição rígida, mas sim um campo aberto à personalização. Assim, os indivíduos podem definir os termos de sua convivência de acordo com suas particularidades, respeitando os limites legais. A possibilidade de incluir cláusulas existenciais, processuais e patrimoniais amplia o alcance da autonomia privada, permitindo que os casais ajustem suas vidas afetivas e patrimoniais conforme suas próprias concepções e fases da vida.

Apesar dessa liberdade, é essencial reconhecer que a autonomia não é absoluta. O Estado, mesmo sob o paradigma de intervenção mínima, ainda desempenha um papel crucial na proteção de direitos indisponíveis, especialmente em situações que envolvem vulnerabilidades, como o interesse de crianças, adolescentes e pessoas economicamente mais frágeis.

A garantia da dignidade humana e a proteção de direitos fundamentais continuam sendo pilares do ordenamento jurídico brasileiro, limitando a liberdade contratual para evitar desequilíbrios nas relações e garantir a proteção de direitos essenciais.

As novas configurações familiares, marcadas por maior individualidade e personalização, mostram que a família contemporânea se tornou um espaço de realização pessoal. Os indivíduos buscam, por meio de acordos privados, equilibrar suas expectativas de afeto e patrimônio. A contratualização reflete essa mudança, concedendo aos casais a liberdade de construir suas relações de maneira mais justa e adequada às suas necessidades, sem depender de um modelo tradicional de família.

Em conclusão, o avanço de um Direito de Família mínimo, que privilegia a autonomia privada, acompanha as demandas de uma sociedade plural e em constante transformação. Esse modelo de Direito valoriza a liberdade individual na constituição das relações afetivas, enquanto preserva os limites necessários para garantir justiça, equidade e a proteção dos mais vulneráveis. Portanto, a contratualização das relações familiares é uma ferramenta essencial para respeitar a diversidade e a complexidade das novas formas de família, assegurando a dignidade e a autonomia de todos os seus membros.

## REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Algumas reflexões sobre o planejamento sucessório: a escolha de algumas veredas pode não levar à terra prometida. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. t. 2., p. 369.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **A (des)necessária intervenção do Estado na autonomia familiar**. Civilística, 2021. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/473. Acesso em 09 set. 2024.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA, Vitor. Contratualização das famílias e inexecução dos pactos antenupciais: admissibilidade e limites de cláusula penal. *In*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (org.). **Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, v. 2.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Famílias, pluralidade e felicidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord.). **Família: pluralidade e felicidade**. Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 15-33.

BONILHA, Natália. **Os benefícios dos pactos pré e pós-nupcial**. Disponível em: https://shre.ink/b5dU. Acesso em: 01 out. 2024.

CALMON, Rafael. Vivendo juntos, separadamente (os relacionamentos LAT - Living Apart Together). **Ponto de vista: literatura jurídica artesanal**. Disponí-

vel em: https://www.wattpad.com/1136032807-ponto-de-vista-literatura-jur%-C3%ADdica-artesanal. Acesso em: 24 set. 2024.

CARDOSO, Francielle Dolbert Camargo. **Planejamento Matrimonial**. São Paulo: Dialética, 2024.

CARVALHO, Dimitre Braga Soares Carvalho. Minha família, minhas regras: da família contratual aos *smartcontracts* de Direito de Família. **IBDFAM**, 2022. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1809/Minha+fam%C3%ADlia%-2C+minhas+regras%3A+da+fam%C3%ADlia+contratual+aos+smartcontract-s+de+Direito+de+Fam%C3%ADlia. Acesso em 09 set. 2024.

CARVALHO, Dimitri Braga Soares de. Contratos Familiares: cada família pode criar seu próprio direito de família**.** *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares.** 3.ed. Indaiatuba: Foco, 2023, E-book edição Kindle.

CARVALHO, Dimitri Braga Soares de. **A Crise do Direito de Família Codificado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2019.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.

COSTRUBA, Aryane. **As famílias e a possibilidade de estabelecer regras por meio de contratos.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/332516/as-familias-e-a-possibilidade-de-estabelecer-regras-por-meio-de--contratos. Acesso em: 24 set. 2024.

DANTAS, Rodrigo da Costa. **Limites à pactuação entre os cônjuges**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n. 37, p. 35-55, jul./ago. 2020.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 9. Ed. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Cristiana Gomes. **Pacto Antenupcial Obrigatório**. Londrina: Thoth, 2024.

FIGUEIREDO, Luciano. **Pacto Antenupcial: limites da customização matrimonial**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Juspodivm, 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A cláusula do pôr-do-sol (Sunset Clause) no Direito de Família**. Disponível em: https://shre.ink/b5WZ. Acesso em: 30 set. 2024.

IANNOTTI, Carolina de Castro. Natureza Jurídica do Pacto Antenupcial do Casamento no Direito Brasileiro**.** *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares**. 3.ed. Indaiatuba: Foco, 2023, E-book edição Kindle.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Contratos v. 3. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 18.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo. (org.) **Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional.** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Contratos no Ambiente Familiar. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). **Contratos, famílias e sucessões: diálogos interdisciplinares**. 3.ed. Indaiatuba: Foco, 2023, E-book edição Kindle.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Contratos Paraconjugais: a modulação da conjugalidade por contrato.** São Paulo: Foco, 2023.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações.** São Paulo: Foco, 2021, p. 33-34.

MONTEIRO, Juliano Ralo; SANTOS, Camila Bertoni Carneiro dos. Notas Sobre a Contratualização do Direito de Família. *In*: DELGADO, Mário Luiz [coord.].

TARTUCE, Fernanda [coord.]. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. V. 1 (jul./ago.2014) – Porto Alegre: Lex Magister, 2014.

NAHAS, Luciana. Contrato de Convivência. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira. **Novos temas em família e sucessões**. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2023.

NAHAS. **Pactos conjugais e convivenciais e o anteprojeto de revisão do Código Civil.** Disponível em: https://shre.ink/b5WC. Acesso em: 01 out. 2024.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno.** Curitiba: Juruá, 2008.

NAMUR, Samir. **Autonomia privada para a constituição da família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p, 43-44.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil. *In:* RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.** Florianópolis: Conceito Jurídico, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Familia Mínimo na Prática Jurídica.** São Paulo: Juspodivm 2023.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v.16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia Privada e a Flexibilização dos Pactos Sucessórios no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do Planejamento Sucessório**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TOLENTINO, Ana Lúcia Pereira. **Pactos pré e pós-nupcial**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/358358/pactos-pre-e-pos-nupcial. Acesso em: 25 set. 2024.

# DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE: ASPECTOS LEGAIS E BIOÉTICOS PARA ASSEGURAR A DIGNIDADE HUMANA E EVITAR CONFLITOS FAMILIARES

Edenise Andrade da Silva[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal tem como objetivo principal garantir a efetivação dos direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros, destacando-se entre seus preceitos o direito à vida, conforme se observa da leitura do art. 5º, em conjunto com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III. Daí compreende-se que, todo o ordenamento jurídico brasileiro precisa estar em sintonia com estes mandamentos.

Quanto ao direito à vida, entretanto, observa-se que não se tem uma referência legal quanto a sua extensão, portanto, também não há referência expressa a um direito de morrer, fato que inevitavelmente virá ocorrer. Neste contexto da vida humana, e tendo em vista a sua finitude, ainda que não haja tempo determinado para que isso ocorra, é que surge o problema a ser investigado neste trabalho, formulando-se o seguinte questionamento: à luz da garantia dos direitos fundamentais e

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos dos Animais (GPDA/UFSM) e do Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal", vinculado ao PPGD da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: edenise.andrade@acad.ufsm.br

do princípio da dignidade da pessoa humana, subsiste um direito fundamental de morrer capaz de evitar disputas familiares e judiciais?

Observa-se que tal debate costuma ser comum em países como Estados Unidos, Itália e Espanha, por exemplo, em que se tem utilizado o Testamento Vital (também conhecido como declaração antecipada de vontade – DAV), como forma legal de conferir dignidade à pessoa no momento da morte, pois a pacientes portadores de doenças em estágio avançado é alcançada a opção de não serem submetidos a tratamentos médicos dolorosos que comprovadamente não trarão a cura da enfermidade, retardando apenas o evento morte. Dessa maneira, quando a vontade do paciente é externada livre de vícios e de forma consciente, não cabe ao Estado prescrever ao cidadão nenhum tratamento para obrigá-lo permanecer vivo.

Diante desses apontamentos, o objetivo principal desta investigação é verificar as disposições contidas na Resolução do Conselho Federal de Medida sob o nº 1.995/2012 que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, assim como as tratativas elaboradas no anteprojeto de reforma do Código Civil, com vistas a analisar o tratamento jurídico dispensado na forma de testamento vital para pessoas que se encontrem em fase terminal de vida (estado vegetativo). Além disso, investiga-se como este tipo de declaração pode contribuir para redução de conflitos familiares, e como pode evitar que divergências sobre tratamentos de saúde do paciente cheguem até o poder judiciário. Para ilustrar as controvérsias a respeito da temática, toma-se como paradigma o conhecido caso Karen Ann Quinlan, que embora ocorrido na década de 70, ainda traz importantes reflexões acerca da temática discutida, sobretudo no que diz respeito a (in)existência de suporte legal para ocorrer no Brasil.

Ainda que seja um tanto delicado tratar sobre a questão da morte, a despeito da laicidade estatal, e de valores ético-religiosos que estão fixados na sociedade brasileira, os quais contribuem sobremaneira à criação de tabus em relação a permissividade das diretivas antecipadas de vontade, a situação experienciada pela família, e pela própria Karen Ann Quinlan é bastante comum. Em razão disso, se chama a atenção para o fato de que

tais situações não ocorrem somente nos ambientes hospitalares, mas também são casos que podem se tornar objeto de demandas judiciais. Assim, considerando o atual momento de discussão e revisão da legislação civilista brasileira, com proposta de inserção de três parágrafos no artigo quinze, os quais abordam explicitamente a possibilidade do uso via instrumento público das Declarações Antecipadas de Vontade (DAV), a discussão proposta encontra justificativa na necessidade de ampliar o debate e tratar do assunto de forma aprofundada, esclarecendo os cidadãos sobre a possibilidade de estender o direito fundamental à vida ao momento da morte.

Ademais, faz-se necessário estudar este tema face às lacunas até então existentes, pois caso não aprovadas as propostas de reforma, permanecerão apenas as orientações da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho de Medicina, e da mesma forma, as controvérsias pertencentes ao senso comum no que tange as decisões relativas ao término da vida.

Para atingir os objetivos, foi empregada a abordagem indutiva, pois a partir da observação do caso americano Karen Ann Quinlan é que se busca compreender o entrelaçamento entre os preceitos da bioética, do biodireito e dos diretos de personalidade e os reflexos dessas conexões em relação a possibilidade de elaboração das diretivas antecipadas de vontade. Como método de procedimento foi eleito o monográfico, e a técnica de pesquisa foi a documental e bibliográfica, estruturando-se o artigo em duas partes. Na primeira seção serão trazidos conceitos atrelados à bioética, biodireito, e aos direitos de personalidade, para tratar da autonomia de vontade em casos envolvendo pacientes terminais, considerados em estágio vegetativo, além de versar sobre a titularidade para decidir sobre a vida dessas pessoas. Já a segunda parte, toma-se como modelo o caso Karen Ann Quinlan, apresentando-o, para na sequência discutir a possibilidade de estruturação do Testamento Vital no Brasil, considerando a proposta de emenda nº 18 ao artigo 15 do Código Civil, conforme anteprojeto de reforma e atualização da lei civilista brasileira. Espera-se com isso contribuir com o debate que visa propiciar aos interessados o direito de decidir de forma antecipada questões relacionadas

ao fim de vida, em respeito ao direito de personalidade, aos direitos fundamentais, e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2 DECLARAÇÕES ANTECIPADAS DE VONTADE E AS CONEXÕES COM O BIODIREITO

Considerando que o tema desta pesquisa aborda questões sensíveis, relacionadas à saúde e ao fim da vida, em que se encontram envolvidos a família, médicos e paciente, assim como princípios éticos, bioéticos, religiosos e jurídicos, torna-se indispensáveis compreender os conceitos básicos que irão orientar essa relação. Da mesma forma, importa compreender o tratamento dispensado pela legislação brasileira acerca da autonomia de vontade em casos envolvendo pacientes terminais e em caso de vida vegetativa. Em razão disso essas questões serão melhor estudadas nos tópicos a seguir.

### 2.1 Princípios norteadores da bioética e do biodireito

O avanço das técnicas científicas e dos equipamentos médicos tem revolucionado a forma como a medicina é praticada, proporcionando diagnósticos mais precisos, tratamentos mais eficazes e uma maior expectativa de vida para as pessoas. Esses progressos são resultado de inovações em várias áreas, incluindo a biotecnologia, a engenharia biomédica e a informática, que juntas criaram paradigmas na saúde. Dessa forma, novas doenças e novos tratamentos no campo da medicina foram descobertos, trazendo além das benesses a preocupação com o bem-estar dos indivíduos.

Nesse contexto, a partir do século XX, a relação entre médico e paciente passou a ocupar o centro das discussões entre estudiosos da época, que começaram a estudar os padrões éticos envolvendo o tema. Foi então em 1971, a partir da obra *Bioethics: a Bridge to the Future*, de Van Rensselaer Potter, que surge o termo bioética que de maneira literal significa "vida ética". Conforme o referido autor, trata-se de um campo

do conhecimento que tem como característica a interdisciplinaridade (Potter *apud* Soares; Piñeiro, 2002, p. 16), pois alia conhecimentos das Ciências Biológicas, da Ciências da Saúde, da Filosofia (Ética), e do direito, vez que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental.

De maneira, em que pese as divergências doutrinárias, tem-se que a bioética é um campo de estudo relativamente jovem, mas que já passou por fases distintas até chegar ao momento atual. De acordo com Soares e Piñeiro (2002, p. 19), a primeira fase ocorreu entre 1960 e 1977, momento em que começaram a surgir "os primeiros grupos de médicos e cientistas preocupados com os novos avanços científicos e tecnológicos". Já a segunda, começou em 1978 e terminou em 1997, período em que ocorreu a primeira fecundação *in vitro* realizada com sucesso, o que contribuiu para que surgissem grupos, associações e comitês de ética e biomédica. Por fim, a partir de 1998, com a clonagem de animais e descoberta do genoma humano, tem-se o terceiro estágio de desenvolvimento da bioética, vigente até os dias atuais. Este campo de estudo tem por base três critérios principiológicos, denominados de trindade bioética: princípio da beneficência, princípio da autonomia e princípio da justiça (Fabriz, 2003, p. 106).

A primeira dessas premissas deriva do termo em latim *facere* (fazer o bem), e está relacionada ao bem-estar do paciente, que deve sempre estar em primeiro lugar quando for objeto de estudo ou estiver em tratamento médico. Conforme Fabriz (2003, p. 108) este deve ser o princípio base, que deve guiar

> [...] uma normatização jurídica, a fim de que possa ser compreendido em situações específicas, preceituando e assegurando os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa, aos médicos e pacientes, bem como ao Estado.

Enquanto isso, a autonomia (autos, eu; nomos, lei), traz a consideração de que todo sujeito é detentor de responsabilidade em relação a seus atos, tendo poder de escolha sobre atos e desejos. Fabriz (2003, p.

109) trata esse princípio também como princípio democrático, "no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo devem constar como fatores preponderantes, visto que tais elementos ligam-se diretamente ao princípio da dignidade humana." Com isso, tem-se que os profissionais de saúde devem tentar ao máximo respeitar a autonomia de vontade dos pacientes, não lhes obrigando a submeterem-se a tratamento ou técnicas que não desejem. Por fim, com o princípio da justiça tem-se a imposição de igualitária e universal distribuição de bens e serviços (Negreiros, 2011), o que conduz a conclusão de que está intimamente ligado ao princípio da beneficência, já que ambos visam o bem-estar dos indivíduos.

Nesta trilhar, inegável a importância do biodireito, uma vez que esse surge com a função de orientar a bioética em questões que divergem ou ainda não são pacíficas no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Diniz (2001, p. 8) biodireito pode ser compreendido como:

> A ciência jurídica que estuda as normas jurídicas aplicáveis à bioética e à biogenética, tendo a vida como objeto principal, não podendo a verdade científica sobrepor-se à ética e ao direito nem sequer acobertar, a pretexto do progresso científico, crimes contra a dignidade humana nem estabelecer os destinos da humanidade.

Nessa circunstância, revela-se imprescindível para o operador do direito entender essas noções que o biodireito traz, tendo em vista que o tema do testamento vital envolve aspectos de ordem ética, social e jurídica, com reflexos individuais e coletivos relacionados ao fim da vida, sob pena de violar princípios constitucionais fundamentais. Em suma, a bioética precisa constituir-se em ponte para o biodireito com vistas a estabelecer uma atuação humana que privilegie a autonomia privada das decisões, sem violar disposições expressas em lei.

## 2.2 A autonomia de vontade no anteprojeto de reforma do código civil e os casos de pacientes terminais e em caso de vida vegetativa

Conforme já referido um dos princípios norteadores da bioética é o da autonomia, ou seja, enquanto durar a relação entre médico e paciente é necessário que aquele respeite e, sempre que possível, atenda aos atos de vontade desse. Ocorre que quando se está diante de pacientes em plenas condições de exercício de atos da vida civil, não há problemas com relação a quais vontades devem prevalecer, já que ele se encontra lúcido e apto a expressar seus desejos no que diz respeito a quais tratamentos quer ou não ser submetido. Os dilemas surgem quando se trata de pacientes em estado vegetativo, isto é, que não mais possuem capacidade de decidir e expressar suas vontades.

Diante disso, surge uma problemática que envolve a família e os médicos responsáveis pela saúde e cuidados do paciente que se encontra neste estado de saúde, pois para tomada de medidas referentes ao tratamento a ser dispensado exige que se saiba expressamente qual a vontade e qual a autonomia da vontade inerente à pessoa do paciente naquilo que ele manifesta. É, pois, neste contexto que se apresenta a possibilidade de uso das declarações antecipadas de vontade (DAVs), para que casos de vida em estágio vegetativo, sem possibilidade comprovada de melhora, possam ser dirimidos, pois o paciente terá oportunidade de externar sua vontade antes que este quadro venha se perfectibilizar.

Como ver-se-á posteriormente, atualmente, em vários países o testamento vital é utilizado e autorizado para os casos de pacientes terminais, de modo a facilitar a administração dos procedimentos de saúde para aqueles que o tenham firmado. Entretanto, no Brasil parece haver uma omissão da legislação cível quanto a possibilidade de utilização deste instrumento tanto para casos de pacientes terminais, quanto aqueles casos em que a pessoa se encontra em um quadro de vida vegetativa (Dadaklto, 2008). Logo, indispensável que se faça a distinção entre pacientes terminais e pacientes em estado vegetativo.

Primeiramente, no tocante aos pacientes terminais destaca-se que não existe um conceito único e determinado sobre o assunto. Para Knobel e Silva (2004, p. 133), "paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo", ou como na concepção de Gutierrez (2001, p. 28-29) é a pessoa que não possui mais chance de recuperação, sendo a morte um fato inevitável. Assim, pode-se entender que pacientes terminais são aqueles que, por serem portadores de sérios problemas de saúde, não tem chance de cura e, portanto, não conseguirão manter-se vivos, sendo a morte apenas uma questão de tempo. Neste sentido, Luciana Dadalto (2015, p. 31), ressalta a complexidade da noção de tempo e das condições do paciente em sua terminalidade de vida, o que o faz dividir o conceito de paciente terminal sob duas perspectivas: a do paciente terminal consciente, e do paciente terminal inconsciente. Conforme a autora,

> A primeira é uma situação mais confortável para os médicos, vez que o paciente assume a condição de sujeito completamente autônomo. Em contrapartida, quando o paciente terminal estiver inconsciente, sua autonomia estará reduzida, razão pela qual os médicos devem se valer dos desejos anteriormente expressados pelo paciente, por meio do testamento vital, ou, quando este documento não existir, da autonomia da família e de sua própria autonomia a fim de decidir em face do melhor interesse do paciente [...] (Dadalto, 2015, p. 31).

Quanto aos pacientes tidos em estado vegetativo permanente, além de não possuírem nenhuma perspectiva de recuperação, vivem "como vegetais" (Dadalto, 2015, p. 32), pois não têm consciência do que acontece ao seu redor, assim como não interagem com nada e ninguém. Como se pode notar, independente da divisão conceitual, a declaração de vontade do paciente mostra-se de suma importância para os rumos a serem tomados em relação ao tratamento desta pessoa, garantindo para além do respeito aos direitos da personalidade, que seja observado o

princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, é capaz de oferecer à família um caminho quando, por motivo de saúde, a pessoa enferma não tiver mais condições de tomar decisões sobre tratamentos a serem dispensados a si mesmo.

Assim, com base nesta diferenciação feita por Dadalto que o presente trabalho é construído, pois acredita-se ser possível estender a possibilidade de elaboração do testamento vital a tais pacientes (os em estado vegetativo), nos mesmos moldes que muitos países adotam para pacientes em fase terminal de vida. De acordo com o estudo sobre estado vegetativo permanente (The Multi-Society Task Force On Pvs *apud* Dadalto, 2015, p. 32), nessa condição clínica o paciente não possui nenhum tipo de consciência, embora preserve de maneira parcial suas funções hipotalâmicas e do tronco cerebral. Além disso, referida pesquisa apresenta critérios para que determinado paciente possa ser enquadrado como paciente em estado vegetativo permanente, são eles:

> Total ausência de consciência do eu ou do ambiente circundante; a impossibilidade de interação com o próximo; a ausência de respostas sustentadas, reprodutíveis, intencionais e voluntárias a estímulos visuais, auditivos, tácteis ou nóxios; a ausência de compreensão ou expressão verbais, vigília intermitente, ciclos de sono-vigília, preservação das funções hipotalâmicas e autonômicas suficientes para sobrevivência.

Dessa forma, o estudo acima citado parece estar conforme o entendimento de Luciana Dadalto (2015, p. 34), no qual embora o paciente em estado vegetativo preserve o mínimo de vida biológica, capaz de perdurar por vários anos, ele se encontra no grupo dos pacientes terminais, vez que não resta outro caminho senão a morte.

Em razão disso, entende-se como fundamental ter como princípio norteador dessas situações a autonomia privada de vontade de pacientes que se encontrem estado vegetativo, pois é ele que assegurará o respeito às disposições antecipadas de vontade no tocante aos procedimentos

médicos a que desejam ou não ser submetidos, independentemente da família e dos médicos concordarem. Dessa maneira, diante da lacuna legislativa apta a tutelar essas situações, a proposta apresentada no anteprojeto de atualização e reforma do Código Civil, com o acréscimo de três parágrafos ao artigo 15, trará luz sobre a controvérsia. Veja-se a redação dada:

> Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.
> § 1º É assegurada à pessoa natural a elaboração de diretivas antecipadas de vontade, indicando o tratamento que deseje ou não realizar, em momento futuro de incapacidade;
> § 2° Também é assegurada a indicação de representante para a tomada de decisões a respeito de sua saúde, desde que formalizada em prontuário médico, instrumento público ou particular, datados e assinados, com eficácia de cinco anos;
> § 3° A recusa válida a tratamento específico não exime o profissional de saúde da responsabilidade de continuar a prestar a melhor assistência possível ao paciente, nas condições em que ele se encontre ao exercer o direito de recusa (Brasil, 2024).

Conforme sabido, a Lei nº 10.406/2002, se limitava a mencionar que ninguém poderia ser constrangido a ser submetido, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, porém isso não bastava, já que geralmente o dilema se dá quando o paciente está em fase terminal inconsciente, ou quando se encontra em estado vegetativo, sem nenhuma possibilidade de externar as diretivas de vontade. Na justificativa da Emenda nº 18, proposta pelo jurista José Fernando Simão, é reconhecida a necessidade de inclusão da utilização de instrumento público nas DAVs (Brasil, 2024), pois isso trará maior segurança às declarações realizadas. Isso demonstra a preocupação do legislador a fim de conferir efetividade a este tipo de escritura, posto que se trata de instrumento capaz de assegurar a autonomia de vontade dos indivíduos, além de fomentar a segurança e a dignidade de pacientes em situações de incapacidade.

Na hipótese de não aprovação da emenda nº 18, restará o entendimento já consolidado via Resolução CFM nº 1.995/2012, que em seu art. 1º define as diretivas antecipadas de vontade como "o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber quando estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade." Outrossim, nos casos em que o paciente estiver incapaz e não puder comunicar-se, o médico deverá levar em consideração suas diretivas antecipadas de vontade, segundo art. 2º, da referida Resolução (Conselho Federal De Medicina, 2012). Ainda, de acordo com a previsão do § 2º desse mesmo dispositivo da resolução, o único caso em que a autonomia de vontade não será respeitada pelos médicos, é na hipótese das diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante serem contrárias as orientações dispostas no Código de Ética Médica. Isso porque ninguém pode ser obrigado a fazer algo que seja contrário à lei ou vá contra a conduta ética de sua profissão (Conselho Federal de Medicina, 2012).

Deste modo, por meio do Testamento Vital firmado em cartório, conforme proposta de inserção apresentada no anteprojeto de atualização do Código Civil (Brasil, 2024), ficará assegurada a declaração de autonomia de vontade do paciente terminal em estado vegetativo, pois a mesma é manifestada previamente.

Frente a isso, ainda que de forma incipiente, verifica-se que a tendência do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange as declarações de vontade relacionadas à morte, é de preservar o desejo do paciente que previamente definiu diretivas antecipadas de vontade sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

## 2.3 Responsabilidade, legitimidade e decisão sobre a vida vegetativa

Nos casos em que o paciente em situação de final de vida encontra-se em estado de inconsciência porque não tem condições de manifestar

sua vontade livre e consciente, abre-se a prerrogativa de decisão do responsável legal. Este terceiro pode ser a figura paterna e materna, os descendentes ou mesmo o cônjuge, dependendo do caso. E é para evitar transferir essa responsabilidade para terceiros e/ou evitar conflitos de desejos entre médico, paciente e seus familiares que surgem as diretivas antecipadas de vontade que nada mais é do que "um documento escrito por um ser humano capaz que tem por objetivo dispor sobre tratamentos em geral que por ventura ele venha a se submeter" (Dadalto, 2008, p. 518).

De acordo com a literatura, as diretivas antecipadas de vontade podem ocorrer de duas formas, quais sejam, testamento vital e mandado duradouro. Conforme Borges (2007, p. 240), chama-se testamento vital "o documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não-tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade." Já no mandado duradouro, o paciente enquanto está capaz, gozando plenamente de suas faculdades mentais, redige um documento no qual "nomeia" uma pessoa para tomar decisões em seu nome, quando não mais poderá expressar sua vontade (Naves; Rezende *apud* Dadalto, 2008, p. 518).

A inserção do parágrafo segundo ao artigo 15, conforme proposta apresentada pela comissão de juristas responsáveis pela atualização da legislação cível, parece resolver essa questão, pois restará expressa a possibilidade de o indivíduo indicar representante para tomada de decisão quanto à sua saúde, o que poderá se concretizar tanto via prontuário médico, como também por intermédio de instrumento público ou particular. Referida atualização vai ao encontro daquilo que Dadalto (2013, p. 64), define como garantia ao paciente de que sua vontade será respeitada ao tempo da terminalidade da vida. Inclusive, tal disposição proporcionará ao médico um respaldo legal para a tomada de decisões em situação que venha confrontar com a vontade da família.

Dessa forma, ainda que os familiares não concordem, se o paciente tiver feito via instrumento púbico, ou privado, um testamento vital, o conteúdo expresso deverá prevalecer, pois tal declaração terá capacidade

de produzir efeito "*erga omnes*, vinculando médicos, parentes do paciente, e eventual procurador de saúde" (Dadalto, 2013, p. 64). Em casos especiais, para evitar um eventual descumprimento do Código de Ética Médica, em não havendo nada escrito previamente quanto ao tratamento que o paciente em estado vegetativo deseja receber, os médicos utilizam equipamentos para manutenção da vida, embora seja já uma vida vegetativa. Diferentemente seria se o paciente houvesse firmado diretiva antecipada de vontade através do testamento vital, pois bastaria segui-la, evitando o desgaste emocional do médico e dos familiares envolvidos.

Atualmente, observa-se que nos casos em que não há diretiva sobre o tratamento a ser dado aos pacientes, estando os mesmos em estado de inconsciência, os responsáveis legais têm buscado autorização judicial para suspender tratamentos extraordinários. Entre os casos que merecem destaque, pela repercussão mundial que tiveram, em décadas tem-se o da americana Terri Schiavo e o da bebê britânica Indi Gregory. A primeira, permaneceu em estado vegetativo pelo período de 15 anos, tendo sido travada uma batalha judicial entre o esposo e os pais, já que o marido afirmava que não era o desejo de Terri ser mantida viva com emprego de meios artificiais, ao passo que os genitores acreditavam que um dia a filha pudesse sair da situação na qual se encontrava. Ao final, a Suprema Corte Americana rejeitou o pedido de apelação, interposto pelos pais da paciente, e autorizou a retirada do tubo que a alimentava, tendo vindo a óbito em 31 de março de 2005 3 (Folha de São Paulo Online, 2005).

O caso de Indi Gregory, uma bebê de oito meses no Reino Unido, refletiu uma difícil e comovente história de pessoas que enfrentam doença rara e incurável. Nesse caso, a batalha judicial se deu entre os pais e o hospital em que a bebê estava sendo tratada, em que os médicos britânicos recomendavam interromper o tratamento para manter vivo a bebê, pois concluíram que a continuidade era inútil e dolorosa, além de não haver nenhuma chance de a criança de recuperar, enquanto os pais se recusavam aceitar as recomendações médicas. Apesar do apelo dos pais, a justiça britânica manteve a determinação de interrupção do tratamento.

Com isso Indi foi transferida para um centro de tratamento paliativo, mas em novembro de 2023 veio a óbito (O Globo, 2023).

Resguardadas as distinções dos casos, sobretudo porque ocorreram em outros países, o que se pode observar em ambos é o sofrimento dos pacientes e dos familiares, o que pode ser evitado se o indivíduo tiver a possibilidade de manifestar sua vontade por meio de instrumento capaz de assegurar suas solicitações sobre tratamentos médicos e cuidados de saúde a serem seguidos, caso venha a ficar incapacitado de expressar essas decisões no futuro.

Nesta quadra, importante esclarecer que se for aprovada a reforma do Código Civil no que tange a proposta de emenda nº 18, as declarações antecipadas de vontade não comportam autorização para prática eutanásia, servindo, portanto, somente para assegurar aquilo que o paciente considera que lhe seja digno no seu momento de final de vida, como se fosse um guia para a ação médica praticada pela equipe de saúde que o está tratando. A prática da eutanásia[2] portanto, parte de uma base estruturante diversa, pois ocorre em

> [...] situações especialíssimas de abreviar a vida em situações intoleráveis de dor e sofrimento também denominadas 'suicídio ou homicídio assistido' ou 'morte piedosa', no caso do aludido testamento vital, o médico estará apenas executando algo que foi previamente estabelecido e que é também analisado sobre a ótica do Código de Ética médica (Pessini, 2004, p. 285).

Ao observar as normativas utilizadas pela medicina é possível notar um avanço quanto a questão das diretivas antecipadas de vontade

2 Tramita no Senado Federal proposta de reforma do Código Penal Brasileiro (Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012), em que a eutanásia passa a ser tratada de forma diferente da abordada no Código Penal em vigor. Além disso, o projeto inclui como excludentes de ilicitude em determinadas situações: Art. 122, §2º, PLS 236/2012, "não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão".

dos pacientes, já que a Resolução do CFM nº 1.805/2006 o havia tratado de forma mais singela, enquanto a Resolução do CFM nº 1.995/2012 ampliou a relevância da questão da autonomia do paciente no contexto da relação médico-paciente.

Da mesma forma, como revela o anteprojeto de alteração do Código Civil, parece que o legislador compreendeu a necessidade de tutelar questões sobre o término da vida, pois negligenciar problemática tão delicada pode pôr em risco toda a construção em prol do respeito aos direitos fundamentais, além da observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, que sem dúvidas deve se estender aos momentos que antecedem o término da vida. Ademais, facultar ao indivíduo a possibilidade de externar sua vontade antes que ocorra algum imprevisto que o incapacite, é também um meio para evitar conflitos familiares por várias razões, dado que diferentes membros da família podem ter opiniões divergentes sobre o que seria melhor para o paciente. Agindo assim, age-se preventivamente evitando-se, seguramente, desgastes emocionais e processos judiciais nesta área, conforme ilustrará o caso abaixo estudado.

## 3 CASO KAREN ANN QUINLAN E AS POSSIVEIS CORRELAÇÕES COM AS PROPOSTAS DE FORMALIZAÇÃO DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

Tendo em vista que o presente trabalho valer-se-á do caso americano Karen Ann Quinlan como paradigma para tentar verificar a possibilidade de legitimação do Testamento Vital no Brasil, é de suma importância conhecê-lo. Dessa forma, nos tópicos a ser far-se-á uma breve explanação do caso karen Ann Quinlan, para na sequência abordar a possibilidade de elaboração do testamento vital no Brasil.

### 3.1 O caso americano karen ann quinlan

Conforme narram Pessini e Barchifontaine (2012, p. 412-413), a história de Karen Ann Quinlan, uma jovem que tinha 21 anos de idade à

época, se passa no ano de 1975, na cidade de Nova Jersey (EUA), que no dia 14 de abril do referido ano, após ingerir drogas e álcool, deu entrada na UTI do hospital St. Clare de Denville, em estado de coma. De acordo com informações, a moça que foi imediatamente traqueostomizada e passou a respirar com ajuda de ventilação mecânica (VM), tendo sido submetida a uma série de exames neurológicos em diferentes momentos, tendo todos concluído que a mesma permaneceria em estado vegetativo permanente. Em decorrência disso, os pais de Karen, Joseph e Julia, demonstraram o desejo de suspender os meios de tratamento extraordinários que a filha vinha recebendo, pois segundo eles, deveriam aceitar a vontade de Deus.

Contudo, o médico neurologista responsável pela paciente não aceitou o pedido, decisão que foi assumida pela direção geral do hospital. Isso fez com que os genitores de Karen ingressassem com uma ação judicial no tribunal de Morristown, com vistas a dar fim ao sofrimento da filha, e requerer que o magistrado nomeasse o pai da moça como seu tutor. Em 10 de novembro de 1975, o juiz Robert Muir, negou o pedido da inicial, sob o argumento de que Karen estava médica e legalmente viva, o que impossibilitava autorizar a retirada do aparelho respirador usado para mantê-la naquele estado. Da mesma forma, o magistrado não aceitou que o pai fosse nomeado tutor da filha, o que fez com que os pais de Karen apelassem ao Supremo Tribunal do Estado de Nova Jersey, que reviu a decisão para fins de nomear o genitor como tutor da filha (o que lhe deu poderes para escolher em nome desta que fosse de sua vontade), e reconhecer o direito pessoal de Karen recusar tratamento que estava sendo disponibilizado (Pessini; Barchifontaine, 2012, p. 412-413).

Assim, após a retirada da ventilação mecânica, e da suspensão de qualquer outro tratamento extraordinário, a jovem Karen, sobreviveu por mais nove anos recebendo apenas medicamentos e antibióticos, bem como nutrição e hidratação fornecidas por meio de uma sonda nasogástrica, vindo a falecer em 11 de junho de 1985 (Azevedo, 2002, p. 32).

## 3.2 A possibilidade de estruturação do testamento vital no brasil a partir da emenda nº 18 do anteprojeto de reforma e atualização do código civil de 2022

A partir do caso acima narrado e do que já foi exposto nesta pesquisa, tem-se por importante esclarecer que a estruturação e aceitação de lavratura de testamento vital, em qualquer jurisdição, tem pelo menos dois pressupostos básicos: o primeiro é que o paciente tem direito a manifestar sua decisão antecipativa nas questões de final de final de vida, assim como o de nomear representante para tanto, e o segundo é que esta vontade deve ser respeitada, o que assegurará que não haja a prática de eutanásia e nem de distanásia, mas de respeito à dignidade do paciente no momento morte.

Esses delineamentos mostram-se essenciais no contexto digital e tecnológico contemporâneo, em que graças ao desenvolvimento da pesquisa e da ciência crescem as possibilidades de intervenção médica e de prolongamentos artificiais. Por isso é comum a dúvida e o medo de, em precisando de tratamento médico, vir a sofrer prática de distanásia, que nada mais é do que prolongar ao máximo a vida do paciente sendo a morte o último inimigo (Pessini, 2004, p. 218). Neste sentido, como já se disse antes, o testamento vital agrega valor à relação médico paciente, constituindo-se em uma possibilidade de esclarecimento e condução do paciente terminal ao encontro do que o mesmo gostaria para si no seu final de vida. Também é ponte para precaver desgastes emocionais e relacionais entre os membros da família, trazendo para estes segurança e tranquilidade quando da iminente perda de seus entes queridos.

Dessa forma, ao revés de submeter-se a distanásia, o indivíduo por meio das DAVs poderá optar por *"sofrer"* a ortotanásia, que segundo Garav (*apud* Dadalto, 2015, p. 52) "se concretiza com a abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente". Ressalta-se, ainda, que a eutanásia passiva e a ortotanásia são coisas distintas, pois a primeira,

> [...] consiste na suspensão ou omissão deliberada de medidas que seriam indicadas naquele caso, de medidas úteis e benéficas ao paciente, com o intuito de antecipar-lhe a morte, enquanto na ortotanásia há omissão ou suspensão de medidas que perderam sua indicação por já resultarem inúteis para aquele indivíduo, n grau de doença em que se encontra (Villas-Bôas, 2014, p. 226).

Dito isso, importante repisar o conceito pontual e correto para Testamento Vital, sinônimo de manifestação da vontade do paciente – seja de aceitação ou de recusa – quanto aos procedimentos, cuidados e tratamentos de saúde, com vistas a desmistificar narrativas pertencentes ao senso comum. Nesse sentido, é o:

> [...] documento de manifestação de vontades pelo qual uma pessoa capaz manifesta seus desejos sobre suspensão de tratamentos, a ser utilizado quando o outorgante estiver em situação terminal, em EVP ou com uma doença crônica incurável, impossibilitado de manifestar livre e conscientemente sua vontade (Dadalto, 2013, p. 97).

Em analogia ao planejamento sucessório, que objetiva evitar conflitos, desperdício de tempo e respeito a vontade do autor da herança, do testamento vital traz significativos benefícios às pessoas, que poderão valer-se deste instrumento de modo antecipado a qualquer infortúnio, uma vez que além de resguardar as vontades do paciente, preservará a dignidade da pessoa humana, bem como evitará disputas judiciais envolvendo os desejos do doente e de seus familiares.

Em específico sobre a estruturação formal deste documento, a aprovação de acréscimo dos parágrafos 1º e 2º, ao artigo 15, do Código Civil (Brasil, 2024), parece solucionar dúvidas, pois fica claro que as declarações antecipadas de vontade poderão ser feitas via instrumento público. Dessa forma, além de conferir autenticidade, o instrumento público trará maior segurança tanto para quem declara a vontade, quanto para aqueles que o terão que cumpri-la. Esses cuidados quanto a forma de estruturação são observados em outros países do mundo. Dentre

eles, tem-se: a forma, o discernimento, a eficácia e o prazo de validade deste instituto.

Dadalto (2015, p. 184) defende que o testamento vital pode ser público ou privado, isso porque países como a Espanha, que possuem tradição jurídica semelhante ao do Brasil, assim o fazem. Dessa forma, conforme já referido, o registro em cartório dessas declarações é fundamental, ainda que subsista a possibilidade de fazê-lo de maneira privada, sem a exigência de registro em cartório, contando com a assinatura de testemunhas desse ato de vontade. Outrossim, além da segurança jurídica, se realizado por meio de escritura pública, o cumprimento da vontade do paciente terá efetividade, de modo a não correr risco de que a declaração de se torne ineficaz. Ainda, no entendimento de Luciana (2015), é aconselhável que o documento seja encaminhado a uma espécie de "registro nacional de testamentos" de cada estado brasileiro, a fim de garantir que o desejo do paciente seja cumprido:

> Esse procedimento poderá seguir as recomendações do Registro Central de Testamentos, do Colégio Notarial do Brasil, seção de São Paulo, dispostas no provimento CG nº 06/1994, que objetiva implantar um registro único de testamentos em São Paulo. Esse modelo tem-se estendido para outros Estados do Brasil, como Minas Gerais, no qual o registro único ainda está em fase de implantação (Dadalto, 2015, p. 185).

Em alguns países, como Espanha e Estados Unidos, o Testamento Vital é anexado ao prontuário médico do paciente, documento esse que segundo o art.1º da Resolução nº 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina, contém informações sobre a saúde do paciente, bem como a assistência a ele prestada (Dadalto, 2015, p. 185).

Com relação ao discernimento, resta claro ser este um requisito essencial à feitura do testamento vital. A controvérsia surge quando se fala de pessoas relativa ou absolutamente incapazes, de acordo com o Código Civil brasileiro. Rodrigues e Teixeira (*apud* Dadalto, 2015, p.

188), acreditam que somente diante do caso concreto o Poder Judiciário poderá analisar e verificar se determinado indivíduo (considerado incapaz relativo ou absoluto pelo ordenamento jurídico brasileiro) possui discernimento para manifestar atos de vontade. Entendimento esse corroborado por Dadalto (2015, p. 189):

> O que se quer aqui é defender que o discernimento não está diretamente atrelado à idade, que a liberdade de autodeterminação do indivíduo não pode ser averiguada aprioristicamente, razão pela qual cabe ao juiz analisar se, por exemplo, um adolescente de 15 anos tem discernimento suficiente para manifestar a sua vontade acerca de tratamentos ou não tratamentos a que deseja ser submetido caso se torne um paciente fora de possibilidade.

Quanto ao prazo de validade do Testamento Vital, também há divergência. No entendimento de Sánchez (*apud* Dadalto, 2009, p. 108), é preciso que tal documento tenha prazo de validade certo e determinado, isso porque na concepção dele são documentos "dinâmicos" que podem ser facilmente esquecidos com o tempo, bem como devido aos constantes avanços da medicina "seria possível que determinada enfermidade considerada incurável na data da elaboração do documento tenha se tornado curável na data de sua aplicação". De outro lado, Dadalto (2015, p. 190) acredita que por ser semelhante ao instituto do testamento atualmente existente no Brasil, não há necessidade de haver prazo de validade, haja vista que "as declarações prévias de vontade do paciente terminal são, por essência, revogáveis, [...] vez que a qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior."

Em relação a isso, observa-se uma omissão na proposta de inserção do parágrafo primeiro ao artigo 15 do Código Civil, ao passo que ao referir-se à possiblidade de nomeação de representante para tomada de decisões a respeito da saúde, o parágrafo segundo traz a fixação do prazo de cinco anos, lapso temporal que talvez possa ser estendido às DAVs. Em arremate, em uma interpretação integral da proposta de emenda nº 18 à

legislação civilista (Brasil, 2024), depreende-se a possibilidade de produção de efeitos imediatos à assinatura dessas declarações, ou do momento em que o mesmo for inscrito no prontuário médico, pois em alguns países, como a Espanha, o testamento vital não possui prazo definido para passar a ter validade, porém nos Estados Unidos, o mesmo documento só começa a produzir efeitos 14 dias após sua feitura (Dadalto, 2015, p. 190-191).

Em conclusão, tem-se que o caso Karen Ann Quinlan ainda que ocorrido na década de setenta, traz importantes reflexões para os dias atuais, já que foi um dos primeiros casos a interligar as discussões no campo da ética, da filosofia, da medicina e do direito. Observa-se que, mesmo tendo transcorrido várias décadas, a discussão ainda se faz premente, e no Brasil, ainda não possui legislação capaz de o tutelar de forma satisfatória. Apesar disso, na prática da medicina e dos dilemas familiares este é um assunto comum, tanto que a partir da doutrina e da Resolução CFM 1995/2012, o instituto do testamento vital já possui suas bases estruturantes. Assim, a partir de agora, necessário sua formalização por meio das propostas de atualização do artigo 15 da legislação cível, para fins de adoção diária nos hospitais e ampla divulgação aos indivíduos, já que é um dos meios para que sejam assegurados direitos fundamentais subscritos na Constituição Federal.

## 4 CONCLUSÃO

Do estudo elaborado tem-se que a estruturação do testamento vital no Brasil representa um avanço importante na proteção dos direitos dos pacientes e na promoção da autonomia individual em questões relacionadas ao fim da vida. Embora já existam normas e práticas que garantam a implementação destas disposições, há uma necessidade de maior divulgação de informação e de regulamentação específica para consolidar essa prática. O desenvolvimento de uma cultura de respeito às vontades do paciente, aliado à formação de profissionais de saúde para lidar com essas questões, é essencial para o pleno exercício desse direito.

Além disso, frente aos constantes avanços pertinentes aos ramos da medicina e da tecnologia, é sabido que cada vez mais, existem mecanismos capazes de prolongar a vida humana, muitas vezes até de forma artificial. Como visto, há pacientes em estado vegetativo inconsciente sobrevivendo com a ajuda de cuidados médicos extraordinários, tais como o instrumento de ventilação mecânica.

Contudo, cabe a cada indivíduo decidir o que entende ser melhor para si, tendo a opção de escolher a quais tratamentos extraordinários deseja ser submetido. Essa possibilidade está amparada na Constituição Federal de 1988, que tutela direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, como por exemplo, o princípio da dignidade humana e o princípio de autonomia de vontade. Além disso, os princípios bioéticos da beneficência, da autonomia e da justiça reforçam ainda mais o direito de escolha de cada pessoa. Entre as propostas de atualização da Lei nº 10.406/2002, encontra-se a Emenda nº 18, que em síntese reconhece a necessidade de tutelar questões relativas ao término da vida da vida com dignidade.

Assim, ainda que tal reforma não tenha se concretizado, já que o anteprojeto de reforma do Código Civil está em andamento, parece que o legislador está atento a essas discussões, o que o força estar alinhado aos dispositivos constitucionais. Nesse sentido, a Constituição coloca como princípio máximo a garantia de que os cidadãos tenham uma vida digna, subentendendo-se plausível que a questão da morte seja tratada da mesma forma. Foi, portanto, esse um dos objetivos deste trabalho, que ao abordar a possibilidade de formalização do testamento vital, também tratado como Declarações Antecipadas de Vontade (DAVs), trouxe considerações importantes quanto a estruturação desse instrumento, com vistas a permitir que a vontade do paciente terminal em estado vegetativo seja respeitada no momento morte. Da mesma forma, ficou claro que esse instituto já vem sendo utilizado em diversos países, e que pode ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro conforme diretrizes da Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, dos preceitos da bioética, e agora de acordo com as propostas de reforma do Código Civil.

Sendo assim, em resposta ao problema proposto, é possível afirmar que em razão da observância aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, há direito fundamental de morrer com dignidade, não devendo ser o paciente submetido a tratamentos de saúde que comprovadamente não trarão nenhuma melhora ao quadro de saúde, além de causarem demasiado sofrimento. Com isso, entende-se que além do respeito às disposições de vontade, as quais são comumente empregadas na realização do inventário, a ausência de clareza sobre as preferências de um paciente incapacitado muitas vezes gera divergências entre familiares sobre as melhores decisões a serem tomadas, especialmente em situações críticas de saúde. Essas divergências podem levar a sérios conflitos familiares, envolvendo questões emocionais, éticas e, em alguns casos, judiciais. Portanto, o uso de DAVs pode ser uma solução eficiente para prevenir tais conflitos, garantindo que os desejos do paciente sejam claros e respeitados, e, assim, promovendo a paz e a harmonia familiar.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. **Bioética Fundamental.** Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.** Disponível em: https://shre.ink/b5Wu Acesso em: 03 out, 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805 Acesso em: 01 out. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.995/2012.** Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995 Acesso em: 01 out. 2024.

DADALTO, Luciana. As Contribuições da experiência estrangeira para o debate acerca da legitimidade do testamento vital no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília**. Anais. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 516 – 538. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/12_265.pdfAcesso em: 02 out. 2024.

DADALTO, Luciana. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. 2009. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DADALTO, Luciana. Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal). **Revista de Bioética y Derecho, n. 28.** Universitat de Barcelona, p. 61-71, may 2013. Disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=78339731006 Acesso em: 02 out. 2024.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2001.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Saiba mais sobre o caso Terri Schiavo.** São Paulo, 31 mar. 2005. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u82111.shtml Acesso em: 30 set. 2024.

GUTIERREZ, Pilar L. O que é o paciente terminal? **Revista da Associação Médica Brasileira** - ScieELO, n.2, São Paulo, v.47, p. 92-96, abr./jun. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010 Acesso em: 03 out. 2024.

KNOBEL, Marcos; SILVA, Ana Lucia Martins da. O paciente terminal: vale a pena investir no tratamento? **Revista do Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Eistein** – SciELO, São Paulo, v.2, p. 133-134, 2004. Disponível em: https://shre.ink/b5Wh Acesso em: 30 set. 2024.

NEGREIROS, Maria Gabriela Damião de. Bioética, biodireito e meio ambiente. **Revista Âmbito Jurídico, Biodireito**, n. 93, p. 1-4, out. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10399%20) Acesso em: 30 set. de 2024.

O GLOBO. **Médicos britânicos desligam aparelhos mantendo bebê vivo no Reino Unido**. Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2023/11/12/medicos-ingleses-desligam-aparelhos-mantendo-bebe-vivo-no-reino-unido.ghtml Acesso em: 02 out. 2024.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 10. ed. São Paulo: São Camilo, 2012.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?** São Paulo: São Camilo e Loyola, 2004.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 236/2012, dispõe sobre o novo Código Penal**. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404 Acesso em: 01 out. 2024.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito: uma introdução.** São Paulo: Loyola, 2002.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Eutanásia passiva e ortotanásia: uma distinção necessária. In: DADLATO, Luciana. **Bioética e Diretivas Antecipadas de Vontade**. Curitiba: Prismas, 2014.

# ENVELHECIMENTO NA ERA VIRTUAL E O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO BRASIL: DESAFIOS E RESPONSABILIDADES

Angelis Lopes Briseno de Souza[1]
Luana Bartz de Sá[2]
Rafaela de Vargas Pereira[3]

## 1 INTRODUÇÃO

Na era digital, o envelhecimento populacional apresenta desafios inéditos, especialmente no que concerne à inclusão dos idosos no mundo tecnológico, trazendo à tona uma nova forma de exclusão social: o abandono

1 Mestra em Direito Privado – Linha Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos – PUC Minas (2024). Pós-graduada em Direito Processual pela UNIPAC (2008). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, da FMP/RS. Advogada especializada em Direito das Famílias, Sucessões e Violência Doméstica. E-mail: angelisbriseno@yahoo.com.br.

2 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bolsista de Iniciação Científica Institucional (PROBIC) da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Integrante do Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal" do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: bartzluana@gmail.com

3 Especialista em Família e Sucessões pelo Centro Universitário Dom Bosco (UniDom-Bosco). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Verbo Jurídico. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogada. E-mail: rafaelavargaspereira@gmail.com.

afetivo digital. Este fenômeno caracteriza-se pela negligência dos filhos e familiares em relação à inclusão digital dos idosos, deixando-os à margem das inovações tecnológicas e dos benefícios que elas proporcionam.

O presente trabalho tem como finalidade investigar o impacto do abandono afetivo digital na vida dos idosos, abordando os desafios que eles enfrentam ao se depararem com barreiras tecnológicas e a falta de apoio familiar na adaptação a esse novo contexto. Além disso, pretende-se verificar se diante da ausência da inclusão digital, bem como da falta de suporte adequado por parte dos familiares pode acarretar uma responsabilidade civil.

Desse modo, o trabalho foi sistematizado em cinco tópicos, sendo que o primeiro trata do envelhecimento na era virtual, por conseguinte, no segundo tópico analisa-se o microssistema de proteção à pessoa idosa. No terceiro tópico, observa-se o abandono afetivo inverso na era digital, no quarto tópico, verifica-se o abandono afetivo inverso e a responsabilidade civil e, por fim, no quinto e último tópico analisa-se a necessidade de políticas públicas como suporte para as famílias.

Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia adotada compreende uma revisão bibliográfica, incluindo análise da legislação vigente e jurisprudência relevante sobre o tema. A abordagem qualitativa visa compreender as implicações jurídicas e sociais do abandono afetivo digital, bem como a necessidade de implementação de políticas públicas eficazes que promovam a inclusão digital dos idosos, assegurando sua participação ativa na sociedade contemporânea.

## 2 ENVELHECIMENTO NA ERA VIRTUAL

Atualmente, vivencia-se um crescente aumento da expectativa de vida das pessoas. De acordo com dados recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de idosos brasileiros duplicou no período compreendido entre os anos 2000 e 2023. Isto é, em um pouco mais de duas décadas, a população brasileira com 60 anos, ou mais, passou de 15,2 milhões para 33 milhões de pessoas. Todavia, segundo a

projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o país pode ter 75,3 milhões de pessoas idosas em 2070, o que irá representar 37,8% do total da população, ou seja, um em cada três brasileiros será idoso (IBGE, 2023).

Nas últimas décadas, houve uma mudança drástica e o envelhecimento nesse novo mundo significa, também, enfrentar novos desafios, pois, atualmente as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) estão se tornando cada vez mais presentes no dia a dia, devido ao aumento do uso da internet, e dos dispositivos móveis como smartphones e tablets. Portanto, o acesso a informações e a serviços, a qualquer hora e em qualquer lugar, graças as facilidades e portabilidades desses dispositivos, é o que vem modificando o mundo contemporâneo nos mais diversos contextos (Viviani; Parente; Ikuta; Batistoni; Silva, 2023).

Por isso, para viver nesse mundo digital requer de todos as habilidades específicas e nesse contexto, as pessoas idosas de hoje, que não tiveram contato com as tecnologias ao longo de suas vidas, podem se deparar com grandes desafios e dificuldades diante das mais diversas inovações tecnológicas que surgem constantemente. (Viviani; Parente; Ikuta; Batistoni; Silva, 2023). Dessa forma, é necessário que a família e as políticas públicas e sociais garantam a inclusão dessa parcela populacional, tendo em vista que a sociedade presente é digital e a do futuro será hiper digital, com profundas transformações no modo de vida e convívio na sociedade, sendo a tecnologia um agregado na vida cotidiana de todas as pessoas, independentemente do nível educacional, cultural e socioeconômico (Alkimim; Junior, 2020).

## 3 MICROSSISTEMAS DE PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA

No Brasil, existem alguns microssistemas e conceitos legais que são importantes. Considera-se pessoa idosa aquela que possui 60 (sessenta) anos ou mais (Brasil, 2003). É importante essa delimitação, para reconhecimento do grupo da população considerada para este estudo. Diante

do crescimento do número de pessoas idosas no Brasil e, a necessidade dos acessos à tecnologia e ao mundo virtual, existe a preocupação, por parte do Estado, que sejam promovidas a inclusão digital e tecnológica de maior número de pessoas desse grupo, sendo possível se afirmar que, por meio dela, se atinge a inclusão social.

Não se pode deixar de citar que as pessoas acima de 60 (sessenta) anos possuem graus muito diferentes de conhecimento e habilidades, quando o assunto é tecnologia e internet, sendo comparadas às pessoas que nascem e crescem na era digital. As pessoas acima de 80 (oitenta) anos podem ter maiores dificuldades (Calmon, 2022). Afirma-se, o mesmo, com relação ao poder aquisitivo, que potencializa, ou dificulta, o acesso à tecnologia.

Assim, diante desse entendimento, existe uma fração considerável de pessoas idosas que não está inserida no mundo digital, sendo necessária a intervenção das políticas públicas especializadas, para propiciar educação tecnológica e conscientização da família e da sociedade a respeito da necessidade de que idosos estejam inseridos no contexto cibernético. É preciso considerar conjunturas socioeconômicas e históricas distintas e vivenciadas por cada indivíduo, sob pena de resultar em exclusão da pessoa idosa (Calmon, 2022).

A Lei n.º 12.965 de 2014 (Marco Civil da Internet) prevê que, o uso da internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, exercício da cidadania em meios digitais, finalidade social da rede (art. 2º); e tem por objetivo a promoção do direito de acesso à internet a todos, do acesso à informação, ao conhecimento e à participação da vida cultural e na condução de assuntos públicos; da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso (art. 4º) (Brasil, 2014). O uso da internet, e da tecnologia, facilitaram a vida das pessoas; mas existem aqueles que não se encontram inseridos no mundo virtual, resultando na necessidade da inclusão para conferir-lhes aptidão para o exercício pleno de vários direitos.

A responsabilidade, acerca da inclusão digital das pessoas idosas, representa um dever da família, da sociedade e do Estado; pois estes possuem a obrigação constitucional de amparar, assegurando a participação na comunidade, defendendo a dignidade e bem-estar, garantindo o direito à vida. O art. 230 da Constituição Federal prevê que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida" (Brasil, 1988, n.p.).

A Lei nº 8.842 de 1994 dispõe sobre a política nacional do idoso, cujo objetivo é assegurar os direitos sociais do idoso, com a criação de condições para promover a autonomia, integração e participação efetiva na sociedade; prevendo que o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral devendo ser objeto de conhecimento e informação de todos (Brasil, 1994).

A Lei nº 10.741 de 2003, o Estatuto da Pessoa Idosa, prevê no art. 46, que a "política de atendimento à pessoa idosa far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (Brasil, 2003, n.p.). O Título II da lei traz a declaração dos direitos fundamentais: direito à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, aos alimentos, à saúde, à educação, cultura, esporte, lazer, em conformidade com a condição da idade, direito à profissionalização, e ao trabalho, respeitada a condição física, intelectual e psíquica, previdência e assistência social: direito à moradia digna, no seu da família natural ou substituta, ou até desacompanhado quando assim o desejar (Brasil, 2003).

Observa-se que nos microssistemas de atendimento aos direitos da pessoa idosa têm-se uma junção entre poder público e a família. No art. 230 da Constituição Federal está escrito que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas. Considerando que a família vem em primeiro lugar no artigo citado, entende-se que cabe à ela a obrigação de colaborar com a inclusão digital das pessoas idosas, sob pena de responsabilização civil.

## 4 ABANDONO AFETIVO INVERSO NA ERA DIGITAL

Para a maioria da população idosa ainda existe um certo repúdio quanto a tecnologia que integra a sociedade, já que não são nativos e sim imigrantes digitais[4]. Logo, há um déficit de acesso às tecnologias que decorre, não apenas da questão cultural, mas por falta de habilidades tecnológicas não construídas durante o processo de aprendizagem. Além disso, a própria falta de estímulos externos para a conectividade, a deficiência motora ou cognitiva acaba bloqueando o interesse pela inclusão digital, bem como a dificuldade financeira e/ou social, que impede o acesso à internet e aos instrumentos tecnológicos. Diante disso, a tecnologia acaba não fazendo parte do cotidiano da maioria das pessoas idosas, gerando o abandono digital (Alkimim; Junior, 2020).

Segundo Calmon (2023, p. 542) "o abandono digital de idosos se aproxima ao das crianças e adolescentes em razão da necessidade de proteção dos mais vulneráveis". Além disso, reitera que ambos têm seu fundamento normativo no artigo 229 da Constituição Federal, no que se refere ao dever de cuidado dos pais em relação aos filhos e dos filhos quanto aos pais idosos, enfermos ou carentes.

O abandono digital de idosos, portanto, pode ser conceituado como uma espécie de negligência dos filhos em relação à inclusão digital dos pais, bem como pela omissão de ensinamentos sobre o manejo, conteúdo e avisos sobre a segurança digital. Contudo, é importante salientar que duas premissas devem ser observadas a respeito do tema: a preservação da autonomia e o respeito ao envelhecimento ativo e saudável, uma vez que, tanto diante da inclusão digital e, consequentemente, do abandono digital, é indispensável que sua autonomia seja sempre preservada, assim como o seu direito à privacidade, à intimidade e ao respeito (Calmon, 2023).

O envelhecimento expõe realidades e desafios para a sociedade pensar em soluções que apoiem a vida da pessoa idosa, e contribuir para

4 Imigrantes digitais são aqueles que não nasceram no mundo tecnológico, mas devem se adaptar a esse mundo para a obtenção de informações e comunicações variadas e integrativas do cotidiano. (Alkimim; Junior, 2020).

o seu bem-estar social, sendo assim, a inclusão digital pode contribuir para uma vida mais longa, digna e com qualidade. Diante disso, deve-se analisar a lacuna existente entre a longevidade e o avanço exponencial das tecnologias, uma vez que, com a inserção das novas tecnologias, das interfaces e dos dispositivos digitais, ocorreram inúmeras modificações na forma de realizar atividades que façam parte do cotidiano dos idosos, o que acaba exigindo dessas pessoas habilidades para garantir a inserção no mundo digital (Bernardo, 2024).

Além disso, um segundo fato a ser considerado é a permanência das pessoas idosas por um lapso temporal maior no mercado de trabalho, seja para complementar o orçamento ou por ser a única renda fixa no âmbito familiar. Concomitante a isso, há um crescimento do mercado que utiliza plataformas online ou aplicativos móveis para a oferta de seus serviços, representando um desafio adicional para as pessoas idosas que precisam ou querem estar inseridos nesse tipo de trabalho (Silveira; Rocha; Vidmar; Wiblinger; Pasqualotti, 2024).

O terceiro aspecto trata do aumento das condições crônicas de saúde, sobretudo na população idosa, pois, crescentemente, os serviços de saúde enfatizam o protagonismo do indivíduo no gerenciamento e produção de sua saúde, envolvendo, muitas vezes, o uso dispositivos tecnológicos de monitoramento, além da comunicação com o serviço de saúde por meio de aplicativos. Esses casos apresentam, portanto, a necessidade de investimentos em programas de inclusão digital, principalmente, na educação em saúde para viabilizar o gerenciamento das doenças crônicas no âmbito domiciliar (Silveira; Rocha; Vidmar; Wiblinger; Pasqualotti, 2024).

Por isso, no que tange a inclusão digital do idoso na utilização das tecnologias, é necessário estar atento aos obstáculos existentes, tendo em vista que, diferentemente, daqueles que nasceram durante o surgimento e a ascensão das tecnologias digitais, a geração anterior tem uma convivência conflituosa em meio as complexas e rápidas mudanças tecnológicas. Sendo assim, a inclusão digital deve ser vista como uma forma de inclusão social,

já que por meio das tecnologias é possível a participação na sociedade, promovendo o desenvolvimento social, cognitivo e afetivo dos sujeitos

## 5 O ABANDONO AFETIVO INVERSO E RESPONSABILIDADE CIVIL

O abandono afetivo inverso é constituído, em regra, pela ausência de afeto ou, mais especificamente, pela falta de cuidado dos filhos em face de seus genitores, fundado tanto no valor jurídico imaterial da solidariedade familiar quanto da segurança afetiva da família. Apresenta-se no campo jurídico não apenas como uma omissão do dever de cuidado em relação aos seus pais, mas como uma forma de garantir o princípio da dignidade humana, evitando ou compensando o abalo psicológico, físico e social sofrido pelos idosos (Viegas; De Barros, 2016).

Ademais, o termo "inverso" corresponde justamente a situação contrária da relação paterno-filial, já que o dever de cuidado da paternidade responsável possui o mesmo valor jurídico que os deveres filiais. Sendo assim, o conceito de abandono afetivo inverso, nada mais é do que o abandono dos filhos maiores com os pais na velhice, no sentido de amparo, assistência e cuidado. Logo, no caso dos idosos o abandono pode ser material, imaterial ou afetivo (Siqueira; Tatibana, 2022).

Porém, vale ressaltar que o abandono afetivo inverso, não visa impor o afeto, mas lembrar os filhos que, aceitando ou não esta qualidade, jamais estarão "livres" do dever de cuidado para com os seus genitores, considerando que este é tutelado pela Constituição Federal, em seu artigo 229. Portanto, diante do aumento da expectativa de vida, torna-se evidente a necessidade de uma proteção mais ampla, principalmente, no que diz respeito a responsabilidade civil em relação ao abandono afetivo de idosos.

O artigo 229 da Constituição Federal estabelece que "os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade", abrangendo cuidados físicos, emocionais e sociais, além do suporte financeiro (Brasil, 1988). Este dever vai além do apoio financeiro, abrangendo também o cuidado emocional e social. No entanto,

em uma sociedade na qual a estrutura familiar e os valores tradicionais estão em constante mudança, a negligência desse dever tornou-se uma realidade presente.

A responsabilidade civil em casos de abandono afetivo inverso surge quando há omissão no cumprimento do dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos. Faraco (2018) destaca que essa omissão pode causar danos significativos à integridade emocional e física do idoso, justificando a reparação civil. Essa responsabilidade não se baseia em uma imposição do afeto, mas na garantia de condições mínimas de dignidade e bem-estar, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 229 (Brasil, 1988). O artigo 186 do Código Civil prevê a indenização quando há dano resultante de ação ou omissão, enquadrando a conduta omissiva dos filhos como ato ilícito, dando origem ao dever de indenizar. Assim, a reparação civil tem uma função compensatória e preventiva, ao visar tanto compensar os danos morais sofridos pelo idoso quanto incentivar uma mudança de comportamento, promovendo a solidariedade intergeracional (Faraco, 2018).

O reconhecimento da responsabilidade civil pelo abandono afetivo inverso é essencial para a proteção dos direitos dos idosos, uma vez que o dever de cuidado dos filhos não se resume à assistência material, mas abrange também o suporte emocional e afetivo, elementos fundamentais para o bem-estar e a saúde mental dos idosos (Viegas; Barros, 2016). A violação desse dever acarreta danos morais significativos, que devem ser reparados para garantir a integridade e a dignidade da pessoa idosa. No campo jurídico, a reparação civil atua como um instrumento de justiça, assegurando que a omissão dos filhos não permaneça impune e os danos causados aos idosos sejam devidamente reparados. Silva (2019) reforça que a reparação civil é um meio de reconhecer o sofrimento e a dor causados pela negligência dos filhos, além de afirmar o valor do afeto e do cuidado nas relações familiares.

Ainda, Rojas (2022) propõe a inclusão do abandono afetivo como uma causa de deserdação no Código Civil, visando punir a omissão

de cuidado e reforçar o dever de amparo aos pais idosos. Atualmente, a deserdação está prevista apenas para casos de ofensa física, injúria grave e desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. A autora sugere que a inclusão do abandono afetivo como motivo de exclusão sucessória teria um caráter educativo e preventivo, desencorajando a omissão e promovendo uma maior responsabilização dos filhos.

A falta de legislação específica sobre o abandono afetivo inverso evidencia uma lacuna na proteção dos direitos dos idosos. Projetos de lei como o PL 4.229/2019 representam um esforço para preencher essa lacuna, propondo alterações no Estatuto do Idoso para incluir a responsabilidade civil por abandono afetivo. A aprovação de tais propostas legislativas seria um avanço significativo na garantia dos direitos dos idosos, reforçando a obrigação dos filhos em amparar e cuidar de seus pais (Cruz, 2019).

Além disso, o envelhecimento da população é uma realidade global, fruto de avanços médicos e melhorias nas condições de vida. No entanto, esse aumento na longevidade traz desafios, como o fenômeno do abandono afetivo inverso, que ocorre quando filhos adultos negligenciam ou abandonam o cuidado e apoio aos pais idosos. Este cenário contraria as expectativas tradicionais de cuidado intergeracional e está associado a uma crise na estrutura familiar moderna, caracterizada pela redução do papel da família como núcleo de apoio emocional e material (Furtado, 2023). A Constituição Federal, nos artigos 227, 229 e 230, reforça a obrigação dos parentes de prestar assistência reciprocamente, não se limitando ao apoio financeiro, mas incluindo cuidados físicos e morais (Brasil, 1988). A legislação estabelece a proteção aos idosos como dever de todos, particularmente da família, e considera o abandono como violação da dignidade humana.

Nos casos de abandono afetivo inverso, a responsabilização civil dos filhos pode ser requerida pela violação do dever de cuidado, que transcende o mero fornecimento de subsistência financeira, e inclui a obrigação de prover apoio emocional e social. A jurisprudência brasileira tem avançado no reconhecimento do dano moral decorrente do abandono afetivo, reconhecendo que a omissão de cuidados básicos aos pais idosos pode causar

sofrimento e violar a dignidade humana (Cavalieri Filho, 2008). Segundo Furtado (2023), a jurisprudência ainda é incipiente, mas há uma tendência crescente de responsabilizar os filhos que negligenciam os cuidados essenciais aos seus pais idosos. Essa responsabilização é uma forma de garantir a proteção dos direitos dos idosos e de promover a solidariedade intergeracional. Esse movimento na jurisprudência demonstra uma evolução na compreensão do dever de cuidado e da responsabilidade civil nas relações familiares, ampliando a tutela jurídica dos idosos.

Viegas e Barros (2020) destacam que o reconhecimento da responsabilidade civil pelo abandono afetivo inverso reflete a evolução do entendimento jurídico sobre a importância das relações afetivas e o valor do cuidado nas dinâmicas familiares. O debate jurídico sobre o tema se depara com a dificuldade de mensurar o dano moral e a subjetividade inerente às relações familiares.

A necessidade de comprovar a existência de uma violação ao dever de cuidado e o nexo causal entre a omissão dos filhos e o sofrimento dos pais idosos é um desafio. Segundo Tartuce (2011), a responsabilidade civil objetiva, que prescinde da prova de culpa, poderia ser uma solução para esses casos, mas sua aplicação nas relações familiares ainda encontra resistência doutrinária e jurisprudencial. A aplicação dessa nos casos de abandono afetivo inverso, enfrenta barreiras tanto no âmbito jurídico, quanto na efetivação prática das decisões judiciais. Logo, tal abandono não está explicitamente previsto na legislação, mas encontra fundamentação nos princípios constitucionais de proteção à dignidade da pessoa idosa e na solidariedade familiar.

O abandono afetivo inverso também causa impactos profundos na saúde mental e social dos idosos, contribuindo para o isolamento, depressão e sentimentos de rejeição. A negligência dos filhos afeta a autoestima dos idosos e agrava o sentimento de solidão, o que pode levar a uma piora no quadro de saúde mental e física (Landim; Oliveira, 2023). O projeto "EnvelheSer", mencionado por Landim e Oliveira (2023), destaca a importância da inclusão digital para combater o isolamento social dos

idosos e melhorar sua qualidade de vida. A inclusão digital pode ser uma ferramenta valiosa para minimizar os efeitos do abandono afetivo, ao proporcionar aos idosos meios de se manterem conectados socialmente e informados. A falta de habilidades digitais pode contribuir para o isolamento, reforçando a necessidade de projetos que promovam a inclusão tecnológica para a população idosa.

Calmon (2021) traz a reflexão sobre a necessidade de se equilibrar a responsabilidade civil com a preservação da autonomia do idoso e o respeito ao envelhecimento ativo. Ao responsabilizar os filhos que negligenciam seus pais, é crucial garantir que os idosos não sejam tratados como sujeitos passivos e dependentes. A inclusão digital, por exemplo, deve ser conduzida com respeito à individualidade e à vontade do idoso, evitando imposições ou intervenções invasivas.

Portanto, a responsabilidade civil no contexto do abandono afetivo inverso é um instrumento vital para assegurar a proteção dos idosos, promover a justiça e desencorajar a negligência dos filhos. Ela atua não apenas como um mecanismo compensatório pelos danos causados, mas também como uma ferramenta de conscientização e prevenção, reforçando o dever de cuidado e a solidariedade intergeracional.

A participação na comunidade, especialmente a inclusão digital, é direito da pessoa idosa que deve ser compartilhado entre a família, a sociedade e o Estado, em uma abordagem coletiva de responsabilidade.

## 6 DA NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO SUPORTE PARA AS FAMÍLIAS

Políticas públicas são programas e ações desenvolvidas pelo Estado para garantir e efetivar direitos previstos na Constituição Federal e em outras leis. São medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir, como no caso, a inclusão digital das pessoas idosas.

Em âmbito federal tem-se instituído o Programa Viver-Envelhecimento Ativo e Saudável pelo Decreto nº 10.133, de 26 de novembro de 2019 e tem como seu público-alvo a pessoa idosa:

> Art. 2º O Programa Viver - Envelhecimento Ativo e Saudável tem os seguintes objetivos:
> I - proporcionar a inclusão digital e social, para possibilitar a participação do idoso em atividades de saúde, tecnologia digital, educação, e a mobilidade física, com a melhoria da sua qualidade de vida; e
> II - contribuir para a promoção do direito ao envelhecimento ativo e saudável, por meio das diretrizes dispostas na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso e na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994.
> Parágrafo único. O Programa Viver - Envelhecimento Ativo e Saudável será implementado de forma descentralizada pelos órgãos e pelas entidades da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios.
> Art. 3º Os objetivos do Programa Viver - Envelhecimento Ativo e Saudável serão desenvolvidos por meio da promoção da:
> I - tecnologia digital, com vistas à inclusão digital do idoso por intermédio de cursos que o capacitem para o bom uso dos recursos tecnológicos, como redes sociais, informática básica e smartphones, dentre outros; (...). (Brasil, 2019)

Conforme artigo 6º do Decreto citado, a participação dos Estados, do DF e dos Municípios ocorre por meio de adesão a edital de chamamento público realizado pela Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. Deste modo, os entes federativos habilitados, são contemplados com a doação de conjunto de equipamentos compostos por: computadores, webcams, televisão e impressora. Considerando que no país tem-se atualmente 5.570 municípios. Dados levantados pela Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa junto aos Conselhos Estaduais da Pessoa Idosa demonstram que atualmente constam 27 Conselhos Estaduais e 3.178 Conselhos Municipais Cadastrados. Se

a maioria cumprisse o Programa Viver-Envelhecimento Ativo e Saudável, haveriam mais idosos incluídos no mundo digital.

Ainda, a nível federal, cita-se a Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, cuja realização é do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, com o apoio do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos e é palco de debates sobre os principais obstáculos e necessidades em termos de políticas públicas, voltadas para assegurar os direitos da população com 60 anos ou mais em todo Brasil. A conferência de 2021 aprovou alguns enunciados, dentre eles: "12 - Criar programas educacionais de cursos livres, oficinas e intercâmbios com temáticas voltadas para a pessoa idosa, como educação financeira, empreendedorismo, segurança doméstica, segurança alimentar, inclusão digital, arte, cultura, turismo etc;". Essa conferência também ocorre a níveis estadual e municipal, oportunidades em que discutem políticas públicas que buscam garantir um envelhecimento digno e de proteção aos direitos da pessoa idosa (Agência Brasil, 2021).

Está em tramitação o Projeto de Lei 1395/22, de autoria do então deputado Alexandre Frota, que cria o Programa de Inclusão Digital para Idosos visando ofertar acesso a cursos de inclusão digital nas entidades públicas de acolhimento de idosos. A proposta autoriza parcerias com universidades, organizações religiosas, organizações não governamentais e outras entidades com objetivo de fazer a inclusão da pessoa idosa, para o uso das novas tecnologias da informação, promover a socialização, permitir o acesso à informação, e tornar as pessoas mais independentes e dentro das possibilidades fazê-las produtivas para si mesmas. O projeto se encontra desde fevereiro de 2023 aguardando designação de relator na Comissão de Finanças e Tributação (Brasil, 2022).

A Organização das  Nações Unidas destaca a importância de garantir que as pessoas idosas possam participar do mundo digital, e lembra que a quarta revolução industrial, caracterizada por rápida inovação digital e crescimento exponencial, transformou todos os setores da sociedade (ONU, 2021). A inclusão digital da pessoa idosa, inegavelmente, acarreta uma série de benefícios como maior integração entre as pessoas,

convivência familiar e comunitária, acesso a informações e conexão entre gerações (Calmon, 2022).

A título de exemplo, existem aplicativos, que podem ser instalados nos smartphones que facilitam e alegram a vida diária das pessoas. No *Play Store*, em local de busca, digitou-se a palavra "idoso". Em resposta a este comando, disponibilizou-se os seguintes aplicativos: "BIG Launcher – por brasileiro" – aplicativo que transforma a tela inicial de forma simples para idosos e para pessoas com problemas na visão; "Teclado para Idosos" – aplicativo que transforma o teclado com teclas grandes dispostas em ordem alfabética; "Rádio Saudade" – amantes de clássicos do rock, pop, soul e blues dos anos 20 aos 80, o aplicativo Rádio Saudade reúne estações de rádio vintage do mundo todo; "*Coroa Metade*" – aplicativo de relacionamento especializado no público maduro. Existem vários outros; "CodyCross – Palavras Cruzadas" – aplicativo de palavras-cruzadas e "Easy Idoso" – aplicativo oferece tanto opções de atividades físicas para idosos quanto uma lista de associações de terceira idade, casas de repouso e centros de beleza utilizando a geolocalização do usuário. Existem vários outros.

Os aparelhos também propiciam segurança já que facilitam o acesso às autoridades, familiares, hospitais e ambulâncias a qualquer momento. O acesso ao mercado de trabalho também é um benefício para a inclusão digital dos idosos, principalmente em um contexto em que existe maior longevidade populacional, reformas nos sistemas previdenciários, impondo se o trabalho por mais anos para adquirirem o direito à aposentaria (Calmon, 2022).

Projetos como o "EnvelheSer" demonstram que a inclusão digital pode promover uma vida mais digna e ativa para os idosos, ajudando a combater a exclusão social e o abandono afetivo (Landim; Oliveira, 2023). A tecnologia pode atuar como uma ferramenta poderosa para minimizar a solidão e facilitar o acesso a serviços e informações. No entanto, a falta de habilidades tecnológicas é uma barreira significativa para muitos idosos, resultando em exclusão e dificuldade de manter contato com a sociedade de forma independente.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação sobre o envelhecimento na era virtual e o abandono afetivo inverso evidenciou uma problemática que vai além da simples exclusão tecnológica dos idosos. O abandono digital, identificado como uma forma contemporânea de negligência, reflete a falha dos familiares em proporcionar a inclusão digital necessária para os idosos poderem usufruir plenamente dos benefícios da sociedade moderna. Este cenário não apenas limita a autonomia e a qualidade de vida dos idosos, mas também acentua a sua vulnerabilidade, privando-os de uma participação ativa no mundo digital, o que é crucial para o seu bem-estar.

Ao analisar as implicações jurídicas do abandono afetivo digital, a pesquisa destacou a importância de se considerar este fenômeno sob a perspectiva da responsabilidade civil. A omissão dos filhos em relação à inclusão digital dos pais idosos não se resume a uma lacuna de afeto, mas configura uma violação aos deveres de cuidado e proteção previstos na legislação brasileira, especialmente no que tange ao artigo 229 da Constituição Federal. Essa omissão pode acarretar danos emocionais e sociais profundos, demandando uma resposta jurídica que reconheça e repare tais impactos.

Além disso, a discussão em torno do abandono afetivo inverso revelou a necessidade de um maior engajamento do Estado e da sociedade na promoção da inclusão digital dos idosos. Políticas públicas voltadas para a educação digital e o acesso à tecnologia devem ser implementadas para minimizar as barreiras enfrentadas pelos idosos, permitindo-lhes uma participação plena e digna na sociedade contemporânea. A inclusão digital emerge, portanto, não apenas como um direito, mas como um instrumento de proteção contra o isolamento social e a violação da dignidade dos idosos.

Diante disso, verificou-se que na verdade existe uma responsabilidade subsidiária, considerando que o Estado deve criar mecanismos a fim de implementar a alfabetização e a integração, promovendo medidas para incentivar o uso da internet. Já a família, deve assegurar a inclusão

digital no que se refere ao manejo, bem como aos cuidados necessários no âmbito digital.

Portanto, é necessário que haja uma reflexão sobre a urgência de mudanças nas práticas familiares e institucionais, de modo a promover uma sociedade mais inclusiva e consciente das necessidades e direitos dos idosos. A abordagem do abandono afetivo digital e a discussão de sua responsabilidade civil constituem passos fundamentais na construção de uma sociedade que valorize e respeite o envelhecimento, garantindo aos idosos um papel ativo e integrado na era virtual.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Conferência lança caderno de propostas para direitos dos idosos.** 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-10/conferencia-lanca caderno-de-propostas-para-direitos-dos-idosos. Acesso em: 13 set.2024.

ALKIMIM, Maria Aparecida; JUNIOR, Edson Camara de Drummond Alves. Direitos humanos da pessoa idosa na contemporânea sociedade digital**:** mecanismos de proteção e inclusão. **Revista Húmus**. Vol.10. N.30, 2020. Disponível em: https://cajapio.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/14885/8198. Acesso em: 03 set.2024

BERNARDO, Lilian Dias. As pessoas idosas e as novas tecnologias: desafios para a construção de soluções que promovam a inclusão digital. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia.** Rio de Janeiro. 17.jul.2022. DOI: https://doi.org/10.1590/1981-22562022025.230142.pt. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbgg/a/PMhnYJp4D4RBRMny573nrQx/?lang=pt. Acesso em: 03 set.2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1395/2022.** Institui o Programa de Inclusão Digital para Idosos e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2325125 . Acesso em: 18 set.2024.

BRASIL. **Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF, [2003]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 18 set.2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 18 set.2024.

ABANDONO digital de pessoas idosas pode levar à exclusão social. **IBDFAM,** Belo Horizonte. 25 fev. 2022. Disponível em: https://shre.ink/b5Wj. Acesso em: 03.set.2024.

CALMON, Patrícia Novais. **Direito das famílias e da pessoa idosa.** Indaiatuba: São Paulo. 2023.

CENSO 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos**. IBGE,** 27 out.2023. Disponível em: https://shre.ink/b5W7. Acesso em: 03 set.2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 set. 2024.

COSTA, Marília Freitas; FURTADO, Edina Lorrana da Silva. Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação.** São Paulo, v.9.n.11. nov. 2023.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Abandono afetivo de idosos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, 2019. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1372/abandono+afetivo+de+idosos. Acesso em: 15 set. 2024.

FARACO, Luciane Lovato**. A hipótese da reparação civil por abandono afetivo do idoso que decorre da infração ao dever de cuidado.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2018.

FURTADO, Edina Lorrana da Silva. Abandono Afetivo Inverso: Responsabilidade Civil dos Filhos em Relação aos Pais Idosos**. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação,** 2023. DOI: https://doi.org/10.51891/rease.v9i11.12382.

LANDIM, Marcos Jonaty Rodrigues Belo; OLIVEIRA, Evandro Nogueira de. **Promoção da qualidade de vida para idosos por meio da inclusão digital**: Pro-

jeto EnvelheSer. 2023. 17 f. Artigo (Pós-graduação em Ciência da Educação) – Centro Universitário Vale do Salgado. Ceará. 2023.

ONU – Organização das Nações Unidas. **ONU defende inclusão digital dos idosos e combate a estereótipos.** Disponível em: https://shre.ink/b5WL. Acesso em: 17 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil:** Atualização e Novos Desafios. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROJAS, Rafaela. **Abandono Imaterial:** uma releitura funcional do artigo 1.962, inciso IV, do Código Civil à luz do direito das pessoas idosas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2022.

SILVEIRA, Michele Marinho da; ROCHA, Josemara de Paula; VIDMAR, Marlon Francys; WIBELINGER, Lia Mara; PASQUALOTTI, Adriano. *Educação e inclusão digital para idosos***. Revista Novas Tecnologias na Educação,** Porto Alegre, v. 8, n. 2, 2010. DOI: 10.22456/1679-1916.15210. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/renote/article/view/15210. Acesso em: 03 set. 2024.

SIQUEIRA; Dirceu Pereira; TATIBANA, Caroline Akemi. O abandono afetivo inverso durante a pandemia e o dever de cuidado. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas,** Pouso Alegre, v. 38, n. 1, pp. 140-157, jan./jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2011.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. **Abandono afetivo inverso:** o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFRGS**.** [S.l.], v. 11, n. 3, 2016.

VIVIANI, Cristiane Benedita da Mota; PARENTE, Lucas Pessoa; IKUTA, Lídia Sadaco Minamizaki; BATISTONI, Samila Sathler Tavres; SILVA, Thais Bento de Lima. Inclusão digital e seus benefícios para idosos. **Revista Kairós – Gerontologia,** Vol.26, n.33, 2023.

# DESFILIAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO E MANUTENÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Ana Paula Brudnicki Barbosa[1]

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é analisar a evolução da parentalidade socioafetiva no contexto jurídico brasileiro, destacando a importância do afeto como valor normativo nas relações familiares. Busca-se compreender como as transformações sociais e as mudanças legislativas, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, têm contribuído para o reconhecimento da filiação socioafetiva como um vínculo legítimo, além de investigar o papel do Estado na proteção da dignidade dos membros da família, em particular das crianças e adolescentes, frente ao abandono afetivo, destituindo o vínculo biológico em detrimento do afetivo.

O problema de pesquisa centra-se na questão do reconhecimento da filiação socioafetiva em detrimento da filiação biológica, especialmente em casos de abandono afetivo., bem como quais são os critérios utilizados para validar esse reconhecimento e como a desfiliação pode ser promovida para assegurar a dignidade do filho que não se sente representada por um sobrenome que não reflete sua realidade afetiva.

1 Especialista em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em "Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Direitos e a Constituição Federal", vinculado ao PPGD da FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: ana.brudnicki@gmail.com.

Para tanto, faz-se a análise da evolução das famílias democráticas a e intervenção mínima do Estado quando a sua formação e a filiação socioafetiva como arranjo decorrente desta evolução e o abandono afetivo como motivo para a destituição do vínculo parental e supressão de seus efeitos na relação parental.

As hipóteses levantadas buscam analisar se a jurisprudência tem evoluído para reconhecer e proteger a filiação socioafetiva em detrimento da filiação genética como um vínculo parental legítimo e digno de proteção legal, além de verificar a aplicação dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade humana, reconhecendo a possibilidade de desfiliação em caso de abandono afetivo e o reconhecimento do vínculo socioafetivo como o único nessa situação.

Foi aplicado o método dedutivo partindo da premissa geral acerca da evolução do conceito de filiação, a necessidade da manutenção do dever de cuidado, o reconhecimento da filiação socioafetiva, o abando no afetivo para entender a desfiliação neste panorama, chegando à conclusão de que tal reconhecimento cria um vínculo legítimo e digno de proteção jurídica, baseado no afeto e na busca pela felicidade dos indivíduos, assegurando a aplicação do princípio da dignidade humana.

## 2 A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA TENDO O AFETO COMO VALOR NORMATIVO

A família é vista como o espaço primordial de socialização do ser humano, especialmente para as crianças em processo de desenvolvimento. É nela que a criança adquire as culturas e hábitos da sociedade em que está inserida e é responsável por prover as necessidades básicas e emergentes da criança, permitindo sua sobrevivência (Vygotsky, 1991).

Segundo a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade (ONU,1989).

As características da família sofreram diversas modificações ao longo dos últimos 100 anos. A sua formação pelo Código Civil de 1916 tem um viés patrimonializado e hierarquizado (Alves; Rosa, 2023) e, ao longo deste período, as características se dão pela afetividade entre seus membros, estabilidade na relação e ostensibilidade, além de figurar uma relação horizontal, sem nenhuma hierarquia entre os entes familiares (Rosa, 2022).

As entidades familiares tiveram essa mudança de paradigma com o advento da Constituição Federal, quando trouxe o olhar da dignidade da pessoa ao direito privado, em sua dignidade, e despatrimonializa as suas relações, ampliando a autonomia privada e, consequentemente, afeta as relações familiares como base da sociedade, trazendo outras formas de família, como as monoparentais e as advindas das uniões estáveis neste rol (Pereira, 2012). Essa mudança impactou diretamente as relações familiares, ressaltando a importância da afetividade entre seus membros e promovendo a estabilidade nas relações, caracterizada por uma horizontalidade que elimina hierarquias entre os diferentes integrantes (Rosa, 2022). A Constituição também assegurou a igualdade entre cônjuges e a igualdade entre filhos, extirpando a ideia de filho legítimo e ilegítimo (Rosa, 2022).

Ainda, a Carta Magna assegurou que a regulamentação legal das entidades familiares deve ser analisada de maneira concreta. Deste modo, a família receberá proteção jurídica e especial do Estado somente se realmente contribuir para a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de seus membros (Tepedino, 2001).

Deste modo, é fundamental reconhecer a entidade familiar como uma entidade democrática, aberta e diversa, com a principal missão de promover a dignidade de seus membros. A autonomia privada deve ser o princípio predominante, permitindo que cada indivíduo cultive e desenvolva suas relações afetivas conforme sua própria compreensão, sem interferência intrusiva do Estado (Alves; Rosa, 2023).

A relação familiar, segundo a afetividade, apresenta-se como um postulado normativo aplicativo, superior ao conceito principiológico do Direito de Família, sendo um alicerce jurídico imaterial necessário para

a correta interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes (Farias; Rosa, 2022), a qual busca estabelecer uma relação de confiança, sendo a negociação e o diálogo substituam a submissão a uma hierarquia nas relações familiares, caminhando para o nivelamento das relações entre pais e filhos (Rosa, 2022).

Nesta senda, a família é considerada o ambiente fundamental para a socialização do ser humano, especialmente durante a infância. É nesse espaço que a criança aprende as culturas e hábitos da sociedade à qual pertence, além de ser responsável por atender às suas necessidades básicas e emergentes, garantindo sua sobrevivência. (Vygotsky, 1991).

A família contemporânea, centrada em vínculos afetivos, possibilita que cada pessoa exerça seus direitos e liberdades de forma abrangente. O princípio da liberdade abrange a autonomia na formação, consolidação e dissolução da unidade familiar, bem como na gestão do patrimônio, planejamento familiar, transmissão de valores culturais, educação dos filhos e preservação da integridade pessoal. Esse modelo constitui uma família democrática (Moraes, 2012).

Tal conceito deriva das diversas configurações elencadas e são formadas por laços de afeto e solidariedade, visando ao pleno desenvolvimento de cada indivíduo. Seu vínculo se dá por meio da valorização, promoção e preservação da dignidade de todos os seus membros, assegurando a igualdade entre os adultos e o respeito às crianças. Esse equilíbrio é fundamental para uma convivência afetuosa e harmoniosa, permitindo que cada família estabeleça suas próprias normas de acordo com as aspirações de seus integrantes (Teixeira, 2023).

Nesta senda, as famílias democráticas não partem de um conceito estanque derivado de uma norma jurídica, mas sim das transformações sociais, os quais abrangem diversas formas de arranjos familiares, de acordo com a afetividade estabelecida entre aqueles que estão inseridos naquele contexto.

Com o avanço da sociedade e as formas de relacionamento, não cabe mais tão e somente as configurações familiares elencadas na Carta

Magna, sendo a filiação socioafetiva uma das relações que merecem destaque e proteção do Estado.

## 3 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito de paternidade socioafetiva teve origem na doutrina na década de 1990, por Edson Fachin que preleciona acerca da formação dos vínculos afetivos pelos laços de afeto, independentemente de vínculos biológicos e tem suas raízes na antiga expressão "posse de estado de filho", o que ocorre quando uma criança é tratada e reconhecida socialmente como filho, independentemente da sua origem filial. O conceito de paternidade socioafetiva também se estende aos irmãos, mãe e, em geral, a todos os membros da parentalidade (Pereira, 2015).

A verdade sobre a filiação não é apenas aparente, mas decorre do direito fundamental à filiação. A paternidade não se resume a um simples ato físico, mas é principalmente uma escolha consciente, indo além dos aspectos puramente biológicos, ou até mesmo presumidos biológicos, para adentrar de maneira poderosa e significativa no âmbito afetivo O ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica (Lôbo, 2006).

Nesta senda, a parentalidade socioafetiva decorre do aspecto afetivo e emocional da relação, independentemente dos laços biológicos ou legais (Paiano, 2022). Essa forma pode ocorrer em várias situações, como adoção, famílias recompostas, formadas por casais do mesmo sexo, ou até mesmo quando um membro da família, como um avô ou uma avó, assume o papel de pai ou mãe de fato em virtude do abandono ou impossibilidade dos genitores biológicos (Cardoso, 2014).

Quando tratadas as relações familiares segundo a afetividade, tal marco se apresenta como um postulado normativo aplicativo, superior ao conceito principiológico do Direito de Família, sendo "um alicerce jurídico

imaterial necessário para a correta interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes" (Farias; Rosa, 2022).

O Código Civil de 2002 trouxe a filiação socioafetiva no seu artigo 1.593[2], quando afirma que o parentesco pode ser civil ou natural. Para ser reconhecida a posse do estado de filho, é importante frisar que não há um conceito estanque a respeito do tema, mas é uníssona a condição de filho pelos laços de afeto, bem como a capacidade do indivíduo de externar a condição de filho de quem o criou e educou (Gomes, 2001). No entanto, para a sua configuração, é necessário que haja um tratamento entre o genitor e a prole como se filho fosse, a utilização do nome da família e o reconhecimento de terceiros da relação parental que ali foi estabelecida (Cardoso, 2014).

Com o fito de regular as questões acima dispostas, em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 898.060/SC, o qual firmou a Tese 622, reconheceu que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios."

Com esse entendimento, a Corte reconheceu a filiação socioafetiva mesmo sem registro, o que tinha uma certa resistência até então na doutrina, extirpou qualquer hierarquia entre a filiação socioafetiva e a biológica, bem como reconheceu a possibilidade da multiparentalidade no sistema brasileiro (Schreiber, 2019).

Pela evolução invocada pelo aresto que firmou a Tese acima ventilada, apresenta como fundamentação para a filiação socioafetiva o direito à busca da felicidade, premissa implícita ao princípio da dignidade humana,

> [...] que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos" e a superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias

2 Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

> construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos. (Brasil, 2016).

Ante a necessidade de proteção dos vínculos parentais baseados tanto na afetividade quanto na biologia de forma simultânea, visando garantir uma tutela abrangente e adequada para todas as partes envolvidas, ocorreu a regulamentação do pedido extrajudicial de filiação socioafetiva por meio do Provimento 63/2017 pelo Conselho Nacional de Justiça. No Provimento, foi determinada a vedação do registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento.

O reconhecimento da filiação socioafetiva resulta em efeitos jurídicos no âmbito sucessório. Nesse contexto, o filho tem direito a sucessão, assim como os genitores, além dos ascendentes e parentes, tanto em seu direito quanto por meio da representação, conforme Enunciado 33, IBDFam (Instituto Brasileiro de Direito de Família), no qual dispõe que

> [...] o reconhecimento da filiação socioafetiva gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

A filiação socioafetiva é a demonstração inequívoca que o afeto traz efeitos jurídicos e que o Estado precisa regular tais, a fim de configurar o seu valor jurídico e trazer a justiça às relações mantidas.

## 4 O DEVER DE CUIDADO DERIVADO DA AUTORIDADE PARENTAL E O ABANDONO AFETIVO

Independente da origem do vínculo, seja ele biológico ou socioafetivo, todo genitor deve exercer sua autoridade parental, a fim de garantir o cuidado ao seu filho. Caso não cumpra tal dever, sua omissão é passível de responsabilidade.

## 4.1 Autoridade parental

As transformações nas relações familiares têm levado a um novo reconhecimento das famílias, superando modelos ultrapassados. Hoje, é por meio do afeto que se percebe a família como uma entidade com a função social de promover a integração social. Nesse contexto, não há espaço para atitudes egoístas e individualistas; é fundamental criar um ambiente que garanta uma convivência harmoniosa e um desenvolvimento saudável e digno para todos os seus membros (Farias; Rosenvald, 2023).

O dever de cuidado foi incorporado como valor jurídico já foi incorporada ao nosso ordenamento, embora não com essa terminologia específica no artigo 227 da Constituição Federal[3], são utilizados termos e expressões que refletem suas diversas nuances (Brasil, 2012). O Código Civil de 2002 trouxe a modificação da nomenclatura atinente ao pátrio poder para poder familiar, derivada da igualdade entre os gêneros, ceifando qualquer ideia de hierarquia dentro da relação familiar, mas manteve o vocábulo poder, o que não é cabível dentro do ordenamento jurídico atual, visto que é uma obrigação imposta aos genitores e não a família (Rodrigues, 2004).

O poder familiar é um *munus* público imposto pelo Estado é exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto (Tartuce, 2018).

Não há mais espaço para usar a expressão poder familiar ou autoridade parental, pois todos são sujeitos de direito dentro dessa relação e demandam de proteção dentro das suas vulnerabilidades, razão pela faz-se necessária a nomenclatura do instituto como uma função parental (Rosa, 2022). Partindo então do pressuposto que essa função se trata de um dever para com crianças e adolescentes, vale ressaltar que, sim, o

3 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

objetivo deste instituto é garantir às crianças e os adolescentes os seus direitos fundamentais por serem considerados vulneráveis (Souza, 2019).

Diante a evolução não só da nomenclatura, mas também da interpretação do instituto, o poder familiar fica atrelado a uma obrigação dos pais em relação aos seus filhos, em lhes dar educação, alimento, afeto e toda a estrutura necessária para que cresçam e se tornem indivíduos preparados para o convívio em sociedade (Araújo; Santos, 2022).

Deste modo, busca-se garantir a proteção integral da criança e do adolescente dentro do seio familiar, com igualdade de direitos, onde os pais exercerão a função parental no sentido de manter encargos materiais os quais estão expressos no ECA e o Código Civil, bem como manter o dever de cuidado, oferecendo à eles a afetividade responsável (Rosa, 2022).

Assim, torna-se evidente que o cuidado, além de ser um elemento central nas relações familiares, assume uma relevância pública que deve ser reconhecida e respeitada, garantindo que todos os filhos tenham o direito à proteção adequada e ao desenvolvimento saudável em um ambiente seguro (Brasil, 2012).

O cuidado é caracterizado por elementos objetivos e tangíveis, permitindo sua verificação e comprovação, o que difere do amor. A distinção em relação ao amor reside na possibilidade de avaliar e quantificar o cumprimento dessa obrigação através de ações concretas, como presença física, contatos, mesmo que não presenciais, iniciativas voluntárias em benefício da prole e comparações entre o tratamento dispensado a outros filhos, quando houver. ˜Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever" (Brasil, 2012).

O cuidado é uma obrigação atinente a parentalidade e, caso não seja cumprida, pode levar ao dever de indenizar.

## 4.2 Abandono afetivo decorrente do descumprimento da autoridade parental

O abandono afetivo é um conceito que se refere à ausência de apoio emocional e afetivo por parte dos responsáveis ou figuras parentais em relação a uma criança ou adolescente. Essa falta de afeto pode manifestar-se de diversas maneiras, como a negligência emocional, a indiferença ou até mesmo a presença física dos pais sem a devida interação afetiva. Embora o termo possa parecer novo, suas repercussões são profundas e podem afetar o desenvolvimento emocional e psicológico da criança ao longo de sua vida (Madaleno, 2016).

As normas constitucionais evidenciam uma ampla compreensão do cuidado, refletindo um consenso crescente no âmbito científico sobre sua importância fundamental na formação dos filhos. A discussão em torno desse tema tem se tornado mais técnica, deslocando o foco da mensuração do intangível – que é o amor – para a verificação do cumprimento, descumprimento ou cumprimento parcial de uma obrigação legal: a de cuidar (Brasil, 2012).

Negar ao cuidado a sua natureza de obrigação legal representa uma violação da proteção constitucional destinada a crianças e adolescentes, conforme estabelecido no artigo mencionado, que enfatiza a necessidade de protegê-los de toda forma de negligência. Ao elevar o cuidado à categoria de obrigação legal, superamos o obstáculo frequentemente levantado nas discussões sobre abandono afetivo: a alegação de que não se pode obrigar alguém a amar (Brasil, 2012).

É crucial compreender que o debate não se centra na questão do amor, mas sim na imposição biológica e legal do dever de cuidar, que é um dever jurídico decorrente da liberdade dos indivíduos de gerar ou adotar filhos. O amor, por sua vez, relaciona-se a uma motivação que transcende os limites legais, inserindo-se no domínio meta-jurídico da filosofia, psicologia ou religião, dada sua subjetividade e a dificuldade em sua materialização (Brasil, 2012).

Clayton Reis (2019) conceitua o abandono afetivo decorrente da omissão parental para com os seus deveres, além de morais, também legais, e que descumprimento desse dever pode resultar em indenização, especialmente em razão das consequências prejudiciais que envolvem ofensas à honra, tanto subjetiva quanto objetiva, além da violação da integridade psíquica do indivíduo, que se sente privado do convívio familiar.

O abandono afetivo é uma lesão extrapatrimonial a um bem jurídico protegido que diz respeito à criança e/ou ao adolescente. Essa lesão ocorre devido à omissão do pai ou da mãe no exercício do poder familiar, especialmente no que se refere ao direito de convivência. Tal omissão configura um ilícito civil, resultando na obrigação de indenizar (Pereira, 2012).

Trata-se de um fenômeno que se insere no contexto das relações familiares e pode ter consequências graves para o bem-estar psicológico dos indivíduos afetados. O abandono afetivo é caracterizado pela falta de vínculo emocional, o que pode resultar em sentimentos de rejeição, baixa autoestima e dificuldades nas relações interpessoais na vida adulta. Essa falta de suporte emocional pode ocorrer tanto em famílias estruturadas quanto em famílias monoparentais ou reconstitucionalizadas, sendo um problema que transcende a configuração familiar (Lima, 2017).

As consequências do abandono afetivo podem ser devastadoras e manifestar-se de diversas maneiras. Crianças que experienciam essa ausência de afeto, tendem a apresentar problemas de saúde mental, como depressão, ansiedade e transtornos de comportamento. A falta de um ambiente afetivo seguro pode prejudicar o desenvolvimento emocional da criança, levando-a a dificuldades de socialização e a problemas de relacionamento ao longo da vida (Silva; Almeida, 2020).

Além disso, o abandono afetivo pode interferir na formação da identidade da criança. A ausência de figuras parentais afetivas contribui para a construção de uma autoimagem negativa, o que pode resultar em dificuldades nas relações afetivas futuras e na formação de vínculos saudáveis. As crianças podem crescer sentindo-se não amadas ou inadequadas, o que afeta suas interações sociais e emocionais. (Oliveira e Santos, 2019)

O reconhecimento do abandono afetivo como uma violação dos direitos da criança e do adolescente tem gerado uma crescente discussão sobre o papel do Estado e da sociedade na proteção desses indivíduos. A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, ao respeito e à dignidade.

O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir à criança uma firme referência parental, a fim de propiciar seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho (Brasil, 2012).

Quando comprovado o nexo causal entre o abandono afetivo e suas consequências, é cabível a reparação dos danos por meio de uma demanda indenizatória, em virtude da configuração do ato ilícito, conforme entendimento de nossa legislação civil pátria, em seu artigo 186, CC[4] (Cavaliere Filho, 2008).

O abandono afetivo gera o dever de reparar. No entanto, tal reparação não tem visa punir pais que não demonstram amor por seus filhos, mas por visar reparar danos advindos dessa situação. A indenização consiste, nesse caso, em reparar o dano emocional que se reflete em dano moral sofrido pela vítima, haja vista os pais terem o dever legal e moral em criar e participar da vida dos filhos e não agirem apenas como mero colaboradores de material genético para sua concepção, pois ser genitor é o mesmo que ser pai ou mãe? (Stolze, 2017).

Para fins de indenização, no entanto, deve o magistrado analisar criteriosamente cada caso, a dor e a humilhação causados, suas consequências

4 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

para a estipulação dos valores a serem pagos, uma vez comprovados os requisitos para o deferimento do pedido da indenização (Brasil, 2012).

O abandono afetivo é um tema complexo e multifacetado que merece atenção especial de profissionais da área da saúde, educação e direito. Suas consequências podem ser profundas e de longo prazo, afetando suas relações futuras e sua saúde mental. Deste modo, há a possibilidade de retirar os laços biológicos da certidão de nascimento para manter somente os laços socioafetivos.

## 5 A DESFILIAÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO E A MANUTENÇÃO DO VÍNCULO SOCIOAFETIVO

Segundo Lôbo (2024),

> a verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. A filiação jurídica foi construída com base em outros elementos que não só o genético. O direito deu um salto à frente da natureza na medida em que levou em conta as dimensões cultural, social e afetiva do ser humano.

É inegável que parentalidade e vínculo biológico são conceitos distintos, com valores diferentes. A parentalidade, seja biológica ou socioafetiva, é um valor jurídico do afeto que estabelece o estado de filiação, independentemente de reconhecimento judicial. Em contraste, o vínculo genético, conforme o artigo 226, §7º, da Constituição Federal, carrega o valor da origem natural como um determinante legal. Contudo, deve-se considerar que o vínculo biológico não deve ser mantido quando a relação paterno-filial contraria a realidade afetiva que deve orientar todos os vínculos (Alves, 2020).

A desfiliação é a perda da autoridade parental pelos genitores. Legalmente, há três possibilidades de ocorrer a desfiliação: quando ocorre a ruptura do vínculo biológico pela adoção, conforme o disposto pelo

artigo 1.638[5], do Código Civil; o vínculo ficto, que permite ao marido contestar a paternidade de filhos, declarando a inexistência do vínculo biológico; e o vínculo registral, que admite a ação negatória de paternidade mesmo após decisões transitadas em julgado, na ausência de provas genéticas (Alves, 2020).

No entanto, há a possibilidade de alteração em circunstâncias excepcionais, como o abandono afetivo, situação na qual o filho postula pela sua desfiliação por meio de uma demanda declaratória a fim de garantir o bem-estar emocional do descendente em razão do seu direito existencial, permitindo que se desvincule de um genitor não representa sua realidade afetiva, excluindo totalmente o seu vínculo parental, incluindo os direitos e deveres relativos à filiação (Alves, 2020).

A desfiliação, quando motivada pelo abandono afetivo, tem como escopo a quebra do não apenas resguarda o bem-estar emocional do filho, mas também reforça sua identidade social, uma vez que sua interpretação é derivada do desligamento do vínculo do poder familiar biológico, devido aos danos causados aos direitos da personalidade.

É importante frisar que a alteração ou supressão do patronímico não se confunde com a desfiliação, uma vez que seus efeitos são distintos. Segundo dispõe o art. 16 do CC/2002, "toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome". O direito ao nome, além da previsão na norma civilista, está constitucionalmente garantido pelo princípio basilar da dignidade humana, fazendo parte do rol dos direitos da personalidade. Conforme ensinamentos de Maria Helena Diniz (2008, p. 202), "o nome integra a personalidade por ser o sinal exterior pelo qual se designa, se individualiza e se reconhece a pessoa no seio da família e da sociedade".

5 Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
I - castigar imoderadamente o filho;
II - deixar o filho em abandono;
III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Em princípio, o nome, composto pelo prenome e pelos patronímicos, é imutável, em razão da necessidade de segurança jurídica nas relações civis. No entanto, a imutabilidade do nome não é absoluta, havendo no ordenamento jurídico diversas hipóteses de retificação, inclusão, supressão e alteração do prenome ou do patronímico, quando expõe o indivíduo ao ridículo, em casos de erro de grafia, ao atingir a maioridade civil, identidade de gênero, nome social e no caso de adoção (Zalcman; Silva e Souza, 2016).

A ausência de laços afetivos transforma a família em um ambiente de insegurança e hostilidade, de modo que a convivência do indivíduo com o sobrenome dos ascendentes pode resultar em desconforto e sofrimento psicológico e fere seu direito existencial. Chaves (2007, pp. 34-35) preleciona que:

> É de se reconhecer, assim, a possibilidade de mudança excepcional do nome nos casos em que a proteção da dignidade humana esteja evidenciada, sendo impossível, por óbvio, uma limitação legal taxativa. Seja qual for o caso, se a dignidade humana reclamar, admite-se a mutação. Não é por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça, proclamando esse entendimento, permitiu que um filho, abandonado pelo seu genitor, apesar de reconhecida a paternidade, alterasse seu nome patronímico.

Deste modo, a ausência de laços afetivos entre o genitor justifica a exclusão do sobrenome paterno por meio judicial, com base no artigo 57 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973)[6].

6 Art. 57. A alteração posterior de sobrenomes poderá ser requerida pessoalmente perante o oficial de registro civil, com a apresentação de certidões e de documentos necessários, e será averbada nos assentos de nascimento e casamento, independentemente de autorização judicial, a fim de:

I - inclusão de sobrenomes familiares;

II - inclusão ou exclusão de sobrenome do cônjuge, na constância do casamento;

III - exclusão de sobrenome do ex-cônjuge, após a dissolução da sociedade conjugal, por qualquer de suas causas;

IV - inclusão e exclusão de sobrenomes em razão de alteração das relações de filiação, inclusive para os descendentes, cônjuge ou companheiro da pessoa que teve seu estado alterado.

Neste caso, mantém-se o vínculo parental, bem como os direitos e deveres relacionados a tal relação, como os direitos a receber herança e o dever de amparar o pai idoso em caso de necessidades.

Quando há a configuração da desfiliação, há a possibilidade de manter somente os vínculos socioafetivos, quando já declarada a multiparentalidade, a fim de garantir a realidade fática ao contexto civil daquele filho (Distrito Federal, 2024).

A manutenção deste vínculo não se confunde com a adoção unilateral, pois já foi declarado o vínculo parental entre as partes e não está sendo postulada a sua configuração em detrimento ao vínculo biológico, posto que seja aplicado o artigo 43[7], do Estatuto da Criança e do Adolescente de forma subsidiária (Distrito Federal, 2024).

A exclusão do sobrenome do genitor em decorrência do abandono afetivo tem se tornado cada vez mais comum, pois é uma medida essencial para preservar a dignidade da criança, permitindo que ela se desvincule de um sobrenome que não reflete sua realidade afetiva.

## 6 CONCLUSÃO

A análise da formação da família contemporânea, pautada no afeto como valor normativo, revela uma transformação significativa nas dinâmicas familiares e na forma como a sociedade reconhece e protege esses laços. A evolução das relações familiares, destacada pela Constituição Federal, enfatiza a importância da dignidade, da afetividade e da igualdade entre os membros da família, promovendo um ambiente que favorece o desenvolvimento integral das crianças e adolescentes. Assim, a família é entendida não mais como um ente patrimonializado e hierarquizado, mas como uma entidade democrática, aberta e diversa, centrada nas relações afetivas.

7 Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos

Nesse contexto, a filiação socioafetiva emerge como um elemento crucial para compreender as novas configurações familiares. Essa forma de parentalidade transcende os laços biológicos, reconhecendo que o verdadeiro vínculo familiar é construído por meio do amor, do cuidado e da responsabilidade mútua. O reconhecimento da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro não só legitima essas relações, mas também garante direitos e deveres que são fundamentais para o bem-estar dos envolvidos, refletindo uma compreensão mais ampla e inclusiva da parentalidade.

O dever de cuidado, derivado da autoridade parental, representa uma responsabilidade legal e moral dos genitores em relação aos filhos. A Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelecem a proteção integral das crianças e adolescentes como prioridade, reafirmando que o cuidado não é apenas uma questão de afeto, mas um dever jurídico que deve ser cumprido. O abandono afetivo, como forma de violação desse dever, destaca a importância da proteção dos direitos da criança, evidenciando que a falta de apoio emocional pode ter consequências profundas e duradouras no desenvolvimento psicológico e social dos indivíduos, ensejando numa devida reparação ao filho.

A desfiliação em decorrência do abandono afetivo apresenta-se como uma medida necessária para resguardar a dignidade da criança, permitindo que ela se desvincule de um sobrenome que não representa sua realidade afetiva. Com a afirmação da multiparentalidade, a formalização da desfiliação se torna um passo importante para garantir a verdade sobre a parentalidade e assegurar que o afeto prevaleça nas relações familiares. Essa abordagem não apenas reflete a mudança nas concepções de família, mas também reafirma o papel do Estado em regular as relações familiares para promover a justiça e a equidade.

Por fim, a proteção dos vínculos parentais reais, é fundamental para assegurar a dignidade da pessoa. A legislação e a jurisprudência têm avançado na direção de reconhecer a complexidade das relações familiares contemporâneas, permitindo que o afeto e a responsabilidade compartilhem um espaço central nas interações parentais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jonas Figueiredo. **Desconstituições da filiação em rupturas do vínculo paterno-filial.** Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-13/processo-familiardesconstituicoes-filiacao-rupturas-vinculo-paterno-filial/. Acesso em: 04 out. 2024.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

ARAÚJO, Maria Eduarda Batista de; SANTOS, Kaio de Bessa. A destituição do poder familiar: solução ou problema?. **Revista RECIFAQUI**, v. 1, n. 12, 2022, p. 431-449.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 08. Jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05. mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP, Terceira Turma, julgado em 24 abr. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico,** 10 mai. 2012. Relator para o acórdão: Min. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://shre.ink/b5We. Acesso em 03 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.887.697/RJ, Terceira Turma, julgado em 21 set. 2021. **Diário de Justiça Eletrônico,** 23 set. 2021. Relator para o acórdão: Min. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: https://shre.ink/b5Wb. Acesso em 03 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 622. Agravo em Recurso Extraordinário n.1.244.957. 692.186. **Diário de Justiça Eletrônico,** 30. set. 2016. Relator para o acórdão: Min. Luiz Fux. Disponível em: https://shre.ink/b5Wg Acesso em 03 out. 2024.

CARDOSO, Simone Tassinari. **Notas sobre parentalidade socioafetiva**. Trabalho aprovado e apresentado no II Congresso Brasileiro de Direito Civil, Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL. Curitiba, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.** Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito. Diário de Justiça, 17 de novembro de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019.** Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Diário de Justiça, 14 de agosto de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios. APELAÇÃO CÍVEL 0736113-86.2023.8.07.0016, 8. Turma Cível, Relatora: Des. Carmen Bittencourt, 09. mai. 2024. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14. mai. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5Wd. Acesso em 03 out. 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino. **Teoria Geral do Afeto.** 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Enunciados do IBDFam**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam. Acesso em: 05 jul. 2024.

LIMA, Maria Helena G. de. **Abandono Afetivo e suas Consequências: Um Estudo Psicológico.** São Paulo: Editora Vozes, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a verdade real.** Revista CEJ n. 34. Brasília: 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Instituto Brasileiro de Direito de Família: Belo Horizonte, 23. mar. 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5Wl. Acesso em: 10 set. de 2024.

MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo.** GEN Jurídico: 2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-custo-do-abandono-afetivo/417461259. Acesso em: 10 set. de 2024.

OLIVEIRA, João; SANTOS, Maria. A Formação da Identidade e o Abandono Afetivo. **Cadernos de Psicologia da Infância**, v. 8, n. 2, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Nova Iorque: ONU, 1989. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca. Acesso em: 04. mar. 2024.

PAIANO, Daniela; OLIVEIRA, Luiza Ribeiro. **Da Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade e seus efeitos no Direito Sucessório**. RIOS -Revista Científica do Centro Universitário do Rio São Francisco. v. 17 n. 35 (2022). Disponível em: https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/731. Acesso em: 19. mar. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões:** ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre; Belo Horizonte, ano XIII, n. 29, p. 5-19, ago./set. 2012.

REIS, Clayton. **Dano moral.** 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Mínimo na Prática Jurídica.** São Paulo: Juspodivm, 2023.

SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622**: a Multiparentalidade e seus Efeitos**.** Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982. Acesso em: 03. jul. 2024.

SILVA, Ana Paula; ALMEIDA, Roberto. Impactos do Abandono Afetivo na Saúde Mental de Crianças e Adolescentes." **Revista Brasileira de Psicologia**, v. 12, n. 3, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil,** 1. ed. Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Direito de Família,** v. 05. São Paulo: Forense, 2018.

TEIXEIRA, Ana Brochado; MORAES, Maria Celina Bodin de; Contratos no Ambiente Familiar. In TEIXEIRA, Ana Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Diálogos Interdisciplinares. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. *In:* **Temas de direito civil.** 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VYGOTSKY, L.S. **A formação social da mente.** São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ZALCMAN, Vivian Gerstler; SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo. **A alteração do nome**: o abandono afetivo e o vínculo socioafetivo. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-28/direito-civil-atual-alteracao-nome-abandono-afetivo-vinculo-socioafetivo/. Acesso em: 04 out. 2024.

# INDIGNIDADE POR ABANDONO AFETIVO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS SUCESSÓRIOS: A NECESSÁRIA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Alexandra Neves Pinheiro[1]
Desyrrê Moraes Lemes Mota[2]
Helena Gil Klein[3]

## 1 INTRODUÇÃO

O direito de família tem em sua atuação princípios que são de extrema relevância para aplicabilidade jurídica dos institutos legais, e, por isso, um dos temas de grande discussão nos últimos anos tem sido o afeto. A afetividade perpassa pelas relações familiares como princípio e

1 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Processo Civil pela UniDombosco. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal", vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. alexandra.kpadvocacia@gmail.com.

2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Constituição Federal", vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. desyrreadv@gmail.com.

3 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal", vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. helenaklein.adv@gmail.com.

como fundamento do direito, principalmente no que está direcionado à prole, já que estes são tratados como hipervulneráveis pela etapa de desenvolvimento em que se encontram.

E se o afeto permeia as relações familiares como uma forma de estabelecer e garantir direitos, pode-se estender esse entendimento para quando a ausência desse afeto atingir as relações familiares e causar danos psicológicos, emocionais e materiais ao desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Identificados esses danos, a doutrina e a jurisprudência têm se valido do abando afetivo para aplicar a indenização por ferir o dever constitucional do cuidado para com a prole. Assim, surge a discussão da possibilidade de o abandono afetivo gerar consequência também no direito sucessório.

Neste sentindo, questiona-se a possibilidade da aplicação do instituto da deserdação de um pai e/ou uma mãe, por indignidade configurada pelo abandono afetivo de um filho, buscando compreender, com o uso do método dedutivo, essa aplicabilidade por meio da discussão doutrinária e jurisprudencial.

Para tanto, este estudo foi estruturado em quatro partes: a primeira explora o conceito de hipervulnerabilidade; a segunda apresenta um panorama de decisões judiciais sobre abandono afetivo; a terceira e a quarta parte abordam o instituto da deserdação e as possíveis alterações do Código Civil que podem ou não contribuir para essa aplicabilidade.

## 2 HIPERVULNERÁVEIS: A NECESSÁRIA PROTEÇÃO E AS POSSIVÉIS CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DE SEUS DIREITOS

Com a queda da figura do patriarcado e a utilização da primazia da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, as crianças e adolescentes deixaram de ser mero objeto da vontade pai, passando a ser sujeitos de direitos, o que também acabou modificando a organização da vida privada quanto a formação da família (Zapater, 2023, p. 40).

As inovações previstas na Carta Magna de 1988, trazer para o conceito atual de família uma isonomia constitucional entre homens e mulheres e o princípio constitucional implícito da afetividade, inserindo no seio familiar o dever de cuidado e a solidariedade familiar, estabelecendo deveres relativos às relações familiares (Hironaka, 2018, p. 358).

Toda a mudança legislativa e o reconhecimento dos infantojuvenis como pessoas e, portanto, portadores de garantias e direitos, foi relevante para a proteção necessária que essa fase do desenvolvimento envolve, já que crianças e adolescentes são considerados vulneráveis pela fase de vida que se encontram (Amin, 2021, p. 25).

A vulnerabilidade é um estado da pessoa, que por este motivo corre algum risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses. Esta vulnerabilidade pode ser uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, mas que é capaz de fragilizar e enfraquecer a pessoa de direitos desequilibrando a relação (Marques, Benjamim e Miragem, 2010, p. 120).

No caso das crianças e adolescentes, estes se encontram em fase de desigualdade emocional, psicológica e material com os adultos pela sua idade e sua autonomia no quesito sobrevivência, e é justamente isso que os torna vulneráveis, pois dependem de seus pais para que tenham um desenvolvimento pleno e saudável (Marques; Miragem, 2014, p. 127-128).

Essa fragilidade advinda da fase de desenvolvimento, pode ainda ter um agravamento, chegando a se tornar hipervulnerabilidade, devido a personalidade ainda em desenvolvimento, demandando assim amparo material para sua sobrevivência e amparo afetivo a construção de uma personalidade saudável (Oliveira, 2022, p. 23), visto que sua formação merece proteção integral, sendo dever da sociedade e principalmente da família (artigo 227 da Constituição Federal)[4], garantir que esses direitos não sejam violados (Tepedino; Teixeira, 2020, p. 19).

4 Artigo 227 da Constituição Federal: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Outro fator que pode gerar esse agravamento da vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes é portar algum tipo de deficiência. Vulneráveis pela sua fase de desenvolvimento, a deficiência traz particularidades e condições que os tornam ainda mais dependentes tanto materialmente quanto afetivamente dos pais, pois precisam ainda mais de apoio em seu crescimento (Amin, 2021, p. 114).

Por isso, os infantojuvenis são reconhecidos como frágeis numa relação parental, precisando de garantias diferenciadas, provocando assim uma nova interpretação para a isonomia perante a lei, pois sua condição reflete diretamente em um dever de proteção e promoção que será exercido na convivência familiar (Oliveira, 2022, p. 18).

A convivência familiar, que está positivada como direito fundamental da criança e do adolescente, no artigo 227 da Constituição Federal, e prevista ainda no Código Civil nos artigos 1.589 e 1.583, § 2º, é de suma relevância para o desempenhar do dever do cuidado e do afeto (Rosa, 2023, p. 667).

No entanto, não é novidade que exista um abandono que ultrapassa a esfera material. O abandono afetivo, figurado como destaque no abandono imaterial, é a violação direta do dever de cuidado e da responsabilidade parental dos pais para com os filhos. Por ser uma imposição jurídica, a ausência do dever de cuidado, onde se exerce o afeto, caracteriza um ato ilícito e pode ser fato gerador para uma indenização (Pereira, 2021, p. 397).

A tese do abandono afetivo de um hipervulnerável está fundada sob a égide da dignidade humana, pois é neste princípio constitucional que é reconhecido às necessidades emocionais e psicológicas da prole, estando ligado ao direito à família e à convivência familiar. Vale ressaltar que apesar de muito se falar do afeto, as obrigações de cuidado ou relacionadas ao desenvolvimento saudável dos filhos não impõe o amor filial, mas sim o dever de cuidado (Dias; Silva e Dias, 2024, p. 157).

Dessa forma, o afeto se torna um ponto de reflexão importante para o direito de família e para o direto sucessório, uma vez que os aspectos patrimoniais também fazem parte das relações familiares. E, se o

abandono afetivo pode afetar as famílias gerando um direito a reparação civil, o aspecto sucessório também deveria ser afetado, uma vez que ausência do afeto e do dever de cuidado gera também uma ausência de vínculo familiar, vínculo este necessário para configurar os herdeiros de um patrimônio (Calderón, 2017, p. 148).

Isso porque, a sucessão significa a transferência patrimonial de uma pessoa falecida devido a hereditariedade, seja essa transferência que por disposição de última vontade ou por determinação da lei, o que acaba por presumir a vontade do falecido (Tartuce, 2020, p. 3).

Mas quando se olha para à potencialidade de vinculação ao Direito de Família, a sucessão ocorre dentro do seio familiar, caso não exista uma disposição testamentária em contrário, o que evidencia que o legislador optou por uma ordem de vocação hereditária em que coloca os descendentes, ascendentes, cônjuges e parentes colaterais como os sucessores legítimos da herança (Venosa, 2018, p. 11).

Frente então a essencialidade do afeto para o desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, mas que por motivo injustificado são abandonados por aqueles que tem o dever de cuidado, passasse a discutir, sob a ótica sucessória, a possibilidade da deserdação por abandono afetivo.

## 3 ABANDONO AFETIVO SOB À OTICA DO JUDICIÁRIO

Hodiernamente, é cada vez mais comum os filhos procurarem o Judiciário como última alternativa em busca de amparo frente ao descompromisso dos seus pais (Pereira, 2021, p. 405). Considerando que o direito à convivência é um dever, que se não cumprido gera impactos emocionais profundos, que podem prejudicar o desenvolvimento saudável dos filhos, a dor e o sentimento de abandono podem deixar marcas duradouras e irreversíveis (Dias, 2021, p. 140). Desse modo, tem o Judiciário o papel de aplicar sanções, evitando que os direitos e deveres inerentes ao poder familiar se tornem apenas de cunho moral, desprovidos de força jurídica (Pereira, 2021, p. 411).

Antes de adentrar na sentença já referida - que admitiu a exclusão do genitor da herança da filha em razão do abandono afetivo, necessário se faz esclarecer alguns pontos sobre o abandono afetivo e sua repercussão no ordenamento jurídico. Pode-se afirmar que se trata de uma omissão dos progenitores, ou de um deles, no dever de cuidado para com a prole (Souza, 2020, p. 100). Assim, fere além das normas infraconstitucionais, viola também o direito fundamental à convivência familiar assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal (Dias, 2022, p. 239) e o dever de cuidado elencado no artigo 229 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

O tema em si gerou uma polêmica discussão para o Direito das Famílias no que tange a possibilidade ou não do dever de indenizar por abandono afetivo que chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que em 2005, no Recurso Especial n. 757.411/MG se posicionou contrário à indenização, fundamentando que a ausência de afeto, não poderia, por si só, ser indenizada por dano moral e que a reparação monetária poderia afastar definitivamente a possibilidade de restabelecimento do vínculo afetivo (Brasil, 2005).

Entretanto, anos depois, mais precisamente em 2012 ao apreciar o Recurso Especial n. 1.159.242/SP, o STJ reformou entendimento referido anteriormente, condenando o genitor ao pagamento de indenização em favor da filha com o argumento de que ele teria se omitido do dever de assistência das necessidades previstas em lei, desde a sua infância. Esse julgado se tornou paradigmático e até hoje é lembrado pela frase "amar é faculdade, cuidar é dever" (Brasil, 2012). Afastando assim o dever de indenizar do campo do afeto para o dever de cuidado, intrínseco do poder familiar. Ou seja, restou reconhecido que o abandono moral gerou a obrigação de indenizar por dano afetivo (Dias, 2022, p. 239). Sendo assim, mesmo que de maneira tardia, a condenação gera para aqueles que se afastaram da prole por opção um efeito pedagógico (Rosa, 2023, p. 585).

Recentemente, o abandono afetivo ganhou nova repercussão quando foi admitido como causa de indignidade e como consequência o genitor foi excluído da herança da filha. A indignidade está prevista no Código Civil nos artigos 1.814 a 1.818 (Brasil, 2002), e trata de

comportamentos que tornam o herdeiro indigno de receber herança, como a prática de crimes contra o autor da herança. No entanto, apesar de não estar no rol mencionado, o abandono afetivo tem ganhado relevância.

A decisão do processo nº 0716392-43.2021.8.07.0009, proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível de Samambaia, se tornou um marco importante no reconhecimento do abandono afetivo como causa de exclusão da herança por indignidade. No caso em comento o juiz excluiu o genitor ausente da herança da filha com deficiência. Na decisão o magistrado mencionou que o pai não cumpria seus deveres morais e legais, destacando a ausência prolongada e a falta de qualquer suporte emocional ou material à filha ao longo da vida (Brasil, 2024).

Outros pontos também cruciais para a decisão foram a existência de uma ação de execução de alimentos, comprovando que a ajuda material não era feita de forma espontânea. Assim como a pontual juntada de fotos de ocasiões festivas, demonstrando a ausência no cotidiano da filha nos quarenta anos que se passaram (Brasil, 2024). A citação dos poemas José [5] e no meio do caminho [6], ambos do Carlos Drummond de Andrade na sentença reforçam a sensibilidade com que o tema foi tratado,

5 E agora, José? A festa acabou, a luz apagou, o povo sumiu, a noite esfriou, e agora, José? e agora, você? você que é sem nome, que zomba dos outros, você que faz versos, que ama, protesta? e agora, José? Está sem mulher, está sem discurso, está sem carinho, já não pode beber, já não pode fumar, cuspir já não pode, a noite esfriou, o dia não veio, o bonde não veio, o riso não veio, não veio a utopia e tudo acabou e tudo fugiu e tudo mofou, e agora, José? E agora, José? Sua doce palavra, seu instante de febre, sua gula e jejum, sua biblioteca, sua lavra de ouro, seu terno de vidro, sua incoerência, seu ódio — e agora? Com a chave na mão quer abrir a porta, não existe porta; quer morrer no mar, mas o mar secou; quer ir para Minas, Minas não há mais. José, e agora? Se você gritasse, se você gemesse, se você tocasse, a valsa vienense, se você dormisse, se você cansasse, se você morresse... Mas você não morre, você é duro, José! Sozinho no escuro qual bicho do mato, sem teogonia, sem parede nua para se encostar, sem cavalo preto que fuja a galope, você marcha, José! José, para onde? (Andrade, Carlos Drummond de, "José").

6 No meio do caminho tinha uma pedra tinha uma pedra no meio do caminho tinha uma pedra no meio do caminho tinha uma pedra [...] (Andrade, Carlos Drummond de, "No meio do caminho").

demonstrando que a questão envolve não apenas a dimensão jurídica, mas também uma visão humanista e ética sobre as relações familiares.

O julgador entendeu que mesmo que houvesse obstáculos nessa criação, eles deveriam ter sido superados, uma vez que segundo ele "ser pai é uma missão; e não é mera reprodução", é "ser amigo leal nas horas certas e severo com brandura quando for preciso". Para finalizar o arranjo poético, o magistrado finalizou: "Não litigue, Sr. José, pela herança de uma filha que o senhor não criou; não litigue pela cota parte de um lar que você não habitou; não litigue por um amor que você não semeou; não litigue" (Brasil, 2024).

A inclusão dos trechos poéticos na sentença proferida foi uma forma de o juiz demonstrar a gravidade e as consequências emocionais da negligência parental, ressaltando que a ausência não é apenas física, mas também emocional e moral. Servindo para reforçar a ideia de que o abandono afetivo pode ser uma forma de violência contra a dignidade do indivíduo. Em que pese tenha reconhecido que a exclusão por indignidade, tradicionalmente, é aplicada em casos mais extremos, como quando o herdeiro comete crimes graves contra o autor da herança (homicídio, calúnia etc.) afirmou estar diante de uma situação injusta, que mereceu que a lei fosse afastada para fazer justiça (Brasil, 2024).

Essa decisão é significativa, pois ilustra a tendência emergente de considerar o abandono afetivo como um comportamento indigno, ainda que a legislação atual não preveja explicitamente essa situação entre as causas tradicionais de indignidade. Esse precedente abre caminho para debates sobre o abandono afetivo e seu impacto nas relações sucessórias, criando uma ponte entre o direito e a realidade social que muitas famílias enfrentam.

## 4 EXCLUSÃO DE HERDEIROS E A DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

O sistema sucessório adotado pelo Brasil é dual, de modo que a sucessão *causa mortis* se dá por lei ou por disposição de última vontade, quando houver, aqui compreendida como a sucessão testamentária

(Madaleno, 2020, pp. 20-21). O evento morte marca o momento do nascimento do direito dos herdeiros aos bens do *de cujus*.

Com a abertura da sucessão, ocorre a consagração do princípio da *saisine*: a transmissão imediata da posse de direitos, da propriedade e das obrigações do falecido aos seus herdeiros legítimos e testamentários. "Até então, os sucessores são titulares tão somente da expectativa de direito" (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 34).

Tepedino, Nevares e Meireles (2022, p. 19), explicam, acerca da sucessão legítima necessária, que ela "é aquela que não pode ser excluída pela vontade do *de cujus*, dando origem aos herdeiros necessários e à quota necessária, também denominada legítima". Garante, assim, maior proteção aos herdeiros necessários, reservando-lhes metade dos bens da herança, que representam parte disponível do patrimônio.

Em observância à ordem da vocação hereditária prevista no artigo 1.829 e seguintes do Código Civil, a sucessão legítima deverá observar a seguinte ordem: descendentes em concorrência com cônjuge ou companheiro; ascendentes em concorrência com cônjuge; cônjuge sobrevivente; colaterais. O *codex* diferencia os herdeiros legítimos facultativos (colaterais) dos necessários (descendente, ascendente e cônjuge), uma vez que "estes últimos não podem ser excluídos da sucessão pela simples vontade do autor da herança, salvo se forem deserdados ou declarados indignos" (Cavalcanti, 2022, n.p.). Vê-se, assim, que a legítima é "intangível, não podendo ser diminuída na essência ou no valor, por cláusula testamentária" (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 21).

> Importa registrar que o chamamento hereditário da lei ou do testamento pressupõe limites à livre disposição dos bens que toda pessoa tem, cuja restrição se sustenta na proteção familiar, princípios e valores legalmente priorizados em benefício dos descendentes, ascendentes, cônjuge e convivente, que não tenham casado ou convivido pelo regime da comunhão universal de bens, ou pelo regime obrigatório da separação de bens (Madaleno, 2020, p. 347).

Diante da tutela conferida à legítima, para afastar o herdeiro ou o legatário que tem legitimidade sucessória, é preciso a prática de atos previstos na lei ofensivos ao autor da herança que justifique o impedimento de suceder. São os casos da indignidade e deserdação, que têm seus róis taxativos no artigo 1.814 e artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil. A indignidade é a privação do direito hereditário, cominada por lei, a quem, herdeiro ou legatário, cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou aos interesses do *de cujus*. Já a deserdação consiste na disposição testamentária que visa a excluir o herdeiro necessário da sucessão, também por ter praticado determinados atos contra a pessoa ou aos interesses do testador (Tepedino, Nevares, Meireles, 2022, p. 44).

> [...] tanto a indignidade, quanto a deserdação possuem natureza de pena privada. A ilegitimidade advém de circunstância de fato. Embora indignidade e deserdação tenham natureza diversa da ilegitimidade, operam como se fosse a própria incapacidade, uma vez que privam o indigno ou deserdado de adquirir a heranças (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 44).

A indignidade é declarada por sentença, devendo a ação declaratória de indignidade ser proposta no prazo decadencial de quatro anos, a contar da abertura da sucessão (artigo 1.1815 do Código Civil), pela prática de atos ofensivos ao autor da herança (homicídio doloso, tentado ou consumado, a denunciação caluniosa em juízo contra o autor da herança e o ato que, violenta ou fraudulentamente, impeça a livre disposição dos bens por ato de última vontade), e abrange todos os sucessores do autor da herança sejam eles necessários ou facultativos (Carvalho, 2017, p. 739). O artigo 1.815-A do Código Civil, modificado pela Lei nº 14.661, de 24 de agosto de 2023, prevê que em qualquer dos casos de indignidade, havendo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a exclusão do herdeiro ou legatário indigno será automática, independente de sentença em ação declaratória de indignidade.

A deserdação, por sua vez, atribui-se apenas aos herdeiros necessários – tanto a deserdação dos ascendentes por seus descentes quanto ao contrário -, iniciada mediante declaração de vontade do autor da herança, tendo como motivadores, além das causas da indignidade, ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com padrasto ou madrasta, desamparo em alienação mental ou grave enfermidade.

Dessa forma, ao comportamento do herdeiro que agiu injustamente com o falecido deu-se a reprimenda, tanto na concepção moral como na legal. No entanto, embora os institutos aqui tratados possuam a mesma finalidade, qual seja: a punição, eles não se confundem. A pena aplicada aos casos de indignidade decorre por força de lei e não depende do autor da herança. Caso algum dos atos previstos no artigo 1.814 do Código Civil seja praticado, o herdeiro ou legatário será excluído por determinação legal. Na deserdação, conforme Tepedino, Nevares e Meireles (2022, p. 44), "além da manifestação de vontade do testador, o interessado necessita intentar ação própria, da mesma forma que na indignidade".

A exclusão, seja por indignidade quanto por deserdação, é uma punição aplicada ao herdeiro ou legatário e não deve passar para os descendentes dos excluídos, pois seus efeitos são pessoais, não alcançando quem não praticou os atos que deram ensejo a tal punição (Cavalcanti, 2022, n.p.). Assim sucedem os herdeiros do excluído como se ele morto fosse, conforme preceitua o artigo 1.816 do Código Civil (Brasil, 2002).

Em relação ao momento de ocorrência das causas de exclusão, temos que aquelas que dizem respeito à indignidade pode ocorrer após a morte do autor da herança, visto que não há necessidade de que ele tenha tomado conhecimento em vida. Por outro lado, quanto à deserdação, "as causas que dão lugar à deserdação são necessariamente anteriores à morte e conhecidas pelo autor da herança, que as declarará no testamento" (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 53). Destaca-se que deve "o testador referir a expressa declaração de causa e somente dentre aquelas previstas na lei, que são taxativas, verdadeiro *numerus clausus* que não comporta interpretação analógica" (Madaleno, 2020, p. 349).

Madaleno (2020, p. 349) traz severas críticas às restrições interpretativas das causas de exclusão na legislação brasileira:

> Embora em outros países as causas de indignidade e de deserdação sejam mais amplas e atualizadas, deixando o Direito brasileiro uma desconfortável e frustrante sensação de que desconhece a realidade das relações familiares, especialmente em tempos de constante violência familiar, de toda a índole e para todas as direções, que não condiz com os gestos de solidariedade e de afetividade familiar, cujos valores justamente deveriam nortear o universo das relações intrafamiliares, pois são os mecanismos que impulsionam o direito à legítima, concretizando, por sua reciprocidade entre sucedidos e sucessor, os princípios da proteção familiar e da dignidade à pessoa humana (Madaleno, 2020, p. 349).

É importante atentarmo-nos que nos casos de desamparo de ascendente ou descente em alienação mental ou grave enfermidade, muitas vezes a vítima (então autor da herança), nessas circunstâncias, não tem discernimento ou condições físicas para declarar a deserdação por meio de testamento, de tal maneira que melhor seria a opção legislativa como uma das hipóteses das causas de exclusão por indignidade (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 51).

Salienta-se, também, os debates acerca da possibilidade de haver a exclusão de herdeiro por abandono afetivo e moral do autor da herança, tanto para os casos de indignidade como para os de deserdação. Mais, o simples abandono já deveria ensejar a exclusão do herdeiro da sucessão, em especial pela dependência absolutamente presumida de crianças e adolescentes em relação aos seus pais (e a sua condição de hipervulnerabilidade), "sendo esta posição corroborada pelo fato de existirem precedentes judiciais que reconhecem o abandono afetivo como causa de responsabilidade civil" (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 51).

Verifica-se, assim, que os institutos que tratam das exclusões de herdeiros carecem de um olhar mais atento e humanizado do legislador, atentando-se aos valores da família contemporânea e das suas relações

afetivas, tendo em vista que estes são os mecanismos que impulsionam a legítima, pois a relação jurídica sucessória responde aos vínculos de afeto e de solidariedade.

## 5 EXCLUSÃO DE HERDEIROS NO ANTEPROJETO DE REVISÃO E ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Em setembro de 2023 instalou-se a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, sob a coordenação do ministro Luis Felipe Salomão, do Supremo Tribunal de Justiça. A subcomissão de direito das sucessões, coordenada pelo seu relator, o advogado e professor Mário Luiz Delgado, e integrada pelos também professores Giselda Hironaka, Gustavo Tepedino e César Rocha (Brasil, 2024, pp. 302-308).

Acerca do resultado da formulação das propostas afetas ao livro de sucessões e do compromisso com as recentes transformações sociais, impõe citar as próprias palavras escritas no relatório final:

> [...] o trabalho foi resultado das pesquisas feitas pelos membros da Comissão perante a sociedade civil, a comunidade jurídica, a jurisprudência, os enunciados das Jornadas promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e as experiências legislativas de outros países, tudo com a preocupação de atualizar o Código Civil brasileiro às transformações sociais recentes (Brasil, 2024, p. 302).

As críticas dos doutrinadores à defasagem do Código Civil, no que tange ao direito das sucessões, são inúmeras, seja pela desatualização face a legislação estrangeira, pela desatenção aos valores da família contemporânea e das suas relações afetivas, pela ausência de atenção à autonomia privada ou pela lacuna na proteção específica dos herdeiros vulneráveis[7].

As mudanças ocorridas no âmbito familiar refletem sobremaneira as transformações da sociedade, de modo que "a família deixou de

7 Neste sentido, cita-se alguns exemplos Brasil, 2024, p. 302-308; Madaleno, 2020, p. 349; Tepedino, Nevares e Meireles, 2022, p. 51; Teixeira, 2019, p. 33.

ser institucional – de ter a instituição como fim -, para ser a família instrumental, ou seja, o meio para realizar o desenvolvimento dos filhos e promover a dignidade de seus integrantes" (Teixeira, 2019, p. 33). Assim, na medida em que a instrumentalização da família abriu espaço para a realização dos seus membros, tanto no que diz respeito às aspirações pessoais como nas questões patrimoniais da vida privada, vê-se a necessidade de um tratamento jurídico que abarque a autonomia da vontade do *de cujus* e da atenção imprescindível aos seus dependentes econômicos.

No que toca especificamente aos excluídos da sucessão, Madaleno traz severas críticas à indignidade e a deserdação da forma instituída pelo Código Civil de 2002, afirmando que o rol dos seus dispositivos é "restrito, insuficiente, injusto e estanque" (Madaleno, 2020, p. 348). O doutrinador explica que a legislação estrangeira é mais evoluída, pois prevê "um número mais abrangente de proposições de exclusão de herança por indignidade e algumas legislações unificaram a indignidade com o instituto da deserdação da sucessão testamentária" (Madaleno, 2020, p. 347). A unificação dos institutos é aplicada pelas legislações da Argentina (Madaleno, 2020, p. 349), Itália e Bélgica. Acerca do tema, Farias e Rosenvald (*apud* Madaleno, 2020, p. 349) concluem que a aplicação conjunta é o que melhor se verifica, porque os casos deflagrados de um e outro são muito aproximados.

Ainda, Tepedino, Nevares e Meireles (2022, p. 51) afirmam que melhor seria a opção legislativa em prever a hipótese de desamparo a descendente ou ascendente em alienação mental grave ou enfermidade que, em vida, não possui discernimento ou condições físicas, como uma das causas de exclusão por indignidade; trazendo, ainda, especial referência aos debates acerca da possibilidade de haver a exclusão de herdeiro por abandono afetivo e moral do autor da herança, tanto para os casos de indignidade como para os de deserdação, pois o simples abandono já deveria ensejar a exclusão do herdeiro da sucessão, em especial pela dependência absolutamente presumida de crianças e adolescentes em relação aos seus pais.

Nessa linha trabalhou a subcomissão de direito das sucessões, propondo significativas alterações aos artigos 1.814 a 1.818[8] do Código Civil, conferindo maior extensão aos espaços de autonomia privada na

8 "Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que I - tiverem sido autores, coautores ou partícipes de crime doloso, ato infracional, ou tentativa destes, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, convivente, ascendente ou descendente; II - tiverem sido destituídos da autoridade parental da pessoa de cuja sucessão se tratar; ..... IV - tiverem deixado de prestar assistência material ou incorrido em abandono afetivo voluntário e injustificado contra o autor da herança." "Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença, em ação proposta por qualquer herdeiro sucessível do autor da herança ou pelo Ministério Público, nos crimes de ação penal pública incondicionada. § 1º Sendo a ação proposta pelo Ministério Público, os demais herdeiros devem ser cientificados da demanda para que declarem se concordam com ou não com a propositura da ação. § 2º Caso discordem e a ação seja julgada procedente, o quinhão do indigno, não havendo direito de representação (art. 1.816), será apenas dos herdeiros que com ela concordaram. Se todos discordarem, a quota do renunciante será revertida em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. § 3º A não manifestação no prazo decadencial de 30 dias implica concordância. § 4º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se no prazo decadencial de quatro anos, contados da abertura da sucessão." "Art. 1.816. São pessoais os efeitos da indignidade; os descendentes do herdeiro indigno sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. § 1º O indigno não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens. § 2º O indigno também perde a condição de beneficiário de seguro de vida ou dependente em benefício previdenciário da vítima do ato de indignidade. § 3º O terceiro beneficiado pelo ato de indignidade e que com ele tenha compactuado perde os direitos patrimoniais a qualquer título a que teria direito." "Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de indignidade; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe por perdas e danos. Parágrafo único. O indigno é obrigado a restituir os frutos e os rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação destes." "Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a indignidade será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento ou em outro ato autêntico. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária." (SALOMÃO *et al.*, 2024, p. 213-215).

sucessão, em atenção ao fortalecimento e valorização do princípio da vontade do testador, com a pretensão de ampliar a liberdade do testador em prol dos herdeiros vulneráveis. A proposta apresenta, então, novas hipóteses pelas quais os herdeiros necessários poderão ser excluídos da sucessão, quer em decorrência da prática de atos de indignidade, quer seja por vontade do testador, nos casos de deserdação (Brasil, 2024, p. 305).

Assim como demonstrado pelos argumentos de outros doutrinadores, a exposição de motivos da proposta de alteração da presente matéria, é categórica ao afirmar que, na grande maioria das vezes, a taxatividade contida nas disposições legais da exclusão de herdeiros impede a concretização da última vontade do autor da sucessão. Neste ponto, encontra-se a necessidade de uma completa reformulação nas regras da deserdação, a começar por aquilo que eles trazem como "abandono afetivo voluntário", podendo ascendentes e descendentes se excluírem reciprocamente da sucessão, por meio do testamento (Brasil, 2024, p. 305).

Além da atenção ao abandono afetivo, nas causas de exclusão foram inseridos: o autor de ato infracional, ou seja, quando o herdeiro que cometeu ou praticou crime doloso ainda não tenha atingido a maioridade; e quando o herdeiro tiver sido destituído da autoridade parental da pessoa de cuja sucessão se tratar. A prática de crime contra a honra, por sua vez, não configura mais no rol de exclusões (Dias, 2024, n.p).

Explica Dias (2024, n.p.) que, no que toca às propostas de alteração de efeitos da indignidade, o herdeiro considerado indigno também perderá condição de beneficiário de seguro de vida ou dependente em benefício previdenciário da vítima; assim como terceiro beneficiado pelo ato de indignidade e que com ele tenha compactuado perde os direitos patrimoniais a qualquer título a que teria direito.

Ainda, em atenção ao fortalecimento e valorização do princípio da prevalência da vontade do testador, inverteu-se a lógica da ação de deserdação "cuja legitimidade ativa é transferida ao deserdado a quem caberá impugnar a causa da deserdação, retirando esse ônus dos demais herdeiros" (Brasil, 2024, p. 305). Conforme proposto na redação do

artigo 1.815 do anteprojeto do Código Civil, quando a ação de indignidade for proposta pelo Ministério Público, os demais herdeiros serão cientificados, de modo que, aquele que discordar com a ação não receberá o quinhão do indigno; se todos discordarem, a quota do renunciante será revertida em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. Por fim, foi definido como decadencial o prazo de quatro anos para a demanda de exclusão de herdeiro ou legatário.

Apesar das mudanças propostas, vê-se que as causas de exclusão por indignidade e deserdação permanecem hígidas. Dias (2024) ao analisá-las destaca que, se há necessidade da sentença judicial reconhecendo a indignidade e, com isso, a instrução processual e exame probatório, "de todo descabido não autorizar que motivos outros possam ensejar o afastamento do herdeiro, até porque não há como a lei exaurir as hipóteses de maldade da pessoa humana".

No entanto, no tocante a presente pesquisa, oportuno destacar o amadurecimento do olhar afetivo às relações jurídicas sucessórias, porquanto as relações intrafamiliares são os mecanismos que impulsionam o direito à legítima que, por meio da reciprocidade através do autor da herança e seus sucessores, vê-se concretizado os princípios da proteção familiar e da dignidade à pessoa humana.

## 6 CONCLUSÃO

O presente estudo visou compreender a aplicabilidade do instituto da deserdação no contexto do abandono afetivo, evidenciando a crescente importância desse tema nas discussões jurídicas contemporâneas. Observou-se que o abandono afetivo, caracterizado pela omissão do dever de cuidado por parte dos progenitores, pode causar profundas consequências emocionais e psicológicas nos filhos, afetando diretamente seu desenvolvimento e bem-estar e por essa razão pode dar causa a deserdação.

A evolução jurisprudencial, como demonstrado no julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242/SP, reflete a mudança de perspectiva

sobre a responsabilidade dos pais pelo abandono afetivo, passando de uma relutância inicial para o reconhecimento de que "amar é faculdade, cuidar é dever". Esse avanço é crucial para garantir a proteção dos direitos dos filhos e a responsabilização adequada dos pais.

A decisão inovadora proferida pela 2ª Vara Cível de Samambaia (processo nº 0716392-43.2021.8.07.0009), além de reconhecer o abandono afetivo como causa de indignidade e excluir o genitor da herança, estabeleceu um novo precedente para o direito sucessório. Assim, ratificando a ideia de que o abandono afetivo constitui uma forma de violência moral que compromete a dignidade humana e, portanto, deve ser punido de forma severa.

A necessidade de atualização do Código Civil, como proposta pela Comissão de Juristas em 2023, é um passo significativo para alinhar a legislação às novas realidades familiares e sociais. A inclusão do abandono afetivo e moral nas causas de indignidade reflete um esforço para tornar o direito sucessório mais justo e sensível às complexidades das relações familiares contemporâneas.

Conclui-se que o reconhecimento do abandono afetivo como causa de exclusão por indignidade representa um avanço crucial na proteção dos direitos dos filhos e na responsabilização dos pais. As propostas de atualização legislativa fortalecem a necessidade de um direito sucessório que promova justiça e dignidade nas relações entre herdeiros e autores da herança.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Direitos fundamentais. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – aspectos teóricos e práticos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: ht-

tps://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL, **Lei nº 14.661, de 23 de agosto de 2023**. Acrescenta art. 1.815-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar, nos casos de indignidade, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória acarretará a exclusão imediata do herdeiro ou legatário indigno. Diário Oficial da União, 23 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14661.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão**. Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 757.411-MG**. Ministro Fernando Gonçalves. DJ: 29/11/2005. Brasília, 2005. Disponível em:

https://shre.ink/b5sP. Acesso em 17 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.159.242-SP**. Ministra Nancy Andrighi. DJ:24/04/2012. Brasília, 2012. Disponível em: https://shre.ink/b5sY. Acesso em 17 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Sentença**. Processo nº 0716392-43.2021.8.07.0009. 1ª Vara Cível de Samambaia. Juiz: Manuel Eduardo Pedroso Barros, 20 de agosto de 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/8/EB58FB1F1C1A23_sentenca2TJDF.pdf. Acesso em 27 set. 2024.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lôbo. Os excluídos da sucessão por indignidade ou deserdação. **IBDFAM.** 12 mai. 2022. Disponível em: https://shre.ink/b5s4. Acesso em: 15 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. O direito das sucessões na reforma do Código Civil. **Consultor Jurídico.** 16 abr. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-abr-16/o-direito-das-sucessoes-na-reforma-do-codigo-civil/. Acesso em: 17 set. 2024.

DIAS, Rodrigo Dantas; SILVA, Anne Vitória Leal; DIAS, Roberta Azevedo. A deserdação e a indignidade por abandono afetivo: implicações jurídicas na sucessão hereditária. **Revista do Curso de Direito da Unimontes - Montes Claros/MG**, v. 1, n. 1, 2024, p. 152 – 165. Disponível em: https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/direito/article/view/7963/7583. Acesso em: 16 set. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito de família no tempo: do código civil de 1916 ao de 2002 e além. In: HIRONAKA, Giselda Maria F.; SANTOS, Romualdo Baptista dos (coord.). **Direito civil:** estudos: coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa - IBDCivil. São Paulo: Blucher, 2018. p. 353-368. Disponível em: http://pdf.blucher.com.br.s3-sa-east- 56 1.amazonaws.com/openaccess/9788580393477/completo.pdf ou https://repositorio.usp.br/item/002942911. Acesso em: 16 set. 2024.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima.** 2. ed. rev. atual. e amp., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Grace Baêta de Oliveira. **O dano existencial decorrente da prática de alienação parental.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de família contemporâneo.** 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental e Abandono Afetivo:** Análise da Responsabilidade Civil. 1. ed. São Paulo: Editora e Distribuidora de Livros Mundo Jurídico, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** direito das sucessões. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do Direito Civil:** Direito das Sucessões. v. 7, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família.** São Paulo: Forense, 2020, v. 6. Disponível em:https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/. Acesso em: 13 set. 2024.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. *In:* TEIXEIRA, Daniele Chaves. (Coord). **Arquitetura do Planejamento Sucessório.** 2 ed. rev. ampl. e atual. 3. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

ZAPATER, Maíra Cardoso. **Direito da criança e do adolescente.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. *Ebook*.

# A DIGNIDADE HUMANA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO TERMO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.159.242-SP

Helena de Azeredo Orselli[1]
Júlia Mogk[2]

## 1 INTRODUÇÃO

Em 2012, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu pela primeira vez a possibilidade de indenização em razão do dano moral causado pelo abandono afetivo do filho pelo pai (Tartuce, 2012). A ação em questão é o Recurso Especial n. 1.159.242-SP, que tinha como objeto decidir se o abandono afetivo constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral. Atualmente, o reconhecimento do abandono afetivo como dano moral indenizável não representa nenhuma novidade, mas o estudo do tema ainda é relevante, tendo em vista a importância que ordenamento jurídico

1 Doutora em Ciências Jurídicas pela UNIVALI e em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do direito privado contemporâneo certificado pela FURB. Membro do Ibdfam. Advogada. Orcid: http://orcid.org/0000-0002-5624-9185. E-mail: helena@furb.br.

2 Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Membro do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito. Editora executiva da Revista Jurídica FURB. Bolsista do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da FURB. Residente jurídica do Ministério Público de Santa Catarina. Orcid: https://orcid.org/0009-0006-5073-9825. E-mail: jmehrat@furb.br.

brasileiro atribui ao dever de assistir, criar e educar os filhos menores, estabelecido na Constituição da República Federativa (Brasil, 1988).

Em direta relação com a questão do abandono afetivo está a dignidade humana. Trata-se de um princípio fundamental de toda a ordem jurídica, estando previsto logo no artigo 1º da Constituição da República Federativa (Brasil, 1988). Em que pese sua magnitude, ele costuma ser invocado em decisões das mais diversas esferas do Poder Judiciário como mera menção, raramente apresentando seu real significado ou trazendo uma efetiva contribuição ao julgamento.

Assim, é neste contexto que surge o presente artigo. Delimita-se a temática na análise da utilização da dignidade humana no Recurso Especial n. 1.159.242-SP do Superior Tribunal de Justiça.

O objetivo geral do presente artigo consiste em analisar a utilização do princípio da dignidade na decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça o Recurso Especial n. 1.159.242-SP. Para tanto, o artigo é dividido em três tópicos: em um primeiro momento, intenta-se estudar a dignidade humana e as diferentes visões sobre o princípio. Na sequência, pretende-se compreender o julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242-SP. Por fim, analisa-se de que maneira a dignidade humana foi empregada na decisão em questão.

Deste modo, utilizou-se o método de abordagem indutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica, fichamento e análise de conteúdo do Recurso Especial n. 1.159.242-SP do Superior Tribunal de Justiça e acerca da dignidade humana na perspectiva trazida por Daniel Sarmento em sua obra "Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia". O referido método permite alcançar o objetivo da pesquisa, pois possibilita a realização de um estudo da dignidade humana em confronto com a forma que foi tratada pelo Tribunal neste julgamento histórico.

## 2 DIGNIDADE HUMANA: DIFERENTES VISÕES DO MESMO PRINCÍPIO

Ao estudar o princípio da dignidade humana, é necessário expor o conceito de princípios constitucionais adotado. Barcellos (2000, p. 168; 171) aponta que os princípios são espécies de normas que são dotadas de imperatividade[3], o que significa dizer que seu efeito deve ser imposto coercitivamente pelo ordenamento jurídico na hipótese de não se realizar espontaneamente.

Ainda, importa destacar que, diferente das regras, os princípios apresentam um caráter mais abstrato e impõem a mais ampla aplicação, ou seja, determinam que algo seja realizado na maior medida possível (Barcellos, 2000, p. 171-172). Tamanha é a aplicação dos princípios constitucionais que a eles se reconhece uma dupla eficácia: interpretativa e negativa. Esta garante ao princípio de que serão consideradas inválidas todas as normas que o contravenham, enquanto aquela implica na utilização dos princípios como verdadeiros guias na interpretação das regras, o que inclui as infraconstitucionais (Barcellos, 2000, p. 173).

Isto posto, pode-se iniciar um melhor estudo da dignidade humana. Dignidade é um termo polissêmico, o que significa dizer que comporta interpretações radicalmente diferentes (Sarmento, 2016, p. 69; Sarlet, 2007, p. 364). Portanto, o entendimento da dignidade está longe de ser unânime na doutrina brasileira; sua conceituação e definição representam pontos de divergência entre diversos estudiosos do tema. Logo, em que pese o presente estudo ter como base os ensinamentos de Daniel Sarmento, a apresentação de outros pontos de vista se faz necessária para enriquecer o debate, fornecendo-lhe uma maior profundidade.

Conceituar o princípio da dignidade é, de fato, uma tarefa hercúlea. Sarmento, evitando restringir o princípio a um conceito fechado, por

3 Tal entendimento é pautado na lógica de que , sendo a Constituição uma norma jurídica, todo o seu conteúdo também desfruta dessa natureza; ademais o princípio constitucional apresenta, na maioria dos casos, uma decisão do constituinte originário (Barcellos, 2000, p. 170).

compreender que a abertura conceitual é fundamental para que o princípio consiga desempenhar seu papel (Sarmento, 2016, p. 70), conclui que "a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional fundamental que tem enorme potencial para a proteção da personalidade humana, em todas as suas dimensões" (Sarmento, 2016, p. 339).

O cerne da ideia de Daniel Sarmento acerca da dignidade, no entanto, está no conjunto de elementos que compõem, para o autor, o conteúdo essencial do princípio, quais sejam: o valor intrínseco da pessoa, a igualdade, autonomia, o mínimo existencial e o reconhecimento (Sarmento, 2016, p. 92-93).

A dignidade é uma qualidade intrínseca de todos os seres humanos, sem exceção. Nesse sentido, seguro concluir que ela é ontológica, e não contingente, já que independe de gênero, raça, orientação sexual, capacidade intelectual ou qualquer ação que o indivíduo tenha praticado no decorrer de sua vida (Sarmento, 2016, p. 104).

O segundo componente essencial da dignidade é a autonomia, que consiste "no direito dos indivíduos de fazerem as suas escolhas de vida e de agirem de acordo com elas (autonomia privada), bem como de participarem da formação da vontade coletiva da sua comunidade política (autonomia pública)" (Sarmento, 2016, p. 328). Em suma, os indivíduos são livres, na medida do possível, para fazerem escolhas e determinarem o rumo de suas próprias vidas. Portanto, a autonomia é composta tanto da liberdade positiva quanto negativa (Sarmento, 2016, p. 140; 158).

Em sequência, o autor apresenta, como elemento da dignidade, o mínimo existencial, referente às condições materiais básicas que são essenciais a uma vida digna. De fato, parece incontroverso que, sem acesso ao mínimo necessário para viver, não há como se falar em dignidade, haja vista que o exercício de todos os direitos fundamentais só é possível quando é garantido ao cidadão as condições mínimas de exercê-los (Sarmento, 2016, p. 202-203).

O último dos elementos essenciais da dignidade humana é o reconhecimento, que se constitui como um direito de todos receberem

igual respeito e consideração à sua identidade pessoal por parte do Estado e da comunidade (Sarmento, 2016, p. 257). Assim, o direito ao reconhecimento veda ações "que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos" (Sarmento, 2016, p. 334).

Feita uma breve análise acerca do entendimento de Daniel Sarmento acerca da dignidade humana, analisa-se o conceito de dignidade formulado por Luís Roberto Barroso, que defende que "a dignidade humana é, em primeiro lugar, um *valor*, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa" (Barroso, 2014, p. 61).

No geral, Barroso e Sarmento apresentam ideias muitos próximas no que tange a dignidade humana; ambos defendem que a dignidade não é um valor absoluto (Sarmento, 2016, p. 97; Barroso, 2014, p. 66), bem como suas concepções do conteúdo mínimo do princípio apresentam mais pontos convergentes do que divergentes. Barroso (2014, p. 72) expõe que, grosso modo, sua concepção minimalista da dignidade identifica: "1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)".

Importante ressaltar que Barroso, ao examinar a autonomia individual como parte do princípio da dignidade humana, abarca também a igualdade e mínimo existencial. Em suas palavras:

> Por fim, ínsito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial, também chamado de mínimo social, ou o direito básico às provisões necessárias para que se viva dignamente. A igualdade, em sentido material ou substantivo, e especialmente a autonomia (pública e privada) são ideias dependentes do fato de os indivíduos serem "livres da necessidade" (*free from want*), no sentido de que suas necessidades vitais essenciais sejam satisfeitas. Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos

> de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais — como educação básica e serviços de saúde —, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos [...] (Barroso, 2014, p. 84-85).

Verifica-se, portanto, que os dois primeiros itens de Barroso são compatíveis com quatro dos cinco elementos que compõem o conteúdo essencial do princípio (valor intrínseco da pessoa, igualdade, autonomia, mínimo existencial) para Sarmento, contudo, uma nova ideia é apresentada por Barroso: o valor comunitário.

O valor comunitário representa a influência do Estado e da comunidade sobre o indivíduo, englobando duas forças: os valores de um grupo social e as normas impostas pelo Estado. Assim, esses dois domínios estão aptos a estabelecerem metas e restrições a liberdades individuais em nome de uma determinada e específica noção de vida boa (Barroso, 2014, p. 88). Para Barroso (2014, p. 89), a concepção de dignidade como um valor comunitário se faz importante justamente porque o objetivo que pretende alcançar – em suma, o bem comum – é legítimo e desejável.

Todavia, acredita-se que tal idealização de dignidade é mais temerária do que prudente. O princípio como um valor comunitário indicaria que uma pessoa apenas teria dignidade, caso se enquadrasse nos padrões morais estabelecidos em uma sociedade. Não seria digno, portanto, um homem gay em um país árabe; não seria digna uma prostituta em uma nação predominantemente conservadora como o Brasil. A dependência de uma validação externa para a dignidade de uma pessoa se mostra como um conceito perigoso. Ainda sim, o autor sustenta o valor comunitário como conteúdo mínimo da dignidade (Barroso, 2014, p. 97).

Os estudos de Ingo Wolfgang Sarlet também se aproximam em demasiado do de Sarmento. Todavia, aquele é firme ao tratar acerca da necessidade – e da possibilidade – de conceituação da dignidade humana

(Sarlet, 2007, p. 365). Para alcançar um conceito, ele passa pelo que chama de dimensões da dignidade. A primeira, chamada uma dimensão ontológica, considera a dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa. Assim, "é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal" (Sarlet, 2007, p. 366). Neste sentido, a dignidade não depende de qualquer circunstância concreta, de modo que todas as pessoas são dignas em igual medida (Sarlet, 2007, p. 367).

Em sequência, apresenta a segunda dimensão, intitulada comunitária, social ou intersubjetiva. Para Sarlet (2007, p. 370), a dignidade alcança seu significado máximo dentro do contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas juntamente com o reconhecimento dos valores socialmente reconhecidos pela e para a coletividade. Trata-se, em suma, das relações sociais em que o indivíduo está inserido, orientadas por uma obrigação geral de respeito mútuo e pelo reconhecimento de direitos e deveres correlativos (Sarlet, 2007, p. 371).

Logo, Sarlet (2007, p. 383) conclui com a seguinte conceituação de dignidade:

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

Uma linha ligeiramente diferente é utilizada por Maria Celina Bodin de Moraes. A autora defende que a base material da dignidade humana se divide em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral, liberdade e solidariedade.

Segundo a autora, o princípio da igualdade é o primeiro fundamento jurídico da dignidade humana (Moraes, 2003, p. 15). Todavia, não se pode compreender a igualdade apenas em seu aspecto formal, posto que tão importante quanto essa é garantir a igualdade substancial, ou seja, tratar os desiguais de acordo com a sua desigualdade (Moraes, 2003, p. 15-16). Neste sentido, deve-se possibilitar a "coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas humanas" (Moraes, 2003, p. 22-23). Na garantia do bem-estar psicofísico e social também está contido o princípio da dignidade humana, no qual há a proteção não apenas do corpo da pessoa, mas de sua vida, de sua honra e de sua identidade (Moraes, 2003, p. 23).

O princípio da liberdade, segundo a autora, consolida-se na atualidade através de uma perspectiva "de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier" (Moraes, 2003, p. 34). De fato, não haveria como falar em vida digna se ela não for livre.

Por fim, a solidariedade, contida no princípio geral da Constituição Federal de 1988, objetiva o alcance da igual dignidade social. Assim, o princípio da solidariedade abarca o conjunto de mecanismos aptos a garantir uma existência digna para todos (Moraes, 2003, p. 39).

Para todos os autores mencionados, o princípio da dignidade constitui um dos mais importantes alicerces da ordem jurídica e fonte de outros direitos (Sarmento, 2016, p. 327; Barroso, 2014, p. 66; Sarlet, 2011, p. 46; Moraes, 2003, p. 12). Ademais, concordam que se trata de um princípio aberto/polissêmico (Sarmento, 2016, p. 69; Barroso, 2014, p. 72; Sarlet, 2007, p. 363-364; Moraes, 2003, p. 5). Em verdade, em que pese as diferenças apontadas, é possível perceber que, na maioria dos aspectos, os estudiosos da dignidade aqui analisados mais se aproximam do que se afastam, já que todos apontam o valor intrínseco, a autonomia, a igualdade e o mínimo existencial como essenciais à caracterização da dignidade

(Sarmento, 2016, p. 92-93; Barroso, 2014, p. 72; Sarlet, 2007, p. 365-371; Moraes, 2003, p. 15-23).

## 3 O RECURSO ESPECIAL N. 1.159.242-SP

Em um primeiro momento, importa contextualizar a situação que antecedeu a decisão. A ação que originou o recurso em tela consiste em uma indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada pela filha em relação a seu genitor, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e sua juventude. O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido, fundando sua decisão no fato de que o distanciamento entre pai e filha ocorreu, primordialmente, em razão do comportamento agressivo da mãe para com o ex-companheiro nas ocasiões em que as partes tiveram contato (Brasil, 2012, p. 3-4).

Em recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo divergiu da decisão de primeira instância, considerando a ocorrência de abandono afetivo e, portanto, fixando indenização por danos morais em R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) (Brasil, 2012, p. 3).

Inconformado, o genitor recorreu ao Superior Tribunal de Justiça sob alegação de divergência jurisprudencial entre o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp n. 757.411-MG, afastou a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo. Ainda, sustentou a inocorrência do abandono e, mesmo que houvesse ocorrido, não haveria ilicitude na situação. A única punição aplicável ao caso seria, de acordo com recurso especial do genitor, a perda do poder familiar. Além disso, em pedido sucessivo, pugnou pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais (Brasil, 2012, p. 4).

Em sede de contrarrazões, a recorrida reiterou a ocorrência de abandono material, moral, psicológico e humano, alegando que teria sido vítima desde o nascimento. Logo, tais fatos, por si só, sustentariam a decisão do Tribunal de origem (Brasil, 2012, p. 4).

Neste cenário, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça apresentou a seguinte decisão:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Brasil, 2012, p. 1).

A decisão proferida contou com a manifestação de quatro ministros. Inicialmente, a relatora ministra Nancy Andrighi argumentou que o elo entre pais e filhos nasce sempre de um ato volitivo, emergindo a responsabilidade em razão de suas próprias escolhas, de modo que existe

um vínculo afetivo e legal entre as partes. É objeto da ação, portanto, mensurar justamente esse vínculo, a fim de garantir a proteção da prole (Brasil, 2012, p. 7-8).

Neste sentido, a ministra destaca a importância do cuidado na formação dos menores, caracterizando-se como uma obrigação legal, composta por elementos objetivos. Assim, é através desses elementos – que são, em verdade, ações concretas, tais como a presença, o contato, atos voluntários e a comparação entre o tratamento com os demais filhos – que o cumprimento da obrigação de cuidado pode ser verificado, não se tratando de uma imposição de amar, porquanto essa é uma faculdade (Brasil, 2012, p. 10-11).

Deste modo, a ministra Andrighi reconhece que o sofrimento da recorrida em razão da omissão de seu genitor será *ad perpetuam*, caracterizando o dano *in re ipsa*, traduzindo-se como causa suficiente à compensação. Dessa forma, entendeu comprovados a negligência, o dano e o nexo causal necessários à caracterização do dano moral, de modo que a ministra deu parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais ao montante de R$200.000,00 (duzentos mil reais), porquanto considerou o valor fixado pelo Tribunal de origem demasiadamente elevado (Brasil, 2012, p. 13-14).

O ministro Massami Uyeda inaugurou a divergência acerca do tema com seu voto-vogal, entendendo de maneira contrária à relatora ao manifestar-se pelo provimento do recurso e improcedência a ação. Em seu voto, o ministro critica a ideia de quantificar as infinitas mágoas que ocorrem no seio das relações familiares, principalmente em razão da criação de um precedente perigoso, que permitiria uma avalanche de ações judiciais pautadas exclusivamente em sentimentos subjetivos de preterição e abandono. Para ele, caso fosse admitida a possibilidade de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, qualquer mágoa íntima de filhos para com os pais estaria apta a ser quantificada através do dano moral, resumindo a situação a uma filha que não foi tratada condignamente (Brasil, 2012, p. 16-17).

Neste sentido, o ministro recorda que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade e proporcionalidade, alertando uma vez mais que, caso essa "porta" da indenização por danos morais fosse aberta, estar-se-ia semeando a discórdia dentro das famílias (Brasil, 2012, p. 17). O ministro Uyeda encerra seu voto em claro tom de resignação, afirmando que "a nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos" (Brasil, 2012, p. 18).

Na sequência houve a manifestação de outros dois ministros: Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. O ministro Beneti se posicionou pela possível indenização por dano moral decorrente do abandono dos filhos, recordando que o vínculo familiar não constitui causa de exclusão da indenização como consequência do sofrimento causado por uma ação ou omissão injustas. Ademais, destacou a irrelevância da condição de nascimento do menor ou da voluntariedade de seu reconhecimento (Brasil, 2012, p. 35).

Ainda, aduziu que a possibilidade da perda do poder familiar não pode ser utilizada como desculpa para evitar a indenização, porquanto, mesmo que propostas as duas ações, suas consequências são diversas (Brasil, 2012, p. 35). Segundo o ministro, caso assim não fosse,

> significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar) (Brasil, 2012, p. 35-36).

Após tratar acerca da necessidade de a responsabilidade pelo dano ser proporcional à ação ou omissão, o ministro Beneti também concluiu pelo parcial provimento do recurso, para reconhecer a responsabilidade civil e reduzir o montante indenizatório para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) (Brasil, 2012, p. 39).

Por fim, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto, ressaltou que a responsabilidade civil no âmbito do direito de família deve ser analisada de forma cautelosa, entendendo que o reconhecimento de dano moral neste meio deve ser admitido apenas em casos extremos, já que frustrações no âmbito familiar são inevitáveis e importantes para o desenvolvimento do indivíduo (Brasil, 2012, p. 41-42).

Todavia, o caso da recorrida se situa na excepcionalidade, merecendo, portanto, ser reconhecido o ilícito causador do dano moral. Isso porque o recorrente se esquivou no dever de cuidado com a filha, elencando as ações do recorrente que fundamentam tal afirmação, quais sejam: a resistência ao reconhecimento voluntário da paternidade; a ausência de uma oferta voluntária de amparo material; não prestação de suporte moral, afetivo e psicológico; e a tentativa de alienação fraudulenta de seus bens aos demais filhos (Brasil, 2012, p. 42-45).

Assim, a Terceira Turma, por maioria, deu parcial provimento ao Recurso Especial. Em um último momento, apresentando ratificação de voto vencido, o ministro Massami Uyeda se limitou a apontar que não conseguia vislumbrar a situação da maneira de seus colegas (Brasil, 2012, p. 47).

## 4 A UTILIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NA DECISÃO

O termo dignidade foi utilizado seis vezes no julgamento: uma vez no voto do ministro Massami Uyeda (Brasil, 2012, p. 17); quatro vezes em duas jurisprudências citadas no voto do ministro Sidnei Beneti (Brasil, 2012, p. 36); e uma vez em uma doutrina mencionada no voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Brasil, 2012, p. 44). O único voto em que o termo não está presente é o da ministra relatora Nancy Andrighi. Assim, cada utilização será analisada em seguida.

O ministro Uyeda utiliza a dignidade de maneira breve em seu voto, mas muito pode ser inferido acerca de sua presença em sua

argumentação. No parágrafo que a menciona, reconhece como pioneiro o voto da ministra Nancy Andrighi, mas adverte:

> se abrirmos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.
> (Brasil, 2012, p. 17).

Percebe-se que, em suma, o ministro Uyeda discorda do voto precedente, alegando perigo na adoção do posicionamento da ministra relatora, insinuando que o uso amplo e indiscriminado da dignidade, no contexto do reconhecimento do dano moral nos casos de abandono afeito, ocasionaria uma desestabilização da família, principalmente no tocante a uma eventual disputa financeira.

Evidente que a dignidade, no voto do ministro, é utilizada como um termo absolutamente vazio, sem um real significado em sua argumentação. Não é apresentado seu conceito – mesmo que, conforme explica Daniel Sarmento, um conceito fechado de dignidade não seria realizável[4] – ou sequer aprofundado da maneira que o próprio termo exige.

4 Nas palavras do autor: "Não se deve alimentar qualquer esperança no sentido de 'fechar' o princípio da dignidade da pessoa humana, precisando-lhe completamente os contornos, de modo a viabilizar a sua aplicação mecânica. A tarefa não seria factível: a natureza do princípio da dignidade humana e a complexidade das situações sobre os quais ele incide jamais o permitiriam. Esse fechamento tampouco seria desejável. Afinal, a abertura é fundamental para que o princípio possa desempenhar bem o seu papel, que envolve a proteção da pessoa humana diante de riscos e ameaças que nem sempre podem ser antecipadas" (Sarmento, 2016, p. 70).

Acredita-se que a utilização da dignidade no julgamento para defender a inexistência de dano moral pelo abandono seja de maneira completamente desvirtuada; isso apenas corrobora o modo vazio como foi utilizada.

Essencial compreender que a dignidade é uma qualidade inerente de todo e qualquer ser humano. Não precisa ser conquistada ou reivindicada; qualquer um já está amparado pelo princípio da dignidade desde seu nascimento. Ademais, atualmente é reconhecida de maneira ampla como um princípio normativo de estrutura máxima (Sarmento, 2016, p. 56).

Neste sentido, o termo dignidade sempre apresenta um sentido igualitário e universalista; em outras palavras, pode-se afirmar que todos são dignos em igual medida, independente de suas ações (Sarmento, 2016, p. 39; 270). Logo, os criminosos condenados pelos mais hediondos crimes têm precisamente a mesma dignidade que padres, filantropos e heróis de guerra. Outrossim, a dignidade compreende a pessoa como centro e razão última da ordem jurídica, isto é, o ser humano não pode ser tratado como meio para alcançar algo; ele é própria finalidade e a prioridade do Estado (Sarmento, 2012, p. 72; 74).

Obviamente, a dignidade está intrinsicamente conectada com a ideia de pessoa, mas não como um sujeito abstrato; o ser humano deve ser compreendido de forma concreta, enraizada, com vontades e necessidades, que só se realiza na vida em sociedade através de sua relação com o outro (Sarmento, 2016, p. 74; 92). Conceber a pessoa de modo diverso, abstrato, além de estar completamente desconexo com o princípio em questão, não alcança as diversas facetas do ser humano, apresentando "uma implícita dimensão prescritiva que é inaceitável. Ela despreza as emoções e a corporalidade, glorificando, com isso, a imagem idealizada de um determinado tipo de sujeito, hipoteticamente mais racional, menos emotivo e corporal" (Sarmento, 2016, p. 75).

Portanto, nota-se que foi justamente este conceito ideal e abstrato de pessoa que foi utilizado pelo ministro Massami Uyeda em seu voto. Ele desconsiderou totalmente todo o trauma, as dores e o sofrimento da

filha abandonada, ao comparar tais cicatrizes com uma "imposição de padrões psicológicos" (Brasil, 2012, p. 17).

O ministro parece se olvidar que o princípio da dignidade da pessoa é fundamento da ordem jurídica e, por conseguinte, desempenha um papel hermenêutico importantíssimo, já que deve guiar o processo de interpretação, aplicação e integração do direito (Sarmento, 2016, p. 79). Logo, é fundamental perceber que a dignidade se irradia para todos os campos do direito, de modo que resta impositiva a leitura das normativas, preceitos e institutos de todas as áreas jurídicas sobre sua perspectiva – incluindo, obviamente, o direito de família e a responsabilidade civil (Sarmento, 2016, p. 80).

Desta maneira, ao proferir uma decisão, cabe ao julgador orientar seu entendimento sobre o caso concreto e a aplicar o direito sempre sob a ótica da dignidade, recordando-se que se trata de uma pessoa concreta, racional e sentimental, "que é um fim em si mesmo, mas não uma 'ilha' separada da sociedade; que deve ter a sua autonomia respeitada, mas também precisa da garantia das suas necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito de sua identidade" (Sarmento, 2016, p. 70).

No ponto, necessário realizar um adendo. Em que pese o conhecimento do julgador acerca dos princípios constitucionais fundamentais ser importante, sua utilização nas decisões não pode ser indiscriminada, sob o risco de banalizar o termo. A dignidade não precisa ser fundamento em toda e qualquer decisão proferida; isso deve ocorrer apenas naquelas em que for efetivamente importante à argumentação. Em suma, não há razão para invocar a dignidade se ela não for útil à fundamentação; todavia, nos casos em que se faz necessária, precisa ser desenvolvida e devidamente compreendida.

Isto posto, critica-se, uma vez mais, a postura adotada pelo ministro Massami Uyeda no tocante à dignidade da pessoa, que a tratou de forma contraditória com sua própria natureza. Basta observar que ele não leva em consideração o sofrimento da parte, analisando a situação de uma maneira completamente instrumental. Nessa visão – que é

a perspectiva da maior parte dos brasileiros no tocante ao princípio em tela –, a dignidade está "mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que à simples circunstância de se tratar de um ser humano. A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculada ao comportamento do indivíduo" (Barcellos, 2010, p. 52).

Tal perspectiva pode ser observada na praticidade e frieza que o ministro resume a situação, ao iniciar seu voto: "agora a autora é uma pessoa já com formação, encaminhada na vida, casada, tem filhos e lamenta o abandono material no sentido de um conforto psicológico, de uma assistência, um acompanhamento que todo pai deveria ter" (Brasil, 2012, p. 16).

Quando se trata da dignidade humana, não há como afastar os sentimentos da pessoa; fazê-lo seria negar a própria humanidade, tornando o sistema legal absolutamente frio e injusto. Nas palavras de Sarmento (2016, p. 76): "Os sentimentos são, ademais, combustíveis indispensáveis para a luta por justiça e para promoção dos direitos humanos".

Por conseguinte, ao desconsiderar as emoções, não há como se falar em dignidade, motivo pelo qual a visão apresentada pelo ministro Massami Uyeda não pode ser considerada como uma aplicação do princípio. O termo consta em seu voto unicamente para preencher o texto. Em realidade, o ministro não desenvolve a dignidade nem a correlaciona com a temática.

A dignidade é também mencionada no voto do ministro Sidnei Beneti quatro vezes. Para fins de análise, as duas jurisprudências que mencionam o princípio estão transcritas abaixo:

> Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no **princípio da dignidade da pessoa humana** (TJMG, Proc. 2.0000.00.408550-5/00, Rel. Des. UNIAS SILVA, j. 1.4.2004);
> [...]

> Indenização. Danos morais. Relação paterno-filial. Ausência de prova de violação ao **princípio da dignidade da pessoa humana** e ao princípio da afetividade. Improcedência dos pedidos. Não se nega que a dor sofrida por um filho, em virtude do abandono paterno, quando este o priva do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro nos **princípios da dignidade da pessoa humana** e da afetividade. Não restando demonstrado nos autos que a autora tenha sido abandonada por seu pai, sem ao menos este tentar uma aproximação ou um contato familiar, é de se julgar improcedentes os pedidos de danos morais (TJMG, Rel.Des. UNIAS SILVA, Apel. 10479.06.112320-0/001, j. 18.3.2008) (Brasil, 2012, p. 36 (negritou-se).

As duas jurisprudências supracitadas, utilizadas como fundamentação no voto do ministro Beneti, utilizam o princípio da dignidade humana para reconhecer a possibilidade de concessão de indenização por dano moral em virtude do abandono afetivo. Também é possível extrair das ementas que, para verificar a violação ao princípio em análise, os julgadores das decisões citadas se basearam no sofrimento do filho causado pelo abandono paterno e na privação da convivência, do amparo afetivo, moral e psíquico.

Há de se destacar, contudo, que as jurisprudências sequer são comentadas pelo ministro; elas estão ali apenas como uma corroboração do ponto que ele havia feito anteriormente. Logo, em que pese presente no texto de seu posicionamento, não se pode dizer que o ministro utilizou a dignidade em seu voto. Ela está ali como uma citação, sem qualquer comentário do ministro, e não como fundamento da decisão; mais por conveniência do que por necessidade/importância argumentativa. Assim, pode-se afirmar que o ministro Sidnei Beneti não aborda a dignidade.

Mesmo neste contexto, embora se trate apenas de uma ementa – e, consequentemente, não haja maiores esclarecimentos acerca da utilização do termo dignidade ou eventual conceituação –, infere-se que o princípio da dignidade humana foi apresentado em consonância com as ideias de Daniel Sarmento, uma vez que baseia a decisão em uma ideia

concreta de pessoa, levando em consideração suas necessidades, ânsias e emoções (Sarmento, 2016, p. 77; 98). Assim, com a plena compreensão desta base da dignidade, vê-se a efetiva e concreta irradiação do princípio aos campos do direito, garantindo que uma decisão justa seja proferida.

Por fim, a última menção à dignidade está presente no voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Assim como ocorreu com o ministro Beneti, o ministro Sanseverino não apresenta o princípio de forma direita; ela apenas está na doutrina de Rui Stoco, utilizada pelo ministro como fundamentação.

> O direito de proteção efetiva em circunstâncias tais [abandono afetivo] tem fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, nosso ordenamento jurídico – e não só a Constituição Federal – é pleno de preceitos de proteção, afirmando o dever dos pais de cuidar e proteger os filhos, seja no plano material, educacional, afetivo ou psíquico (Stoco *apud* Brasil, 2012, p. 44).

Contudo, analisando sua presença dentro da doutrina mencionada, percebe-se que a afirmativa se pauta na ideia de que o direito de proteção efetiva da criança e adolescente tem sua raiz na dignidade. Em que pese o ministro não comente a passagem, ela se coaduna com o defendido por Daniel Sarmento (2016, p. 79-80), que ensina que "a dignidade da pessoa humana está presente em todos – ou praticamente todos – os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados: liberdades individuais, direitos públicos, sociais, culturais e transindividuais".

> Assim, a dignidade se mostra como um princípio norteador de todo o sistema jurídico; em outras palavras, tem-se um verdadeiro "valor-fonte". Não obstante, além de ser a base de todo o ordenamento jurídico, é fundamental para a identificação de outros direitos fundamentais que representem concretizações do princípio da dignidade da pessoa (Sarmento, 2016, p. 84-85),

Desta forma, a dignidade humana se caracteriza como um princípio de grande complexidade e abrangência, demonstrando sua profunda relevância para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Cada um dos componentes elucidados por Sarmento (2016, p. 93) – valor intrínseco, igualdade, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento – é essencial à dignidade, tanto na sua proteção como promoção. Evidente, portanto, não se tratar de uma abstração teórica, pois a dignidade humana constitui um verdadeiro alicerce à efetivação dos direitos fundamentais e da justiça.

No geral, para realização da justiça, o julgador não precisa discorrer profundamente sobre a dignidade – em certos casos, não há necessidade de sequer utilizá-la. Contudo, a importância do conhecimento do princípio se dá quando ela possuir um papel fundamental no julgamento de uma decisão. Em tais casos, em virtude do caráter polissêmico da dignidade, é insuficiente mencioná-la; necessário que seja desenvolvido todo o raciocínio decisório para que reste evidenciado como a dignidade se encaixa naquele caso concreto. Caso contrário, corre-se o risco de banalizá-la, como já mencionado.

De maneira geral, verifica-se que o termo dignidade foi utilizado de forma superficial em todo o julgamento. Embora o princípio esteja presente em três votos, ele é diretamente mencionado apenas pelo ministro Uyeda; nas outras oportunidades, ele é apenas citado, sem que os ministros façam qualquer menção a ele. De tal modo, notório que consta apenas como mais uma palavra para auxiliar na argumentação, em detrimento da sua gigantesca importância e possibilidade de contribuição real à fundamentação da decisão no caso concreto. O conceito de dignidade não foi apresentado em nenhuma oportunidade, bem como não houve qualquer tentativa de maior explicação ou desenvolvimento sobre a categoria e sua relação com o tema.

Se aplicado corretamente, o princípio da dignidade humana em muito pode agregar na argumentação jurídica, mas não foi o que aconteceu na presente decisão. A utilização do princípio no voto do ministro Massami Uyeda foi superficial, uma vez que apenas menciona que a

dignidade deve ser usada com razoabilidade para não aumentar a conflitualidade dentro da família, não trazendo, portanto, qualquer conceituação ou ligando-a com a temática.

Os ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino, embora tenham utilizado a dignidade em seu correto sentido, não apresentaram qualquer aprofundamento no tema, também a utilizando de maneira superficial. Ambos a utilizam de forma indireta, dentro de citações que não são desenvolvidas.

Portanto, pode-se afirmar que o julgamento do Recurso Especial n. 1.159.242-SP contou com menções à dignidade, mas ela não foi, de fato, utilizada. Nenhuma das quatro alusões ao princípio contribui para a argumentação, estando presente apenas para "enfeitar" os votos. Assim, a dignidade consta na decisão de maneira extremamente superficial, tendo os ministros deixado de reconhecer seu efetivo potencial e significado.

Por outro lado, o voto da ministra Nancy Andrighi, relatora da decisão, não contou com qualquer menção expressa ao princípio em questão, mas acredita-se que a dignidade esteja presente de maneira implícita. Conforme elucida Daniel Sarmento (2016, p. 26), "a valorização da pessoa humana pode se expressar de múltiplas formas, por meio de diferentes vocabulários, sem a necessidade de uso de um termo específico para designar o fenômeno".

A ministra analisa a situação de forma perspicaz, levando em consideração as atitudes do genitor, o sofrimento da filha, o dano perpétuo e irreparável, bem como o dever de proteção e cuidado infringido. Observa-se:

> [...] não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
> [...]

> Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.
>
> Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.
>
> Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação (Brasil, 2012, p. 12-14).

Embora não faça menção expressa à dignidade, a ministra relatora parece levar em consideração o valor intrínseco, o mínimo existencial e a igualdade – ou seja, todos os elementos que compõem o princípio da dignidade (Sarmento, 2016, p. 93). Explica-se: ao levar em conta a existência de um conjunto mínimo de cuidados que os pais devem ter com os filhos, a ministra está reconhecendo o mínimo existencial; quando considera o tratamento negligente do pai para com a filha, analisa-se o valor intrínseco da pessoa; ao perceber a desigual atenção que o pai despendeu a esta filha e aos irmãos, aliado ao fato de que o pai precisou ser forçado pelo Poder Judiciário para que reconhecesse a recorrida como sua descendente, caracterizam uma afronta direta ao princípio constitucional da igualdade.

Desta forma, pode-se dizer que a ministra relatora levou em consideração os elementos da dignidade – e, portanto, a própria dignidade – em sua decisão, mesmo que não a tenha mencionado. A leitura integral

de seu voto conduz à verificação de grande valorização da humanidade e da dignidade, ainda que de maneira implícita.

Não obstante o desenvolvimento do tema acerca da pessoa na decisão da ministra Nancy Andrighi, há de se reconhecer a geral desvalorização do princípio da dignidade humana neste recurso especial, posto que sua utilização foi supérflua e fraca. Mesmo assim, louva-se a decisão final. Reconhecer a possibilidade de danos morais em razão da ocorrência do abandono afetivo é o reconhecimento da importância do respeito pela dignidade da vítima.

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo tinha como objetivo analisar a utilização do princípio da dignidade humana no Recurso Especial n. 1.159.242-SP do Superior Tribunal de Justiça, ação que pretendia estabelecer se o abandono afetivo constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral. Após realizar uma análise da dignidade, sua divergência de conceituação e elementos materiais na doutrina, examinou-se o tratamento que foi dado ao termo em cada um dos votos proferidos pelos Ministros Nancy Andrighi, Massami Uyeda, Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino. Ademais, confrontou-se a forma que a dignidade foi utilizada com a perspectiva trazida por Daniel Sarmento, especificamente em sua obra "Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia".

Constatou-se que o termo dignidade foi mencionado seis vezes no julgamento, sem a apresentação de um conceito. Ademais, na oportunidade em que foi citado expressa e diretamente, apareceu de forma extremamente superficial. Ao que tudo indica, os ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino seguiram a mesma linha de Daniel Sarmento, uma vez que a utilização do termo e o contexto no qual foi inserido se coaduna com as ideias do referido autor, pois convergem no sentido de reconhecer a dignidade nos demais direitos constitucionais fundamentais, bem como ao conceber a pessoa de forma concreta, valorando suas necessidades e

emoções. Por sua vez, o ministro Massami Uyeda diverge totalmente da linha dos demais, concebendo a pessoa de forma ideal e abstrata, trazendo a dignidade apenas para recordar do risco aumento do conflito familiar.

Verificou-se que a ministra Nancy Andrighi não empregou explicitamente o termo dignidade em seu voto. Todavia, fez uma implícita utilização do princípio através do conceito pessoa e consideração assertiva de seus elementos fáticos. Assim, presente em seu posicionamento uma grande valoração dos aspectos e fatores centrais da dignidade, especificamente em sua particular consideração do sofrimento da filha e do dever de proteção e cuidado violado.

Infelizmente, aponta-se para uma imprecisão da dignidade como princípio, uma vez que parece estar sendo utilizada de forma vazia e unicamente com o intuito de preencher o texto, sem contribuir significativamente com a discussão e fundamentação da decisão – o que pode ser classificado como uma banalização da dignidade, porquanto seu gigantesco potencial e significado está sendo desperdiçado. Com isso, o próprio valor da dignidade como princípio fundamental acaba sendo mitigado. É essencial que o princípio seja invocado com cautela e precisão a fim de que não ocorra sua banalização.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 254, p. 39–65, 2010. DOI: 10.12660/rda.v254.2010.8074. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8074. Acesso em: 2 ago. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 221, p. 159–188, 2000. DOI: 10.12660/rda.v221.2000.47588. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47588. Acesso em: 5 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 132 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de abril de 2012.. Disponível em: https://shre.ink/b5sO. Acesso em: 02 ago. 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Disponível em: https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/uploads/2022/08/Texto-3.pdf. Acesso em: 06 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, [S.I.], v. 9, p. 361-388, 2007. Disponível em: https://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131. Acesso em: 06 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Disponível em: https://shre.ink/b5sw. Acesso em: 06 out. 2024.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TARTUCE, Flávio. **STJ entende pela primeira vez pela reparação do abandono afetivo**. 2012. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/stj-entende-pela-primeira-vez-pela-reparacao-do-abandono-afetivo/121822406. Acesso em: 04 ago. 2024.

# O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA PARA PESSOAS ACIMA DOS 70 ANOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL À LUZ DA DECISÃO DO ARE 1.309.642 - STF

Bárbara Dariva[1]

## 1 INTRODUÇÃO

A imposição do regime de separação obrigatória de bens para pessoas com mais de 70 anos, prevista no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, foi projetada com o objetivo de proteger idosos contra eventuais casamentos que visassem, em sua essência, benefícios patrimoniais. A norma parte do pressuposto de que, nessa faixa etária, a acumulação de bens já está consolidada, bem como que os indivíduos poderiam encontrar-se mais vulneráveis a golpes ou manipulações por parte de cônjuges com segundas intenções. No entanto, tal imposição vem gerando debates crescentes no cenário jurídico e, inclusive, social, à medida que o envelhecimento da população e as transformações nas dinâmicas familiares contemporâneas questionam a validade de regras que restringem a liberdade e a autonomia de decisão dos idosos.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Pesquisadora no grupo de pesquisa de Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal da Fundação do Ministério Público (FMP). Pós-Graduanda em Direito das Famílias e Sucessões da Fundação do Ministério Público (FMP). Mestranda em Dinâmicas Regionais e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - Litoral Norte. Advogada, inscrita nos Quadros dos Advogados do Brasil sob o nº 129.947/RS. E-mail: barbaram.dariva@gmail.com.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1309642, trouxe uma nova perspectiva a esse debate. Por unanimidade, o STF entendeu que a imposição obrigatória do regime de separação de bens para pessoas acima de 70 anos pode ser afastada mediante manifestação expressa dos envolvidos, feita por escritura pública. Essa decisão permitiu uma mudança significativa no tratamento jurídico da questão; além de reconhecer a autonomia dos idosos para decidir sobre o regime patrimonial de suas relações afetivas, marca um ponto de inflexão na aplicação de uma norma que há muito era criticada por sua rigidez.

A decisão supra referida, para mais, reflete o crescente reconhecimento da necessidade de respeito à autodeterminação dos idosos, principalmente em uma sociedade onde a expectativa de vida tem aumentado, ao passo que os direitos individuais se tornam cada vez mais valorizados. Essa questão não se restringe apenas ao campo patrimonial, mas envolve princípios constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade.

Nesta senda, a obrigatoriedade do regime de separação de bens, originalmente justificada pela proteção, começa a ser vista como potencial restrição à liberdade de escolha. Não bastasse isso, reforça estereótipos de incapacidade ou vulnerabilidade que nem sempre refletem a realidade dos idosos.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo analisar essa nova interpretação do regime de separação obrigatória de bens, considerando o impacto da decisão do STF. Serão abordados os aspectos legais que sustentaram essa imposição ao longo dos anos, bem como as mudanças trazidas pela nova jurisprudência e suas implicações nas relações familiares e patrimoniais dos idosos. O estudo também se propõe a explorar os desafios enfrentados pelo Direito de Família ao tentar equilibrar a proteção jurídica dos idosos com o respeito à sua autonomia e liberdade.

A metodologia adotada será de natureza qualitativa e exploratória, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial. O trabalho, além de

contar com uma análise doutrinária, abordará o tema à luz do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1309642 do STF, além de uma revisão da literatura que discute o envelhecimento, a autonomia privada e os direitos patrimoniais. Esse enfoque permitirá uma visão ampla sobre como a legislação e a jurisprudência estão se adaptando à nova realidade social e como a proteção aos idosos pode ser conciliada com a promoção de sua dignidade e liberdade de escolha.

Ao longo do estudo, pretende-se refletir sobre o papel do Estado e do Direito de Família na regulamentação das relações matrimoniais e patrimoniais, especialmente no que diz respeito aos idosos. A decisão do STF surge, portanto, como uma resposta à necessidade de se reavaliar regras que, embora possam ser bem-intencionadas, acabam por não mais refletir as complexidades e necessidades da vida afetiva e patrimonial de pessoas com mais de 70 anos.

Finalmente, este trabalho visa contribuir para o entendimento das novas dinâmicas que envolvem a proteção e a autonomia dos idosos no contexto jurídico brasileiro, buscando alternativas que garantam a liberdade de escolha, sem comprometer, contudo, a segurança patrimonial daqueles envolvidos, que devem de fato, em sua essência, serem verdadeiramente protegidos.

## 2 LIBERDADE E ESCOLHA NO CONTEXTO FAMILIAR E PATRIMONIAL

A liberdade dentro do contexto familiar, atualmente, é um pilar fundamental para a promoção da dignidade da pessoa humana, e deve ser entendida como um espaço de atuação individual a ser respeitado, priorizando a liberdade de "ser" dentro da família. Do ponto de vista histórico, percebe-se que o espaço de liberdade presente na família contemporânea é substancialmente diferente do modelo estabelecido pela família patriarcal, uma vez que a Constituição Federal de 1988 elevou a liberdade e a igualdade como princípios intrínsecos às relações familiares (Faria, 2023).

O regime de separação obrigatória de bens, instituído pelo Código Civil de 1916, de natureza marcadamente patrimonialista, tinha o objetivo de proteger o patrimônio dos cônjuges maiores de 60 anos, no caso dos homens, e maiores de 50 anos, no caso das mulheres, contra o famoso "golpe do baú". Este golpe ficou conhecido por ser praticado por pessoas mais jovens que se casavam com indivíduos mais velhos visando unicamente à obtenção de vantagens financeiras. Dessa forma, considerava-se a presumida fragilidade do idoso e sua maior suscetibilidade a fraudes, buscando-se resguardar tanto seus bens quanto o bem-estar de sua família (Gonçalves, 2014).

Revogada, em razão do princípio de igualdade entre homens e mulheres estabelecido pela Constituição Federal de 1988, a distinção de idade baseada no sexo, fixando-se o limite de 60 anos para ambos os sexos. Finalmente, tempos depois, a idade foi alterada para maiores de setenta anos, através da promulgação da Lei nº 12.344, de 2010. Essa mudança, registra-se, já foi justificada pelo aumento gradual da expectativa de vida da população brasileira (Brasil, 2010).

Nesse contexto, latente a análise do princípio da dignidade da pessoa humana que, embora apresente múltiplas interpretações e uma difícil definição, é um dos mais relevantes e abrangentes princípios constitucionais, além de ser amplamente aplicado no Direito. A verdade é que esse princípio visa à valorização do indivíduo, sua honra e outros aspectos subjetivos, estando previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Por esse ângulo, a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição teve como objetivo essencial assegurar que a pessoa não seja apenas um elemento integrante, mas o próprio fundamento e, sobretudo, o propósito final da sociedade. Esse princípio centraliza o ser humano como valor principal, orientando a estrutura jurídica para garantir que todos os direitos e deveres existentes sejam estruturados de maneira a promover o respeito e a valorização da dignidade de cada indivíduo. Dessa forma, a Constituição busca assegurar que a

pessoa, como ser dotado de valor intrínseco, seja o fundamento e fim da sociedade (Tavares, 2018).

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento do valor intrínseco de cada indivíduo, especialmente no âmbito das relações familiares, assegurando a proteção integral da pessoa, independentemente de sua condição pessoal ou econômica. O objetivo, para mais, é garantir a valorização de sua autonomia e a preservação dos direitos fundamentais (Rosa, 2021).

Nesta senda, o Direito das Famílias resguarda o princípio da dignidade da pessoa humana ao garantir o respeito à autonomia dos indivíduos, assegurando a todos o direito de decidir livremente sobre a composição e o desenvolvimento de suas famílias. Logo, toda forma de tratamento discriminatório em razão de uma estrutura familiar diversa diverge da dignidade humana, sendo essencial que esse princípio seja garantido a todos, independentemente de idade, orientação sexual ou raça. Cada pessoa tem o direito de escolher como deseja formar e viver sua família (Pereira, 2021). Como reflexo direto dessas mudanças sociais, as relações familiares demandam uma abordagem jurídica flexível, que se adapte às novas realidades e garanta a dignidade e os direitos de todos os envolvidos (Rosa, 2021).

No matrimônio, o poder de escolha do regime de bens influencia o aspecto patrimonial do casal ao longo de sua vigência, embora ganhe maior importância no momento da sua dissolução. Os noivos, de fato, têm a liberdade de optar por qualquer um dos regimes previstos em lei ou estabelecer um regime próprio, ao passo que, na ausência de manifestação expressa - na falta de um pacto antenupcial - aplica-se, automaticamente, o regime da comunhão parcial (Azevedo, 2019).

Contudo, o artigo 1.641 do Código Civil enumera algumas situações em que a vontade dos nubentes não é considerada, impondo-se o regime da separação obrigatória de bens (Brasil, 2002). Insta consignar, pois oportuno, que esta disposição costuma gerar intensos, mas necessários, debates, sendo interpretada por meio de dois entendimentos opostos, senão vejamos.

Aqueles que advogam pela aplicação da obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de indivíduos com mais de 70 anos, argumentam que essa imposição visa proteger os cônjuges idosos de relacionamentos que possuem segundas intenções (Gagliano; Pamplona Filho, 2022). Nesse contexto, Cunha e Ferreira ressaltam:

> (...) casamentos são realizados por pessoas com elevadas diferenças de idade e, sobretudo, de ordem econômico-patrimonial, em que um dos consortes - em regra, o mais velho - possui um poder aquisitivo muito superior àquele da outra parte que pretende contrair o matrimônio, evidenciando que, nos mais diversos casos, a ganância pelos bens e valores de titularidade daqueles cuja idade é mais elevada, em conjunto ao fato de que a expectativa de vida de tais indivíduos tende a ser relativamente menor (Cunha; Ferreira, 2021, p. 79).

Portanto, percebe-se que o legislador ordinário compreendeu que, nesta fase da vida, na qual o patrimônio de um ou de ambos os cônjuges geralmente está consolidado, e quando não estão mais sujeitos ao ímpeto da juventude, a questão patrimonial deve ser claramente separada. Assim, a finalidade seria eliminar o estímulo patrimonial do casamento entre uma pessoa jovem e outra mais idosa (Venosa, 2017).

No entanto, para aqueles que se opõem à imposição estabelecida no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, o argumento de que a separação patrimonial entre indivíduos que se casam acima de certa faixa etária visa proteger o idoso de possíveis golpes financeiros não é convincente (Gagliano; Pamplona Filho, 2022). Nessa premissa, conforme Dias:

> Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes maiores de 70 anos, em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. Restringe sua autodeterminação. Por igual sepõe em rota de colisão com o movimento de intervenção mínima do Estado, afrontando a autonomia privada (Dias, 2021, p. 715).

Com base nos princípios da igualdade e da liberdade, ainda, reafirma-se uma posição contrária à aplicação do inciso II do art. 1.641 do Código Civil, ao afirmar:

> A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional, em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil (Dias, 2020, p. 517)

Esse dispositivo é manifestamente inconstitucional, pois restringe a autodeterminação da pessoa idosa. Além disso, viola o princípio da dignidade da pessoa humana, afronta a autonomia privada, entra em conflito com o princípio da mínima intervenção estatal nas relações familiares e carece de razoabilidade entre sua finalidade, a norma e os valores que compromete (Calmon, 2022).

Nesse ponto, insta refletir que, conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a média de expectativa de vida dos brasileiros seja de aproximadamente setenta e cinco anos, e para as mulheres é ainda maior, oitenta e um anos, ocorrendo, assim, o que se chama de envelhecimento da população (IBGE, 2022). Isso quer dizer, em linhas gerais, que a presunção de que a pessoa maior de 70 anos é incapaz de discernir acerca da melhor destinação do seu patrimônio é etarista e não respeita a autonomia da vontade, a liberdade e a dignidade humana, ou seja, contraria os princípios constitucionais.

Nessa perspectiva, há uma corrente de entendimento que considera a disposição estabelecida pelo supramencionado dispositivo legal como absurda e possivelmente questionável quanto à sua constitucionalidade, uma vez que viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal medida reduz a autonomia do idoso como indivíduo, impondo uma tutela excessivamente restritiva e restringindo sua liberdade de contrair matrimônio, algo que não é previsto pela Constituição (Lôbo, 2018).

Por esse ângulo, Pereira traz a seguinte reflexão:

> O fato de completar esta idade, por si só, não pode significar incapacidade de escolhas e prática de nenhum ato da vida civil, muito menos o estabelecimento de regras patrimoniais da relação conjugal. Se grande parte dos ocupantes de cargos no Legislativo e Executivo, têm mais de setenta anos, e tomam decisões importantes para a vida política e econômica do país, não há razão de serem impedidos de decidir sobre a economia de sua própria vida. Tal restrição atenta contra a liberdade individual e fere a autonomia e dignidade dos sujeitos (Pereira, 2021, p. 267).

Não bastasse isso, o regime obrigatório entra em conflito com o disposto no art. 1.639 do Código Civil, que concede aos nubentes a liberdade de dispor de seus bens conforme julgarem mais adequado. Com esse entendimento, Venosa afirma que:

> O melhor regime, o que mais atende às situações sociais, é o da comunhão parcial. É de crucial justiça que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica que em casamento estável, perdurando por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens. (Venosa, 2022, p. 326).

Nesse ínterim, destaca-se o princípio da justiça e da igualdade de direitos nos relacionamentos afetivos duradouros, seja no casamento civil ou na união estável, uma vez que o esforço de ambos deve ser reconhecido e os bens repartidos de forma equitativa. Qualquer imposição de separação de bens deve ser afastada para não violar o princípio da igualdade (Venosa, 2022).

Sobre esse tema, Carlos Roberto Gonçalves faz a seguinte observação:

> Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a disposição legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento. Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se

> encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como os menores de 16, as maiores de 60 anos e todas as que dependerem, para se casar, de suprimento judicial. (Gonçalves, 2017, p. 422).

Nesse ponto, merece destaque o fato de que, no que se refere à constituição de casamento ou união estável, o Código Civil estabelece que os menores de dezesseis anos são os únicos considerados absolutamente incapazes de praticar atos da vida civil. Além disso, prevê a possibilidade de que o curatelado — aquele que, devido a doença ou deficiência mental ou intelectual, não pode gerir seus próprios interesses — possa contrair matrimônio ou exercer o poder familiar (Dias, 2021).

O Código Civil, reitera-se, confere aos cônjuges a liberdade para definir as regras que regerão o casamento dentro de seu núcleo familiar (Pereira, 2021). Contudo, no caso dos maiores de setenta anos, a lei impõe o regime de separação total de bens, limitando a escolha dos nubentes quanto ao regime patrimonial.

Conforme supramencionado, a plena capacidade se adquire com a maioridade, sendo restringida apenas em situações específicas mediante curatela. O aspecto intrigante é que uma pessoa curatelada pode contrair matrimônio sem restrições quanto ao regime de bens, desde que sua vontade seja manifestada por meio de seu representante legal. Em contrapartida, um idoso com mais de setenta anos, plenamente capaz para os atos da vida civil, não tem a mesma liberdade (Dias, 2021). Nessa premissa:

> A associação da velhice à debilidade intelectual é equivocada e não pode ser presumida de forma absoluta. (...) Ninguém se torna incapaz exclusivamente por causa da idade avançada. Casamentos e uniões estáveis por interesses patrimoniais podem existir em todas as idades. Deslumbramentos e paixões descontroladas fazem parte da história amorosa de muitas pessoas na hodierna sociedade. Porém, a vulnerabilidade emocional decorre muito mais do temperamento, da personalidade e da história de vida particular da pessoa do que propriamente da idade. Por isso, o Código Civil

> precisa ser modificado ou, no mínimo, reinterpretado nesse aspecto. (Jaborandy *et. al*, 2020, p. 95).

Dessa forma, o legislador impõe ao idoso uma incapacidade disfarçada, presumindo que ele não possui discernimento ou capacidade mental para gerir os interesses patrimoniais no âmbito do casamento, resultando em uma intervenção estatal que retira sua liberdade e autonomia. Além disso, ignora-se o fato de que a expectativa de vida, longevidade e qualidade de vida têm aumentado significativamente. Embora a intenção, no cerne, seja proteger o idoso, a lei acaba promovendo uma discriminação, ao associar a velhice à incapacidade mental — algo que é expressamente proibido pelo Estatuto do Idoso, gerando, assim, uma contradição (Dias, 2021).

O debate sobre a liberdade de escolha no contexto patrimonial, especialmente para aqueles maiores de 70 anos, expressa a necessidade de mediação entre a proteção patrimonial e a preservação da autonomia individual. Se por um lado o regime de separação obrigatória de bens visa resguardar os idosos de possíveis abusos, por outro, sua imposição automática ignora a capacidade plena de discernimento dessas pessoas, violando os princípios constitucionais de liberdade e dignidade.

## 3 ARE 1309642 DO STF E A REAFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DOS IDOSOS

Frente a esses argumentos, em decisão histórica do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1309642, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu de forma unânime que o regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas com mais de 70 anos pode ser modificado pela vontade das partes. O Plenário entendeu que manter a obrigatoriedade da separação de bens, como previsto no Código Civil, viola o direito de autodeterminação das pessoas idosas (Brasil, 2024).

Conforme a decisão, para dispensar a obrigatoriedade, é necessário expressar esse desejo por meio de escritura pública, realizada em cartório. Além disso, ficou estabelecido que pessoas acima dessa idade

que já estejam casadas ou em união estável podem alterar o regime de bens, contudo, para tanto, é exigida autorização judicial - no caso do casamento - ou manifestação em escritura pública - no caso da união estável. Nessas circunstâncias, a modificação terá efeitos patrimoniais apenas para o futuro (Brasil, 2024).

A tese de repercussão geral fixada para Tema 1.236 da repercussão geral, é a seguinte:

> Nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes mediante escritura pública (Brasil, 2024, p. 26).

O ministro Luís Roberto Barroso, relator do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1309642, destacou que a obrigatoriedade da separação de bens impede que pessoas capazes de praticar atos da vida civil, independentemente da idade, determinem qual regime de casamento ou união estável é mais apropriado. Ele ressaltou que a discriminação por idade é expressamente vedada pela Constituição Federal, especificamente seu artigo 4º (Brasil, 2024).

Outrossim, o ministro Barroso ressaltou que a solução dada pelo STF apenas é aplicável a casos futuros, para evitar insegurança jurídica. Para casamentos ou uniões estáveis celebradas antes do julgamento do STF, o casal pode agora manifestar ao juiz ou ao cartório o desejo de alterar o modelo de união. Nesses casos, contudo, a mudança terá impacto apenas na divisão do patrimônio a partir da alteração, não afetando o período anterior do relacionamento, quando vigorava a separação de bens (Brasil, 2024).

Do ponto de vista jurídico, a imposição desse regime foi considerada inconstitucional quando interpretada de forma cogente, pois viola a autonomia individual das pessoas idosas. Destaca-se, nesse ponto, que a autonomia da pessoa idosa deve ser respeitada em todos os aspectos, especialmente no que se refere às suas decisões patrimoniais e afetivas. E

mais, limitar suas escolhas com base na idade fere os princípios constitucionais da dignidade e igualdade. (Dias, 2021).

A decisão destacou, para mais, que tratar idosos como incapazes de gerir seus próprios bens e relacionamentos fere o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição. Ao limitar a capacidade de escolha de pessoas com mais de 70 anos, o dispositivo legal trata os idosos como instrumentos para proteger os interesses patrimoniais de seus herdeiros, o que contraria a dignidade intrínseca de toda pessoa (Brasil, 2024).

A bem da verdade é que a tutela jurídica deve ser proporcional e evitar generalizações que prejudiquem a autonomia dos idosos, sob pena de ofender a dignidade da pessoa humana. O envelhecimento não pode ser tratado como sinônimo de incapacidade (Pereira, 2021). O Direito de Família, ao lidar com a proteção dos idosos, deve buscar equilibrar a proteção patrimonial e a promoção de sua liberdade de escolha, especialmente em relações afetivas e patrimoniais (Azevedo, 2019).

Além disso, a obrigatoriedade da separação de bens foi vista como uma forma de discriminação baseada na idade, em violação ao princípio da igualdade. A idade, por si só, não pode ser usada como critério para restringir direitos, a menos que haja justificativas razoáveis e legítimas. As pessoas idosas, enquanto mantiverem sua capacidade mental, têm o direito de fazer escolhas sobre sua vida e patrimônio, como qualquer outro cidadão. Assim, a decisão combate o etarismo, ou preconceito contra a idade, que ainda é comum na sociedade (Brasil, 2024).

Do ponto de vista social e familiar, a decisão do STF reflete uma mudança na percepção da vulnerabilidade das pessoas idosas. O entendimento de que os idosos devem ser protegidos de casamentos por interesse econômico não deve ser imposto de forma generalizada, mas sim oferecido como uma opção. (Brasil, 2024).

Nesse passo, insta consignar que a imposição do regime de separação total de bens para nubentes com mais de setenta anos pode ter sido justificável no século passado, considerando as condições de vida e os

avanços médicos da época, quando a expectativa de vida era mais baixa. No entanto, atualmente, um idoso de setenta anos encontra-se na plenitude das suas capacidades mentais, tornando incoerente privá-lo de decisões relacionadas à sua vida particular (Rechden, Rechden et al, 2023).

O ARE 1309642 reforça a liberdade de escolha dentro das relações familiares e valoriza a capacidade dos idosos de decidir sobre suas próprias vidas e bens. A decisão também ressalta que a autonomia individual deve ser preservada no contexto familiar, sem intervenções excessivas do Estado, garantindo que os direitos de liberdade e autodeterminação sejam respeitados (Brasil, 2024). Nessa perspectiva:

> (..) remata-se que o princípio da liberdade tem dado aos cidadãos a possibilidade, dentro dos limites da lei, de conduzirem a sua própria vida antes de sua pretensão, isto é, o modo mais claro para garantir a um indivíduo o direito que este tem de reger a sua própria vida como melhor lhe aprouver, dentro dos parâmetros legais, sem alancear os direitos dos outros, conhecendo que a liberdade apresentada pela nossa Constituição estende-se aos títulos recebidos. (STF, 2024, p. 61).

Portanto, a decisão do *ARE 1309642* do STF representou um avanço significativo na proteção dos direitos dos idosos, ao reconhecer que a separação obrigatória de bens pode ser afastada por vontade expressa das partes. Diante disso, o Supremo reafirmou o princípio da autonomia privada e a capacidade das pessoas idosas de tomar decisões sobre suas vidas e patrimônios, promovendo assim a dignidade humana no âmbito das relações familiares.

## 4 CONCLUSÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1309642, representa um marco significativo na jurisprudência brasileira, especialmente quanto ao

tratamento jurídico das pessoas idosas. Ao longo do tempo, a imposição do regime de separação obrigatória de bens para os nubentes que atingem 70 anos era encarada como uma forma de proteção, voltada para evitar casamentos oportunistas e salvaguardar o patrimônio daqueles que, em tese, estariam mais vulneráveis a relações econômicas e afetivas manipuladas.

No entanto, a evolução social e jurídica, marcada pelo aumento da expectativa de vida e pela valorização da autonomia privada, colocou em risco a eficiência e, consequentemente, a validade dessa norma, que, em muitos casos, pode ser vista como uma restrição excessiva aos direitos individuais dos idosos. A verdade é que a decisão do STF, ao permitir que essa imposição seja afastada mediante manifestação expressa das partes, representa um verdadeiro triunfo para a autodeterminação dos idosos, valorizando sua capacidade de tomar decisões sobre suas próprias vidas e, sobretudo, seu patrimônio.

Nesse sentido, o tribunal reafirma princípios constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, que são pilares da Constituição de 1988. Ao reconhecer que a discriminação por idade não pode ser legitimada sem justificativas razoáveis e viáveis, o STF deu um passo largo na luta contra o etarismo, um preconceito ainda enraizado em muitas esferas da sociedade.

Essa mudança de entendimento jurídico reflete uma transformação nas percepções sociais sobre o envelhecimento. O idoso já não é mais visto como uma figura frágil, dependente e incapaz de gerir suas próprias vontades, mas sim como um indivíduo pleno, com direitos e autonomia preservados, capaz de tomar decisões sobre sua vida afetiva e, inclusive, patrimonial. A decisão do STF, logo, acompanha as mudanças nas dinâmicas familiares e sociais do Brasil contemporâneo, onde a longevidade e a qualidade de vida dos idosos têm melhorado significativamente.

Do ponto de vista jurídico, essa decisão abre um precedente importante para futuras discussões sobre o papel do Estado na proteção dos idosos. Insta consignar, pois oportuno, que a proteção patrimonial, ainda que bem-intencionada, não pode se tornar uma barreira para a liberdade

de escolha e a dignidade das pessoas. E mais, a imposição do regime de separação obrigatória de bens, ao ser relativizada pela vontade das partes, equilibra de maneira mais justa a necessidade de proteção com o respeito à autonomia individual, devolvendo aos os idosos o direito de decidir o que é melhor para suas próprias vidas.

Ademais, essa mudança na interpretação da lei também traz implicações importantes para o Direito de Família; o reconhecimento da autonomia dos idosos na escolha do regime patrimonial em suas relações afetivas apenas reafirma que o Direito de Família deve estar atento e acompanhar as transformações sociais e as novas demandas das relações interpessoais. O envelhecimento da população, associado às mudanças nas estruturas familiares, reivindica uma abordagem mais flexível e adaptada às realidades atuais. A legislação, por conseguinte, deve evoluir para garantir que os direitos individuais, especialmente dos grupos mais vulneráveis, sejam respeitados sem comprometer a segurança jurídica.

Além disso, deve-se destacar que a decisão tem efeitos apenas prospectivos, ou seja, aplica-se apenas a casos futuros, respeitando a segurança jurídica das relações patrimoniais já consolidadas. Essa nuance dos efeitos da decisão reflete o cuidado do STF em evitar a abertura de conflitos retroativos que poderiam gerar instabilidade no sistema jurídico, especialmente em casos de herança e partilha de bens já resolvidos sob a antiga interpretação da lei.

No entanto, essa limitação também sugere a necessidade de uma discussão contínua sobre o impacto dessa decisão no longo prazo e sobre a possibilidade de futuras revisões legislativas que possam harmonizar o ordenamento jurídico com essa nova realidade. A verdade é que o direito deve estar sempre em estado de atualização, a fim de garantir que reflita e atenda as necessidades da época.

Por fim, a decisão do STF no *ARE 1309642* reforça a importância do diálogo entre a proteção jurídica dos mais vulneráveis e o respeito à liberdade individual. O Direito das Famílias, não restam dúvidas, deve evoluir continuamente, acompanhando as transformações da sociedade,

a fim de assegurar a proteção e o reconhecimento das novas formas de convivência familiar. Em uma sociedade onde a expectativa de vida tem aumentado e os direitos dos idosos têm ganhado maior relevância, é essencial que o Direito, sobretudo o de Família, continue a evoluir para garantir um equilíbrio justo entre a proteção patrimonial e a promoção da dignidade e da autonomia dos indivíduos.

A separação obrigatória de bens, outrora justificada como medida protetiva, agora é vista sob uma nova ótica, onde a liberdade de escolha e o respeito aos direitos fundamentais ocupam o centro das discussões jurídicas. Nesta seara, a decisão do STF não apenas altera a forma como os casamentos e uniões estáveis de pessoas com mais de 70 anos serão tratados a partir de agora, mas também, reitera-se, lança luz sobre a necessidade de uma constante adaptação das leis às mudanças sociais.

O envelhecimento da população e o aumento da longevidade, de fato, demandam um novo olhar sobre os direitos dos idosos, que devem ser tratados com dignidade, autonomia e respeito, sem que sua liberdade seja limitada por normas legais que já não correspondem às complexidades da vida contemporânea. Assim, não há dúvidas que o *ARE 1309642* não é apenas uma decisão jurídica, mas um marco de transformação social, que reconfigura o papel do idoso na sociedade e o reconhecimento de sua plena capacidade para gerir sua vida e seus bens.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 Mar 2024.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 18 Mar 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do art. 1.641 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 10 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal- STF. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1309642**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 01 Fev 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5sN. Acesso em: 15 Mar 2024.

CALMON, Patrícia Novais. **Direito das famílias e do idoso**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022.

CUNHA, Leandro Barbosa da ; FERREIRA, Fabiana Aparecida. **A derrotabilidade da exigência do regime de separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de setenta anos em face das circunstâncias de cada caso concreto.** IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), 2021. Disponível em: https://shre.ink/b5sF. Acesso em 20 Mar 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2020.3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIA, Pâmela Victória Ferreira. **Da (in) constitucionalidade da separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos.** IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), 2023. Disponível em https://shre.ink/b5sE. Acesso em 20 Mar 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em https://shre.ink/b5sR. Acesso em 22 Mas 2024.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda; PORTO, Carolina Silva. **A obrigatoriedade do regime de separação de bens ao idoso de setenta anos: proteção ou discriminação?** Interfaces Científicas, Aracaju, v. 8, n. 1, p. 87-100, fev. 2020. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/6104. Acesso em 05 Out 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RECHDEN, Ana Paula Neu et al. **Regimes de separação de bens**. Indaiatuba: Foco, 2023. Coordenado por Rafael Calmon, Rui Portanova, Gustavo D'Alessandro.

ROSA, Conrado Paulino da. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. v. 5.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões.** 22.ed. –Barueri/SP: Atlas, 2022.

# ESCOLHA DO REGIME DE BENS POR PESSOAS COM SETENTA ANOS OU MAIS: ANÁLISE DO TEMA 1236

Dálety Azevedo de Castro Eleuthério[1]
Carolina D'Amorim Barreto[2]

1 Mestranda em Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil – Constitucional, Família, Sucessões e Mediação (NEDFAM) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob coordenação da Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann. Integrante do Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, sob coordenação da Profa. Dra. Daniela Braga Paiano. Integrante do Grupo de Estudos sobre Formação Docente e Metodologia do Ensino do Direito, vinculado a Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, sob coordenação do Prof. Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias. Advogada. E-mail: daletycastro@gmail.com.

2 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob a coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/BA. Integrante da Comissão para a Promoção de Igualdade e Políticas Afirmativas em Questões de Gênero e Orientação Sexual (COGEN) do Poder Judiciário da Bahia. Palestrante e autora de artigos jurídicos sob viés de gênero. Advogada. E-mail: caroldamorim.adv@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 1.641, inciso II do Código Civil estabelece que a pessoa com setenta anos ou mais deve se casar sob o regime de separação de bens, sem possibilidade de escolha de regime diverso. Todavia, tal dispositivo levanta muita discussão entre a doutrina, em vista dos princípios constitucionais da igualdade, dignidade da pessoa humana e do regime da capacidade civil, que é plena após os dezoito anos, sendo exceção a incapacidade relativa.

A imposição do regime de separação de bens às pessoas idosas remonta ao Código Civil de 1916, no qual homens com mais de sessenta anos e mulheres com mais de cinquenta anos não poderiam escolher regime diverso. Em 1964, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 377, que estabelece a comunicação dos bens adquiridos durante o casamento no regime de separação legal, mas a imposição do regime seguiu vigente, apenas possibilitando a meação na constância do casamento.

O Código Civil de 2002, considerando o princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal, igualou a idade a partir da qual vigoraria a imposição do regime de separação de bens entre homens e mulheres: sessenta anos. Já a Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010, aumentou para setenta anos a idade a partir da qual a pessoa não poderia mais escolher o regime de bens do seu casamento. Em 2022, a Súmula 655 do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a aplicação do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários também na união estável, comunicando-se os bens adquiridos por esforço comum durante o relacionamento.

Porém, argumentando ser o dispositivo inconstitucional, uma viúva recorreu ao Supremo Tribunal Federal para rever o dispositivo legal. No caso concreto, a senhora vivia em união estável com idoso que contava mais de setenta anos quando do início da união. Após o falecimento do idoso, a companheira buscava participar da sucessão do seu companheiro. Assim, duas questões foram levantadas: 1) Se o dispositivo era

constitucional, e 2) Se o dispositivo se aplicaria também às uniões estáveis. O caso teve repercussão geral reconhecida e originou o Tema 1236.

Neste sentido, esta pesquisa busca responder à seguinte pergunta: Qual foi mudança implementada pelo Tema 1236 na escolha do regime de bens por pessoas com setenta anos ou mais?

Acredita-se que deva ser declarada a inconstitucionalidade do art. 1.641, inciso II, considerando que este fere os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além de clara afronta ao regime das capacidades regulado no Código Civil, principalmente após o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Neste viés, o referido inciso tem claro fundamento etarista, discriminatório e patrimonialista.

Entender as mudanças implementadas no ordenamento jurídico pelo Tema 1236 implica diretamente em compreender a possibilidade de autorregramento das famílias formadas por pessoas com setenta anos ou mais, refletindo no regime de bens adotado por estas famílias e na herança de seus cônjuges, companheiros e filhos. Os juristas e operadores do direito, como advogados, magistrados e tabeliões, precisam estar cientes das mudanças implantadas para orientar e possibilitar o acesso ao planejamento patrimonial de famílias formadas por uma ou mais pessoais septuagenárias.

Neste sentido, objetiva-se explicar as mudanças na escolha do regime de bens de pessoa com setenta anos ou mais a partir do Tema 1236. Busca-se, também, analisar os argumentos proferidos pelos Ministros para apoiar seus votos, bem como verificar a modulação dos efeitos desta decisão.

A pesquisa é documental, analisando lei e doutrina a respeito do art. 1.641, inciso II do Código Civil, e a argumentação dos votos dos Ministros na elaboração do Tema 1236. Também se utiliza o método comparativo, traçando um paralelo dentre o dispositivo citado e demais legislações pertinentes do ordenamento jurídico. Está dividida em dois capítulos principais, além da introdução e conclusão. Após esta introdução do tema, o primeiro capítulo aborda a imposição legal do regime de separação de bens aos septuagenários em comparação com outras fontes:

a Constituição Federal, o regime das capacidades positivado no próprio Código Civil, o Estatuto da Pessoa Idosa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Projeto de Atualização do Código Civil. O segundo capítulo aborda os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, analisando os argumentos utilizados para embasar a definição do Tema 1236. Ainda, expõe-se acerca da modulação de efeitos estipulada pelos Ministros para garantir a segurança jurídicas das relações já estabelecidas.

## 2 COMPARAÇÃO COM OUTRAS FONTES

A imposição do regime obrigatório de separação de bens às pessoas com setenta anos ou mais que se unirem em casamento ou união estável está positivado no art. 1.641, inciso II, do Código Civil. Entretanto, é importante compreender todo o sistema jurídico e verificar a existência de correspondência com outras legislações. Para tanto, deve-se também analisar a Constituição Federal, o próprio Código Civil – regime das capacidades, o Estatuto da Pessoa Idosa, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e, por fim, uma breve referência ao Projeto de Atualização do Código Civil.

### 2.1 Interlocução com a constituição federal

A Constituição Federal traz, em seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana[3]. Isto é, "uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal" (Sarlet, 2002, p. 22). Quer dizer que, em virtude tão somente de ser um humano e independentemente de qualquer outra característica, esse é titular de direitos que devem ser respeitados pelos demais e pelo Estado. É algo inerente a todos os indivíduos, sem exceção (Sarlet, 2002, p. 22).

3 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana" (Brasil, 1988).

Assim, a pessoa idosa, enquanto sujeito, deve receber tratamento digno tanto pela família, bem como pela sociedade em geral e, notoriamente, pelo Estado. A escolha do regime de bens de pessoas septuagenárias por parte do Estado, por meio do legislador, sob o argumento de protegê-la ou até mesmo a herança dos herdeiros, é ignorar a dignidade desta e ir contra um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Ademais, o art. 5º da Magna Carta[4], proíbe distinções de qualquer natureza (Brasil, 1988). Impor um regime de bens aos septuagenários, sem qualquer critério científico ou protetivo lógico, é contrariar o princípio da igualdade. O instrumento legal que rege a proteção à pessoa idosa[5], em sua essência, não é base para tratamento discriminatório, ao contrário, serve para proteger esta categoria. Imposições legislativas injustificadas, tais como a imposição do regime de separação de bens, não são protetivos – pelo menos, certamente não contempla àqueles a quem deve-se proteção.

## 2.2 Capacidade no código civil

Além dos princípios e garantias constitucionais citados, o Código Civil traz o regime da capacidade civil. Até os 16 anos incompletos, as crianças e os adolescentes são incapazes. Entre os 16 anos completos aos 18 anos incompletos, a incapacidade é relativa. A capacidade civil plena, portanto, ocorre quando se completa 18 anos de vida[6], em regra, o que torna o indivíduo apto a exercer todos os atos da vida civil (Brasil, 2002).

4 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes" (Brasil, 1988).

5 "Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida" (Brasil, 1988).

6 "Art. 3o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. [...]

Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos" (Brasil, 2002).

Não há imposição legal quanto a incapacidade ou restrição à manifestação da vontade a partir de alguma idade, de modo que a velhice não deveria ser presumida como incapacitante. A capacidade de fato é presumida no sistema jurídico brasileiro, considerando que somente em casos excepcionais, previstos expressamente em lei, ocorre a incapacidade da pessoa para os atos civis (Eleuthério; Silva; Rocha, 2024).

Sob esse viés, há uma incompatibilidade na imposição do regime de separação obrigatória de bens aos septuagenários – em regra, plenamente capazes – uma vez que comparativamente aos considerados relativamente incapazes, adolescentes com 16 ou 17 anos, por sua vez, têm a faculdade de escolher o regime de bens do seu casamento. Conforme o artigo 1.654 do Código Civil[7], é eficaz o pacto antenupcial realizado por adolescente, desde que aprovado pelo seu representante legal, excetuadas as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Aqui se tem o princípio *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, que se traduz em: quem está habilitado para o casamento, também o está para escolher o regime de bens (Eleuthério; Silva; Rocha, 2024).

Desta análise, não há fundamentos jurídicos que justifiquem limitar a autonomia privada da pessoa idosa, com setenta anos ou mais, apenas pela análise literal e discriminatória de sua idade. O Código Civil deixa expresso o regime de capacidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, que é o *in dubio pro capacitate*. Portanto, não se pode presumir a incapacidade de quem é idoso pelo simples fato de ser idoso (Brandão, 2019).

## 2.3 Interlocução com o estatuto da pessoa idosa

O Estatuto da Pessoa Idosa traz, em seu artigo 2º, princípios constitucionais, e reafirma que esta goza de todos os direitos fundamentais da pessoa humana. Ainda, assegura todas as oportunidades e facilidades e, aqui, salienta-se que estas se darão em condições de liberdade e

7 "Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens" (brasil, 2002).

dignidade (Brasil, 2003). A falta de possibilidade de escolha de regime de bens do casamento ou união estável da pessoa com setenta anos ou mais contradiz a liberdade e a dignidade desta[8].

Inclusive, no exercício enquanto aplicadores da lei, deve-se se ter em mente que a norma jurídica deve ser interpretada em razão dos fins para os quais ela foi editada, almejando sempre a conexão com o sentido e o alcance dos casos práticos no cotidiano da sociedade. Portanto, ao realizar uma interpretação valorativa do referido estatuto, nota-se que na justificativa do seu projeto de lei[9], o termo "pessoa" remete à necessidade do combate à desumanização do envelhecimento. Isto é, a utilização dessa terminologia representa a luta intrínseca desses sujeitos pelo direito à dignidade e à autonomia.

## 2.4 Interlocução com estatuto da pessoa com deficiência

O Estatuto da Pessoa com Deficiência afirma, em seu art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Outrossim, acrescenta que esta é plenamente capaz para casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos que pretende ter e sobre o seu planejamento familiar, entre outros[10] (Brasil, 2015b).

8 "Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade" (Brasil, 2003).

9 BRASIL. Projeto de Lei nº 3.646, de 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1766731&filename=PL%203646/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PLS%2072/2018). Acesso em: 31 de agosto de 2024.

10 "Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

Isso significa que a pessoa com deficiência é plenamente capaz. A mitigação da sua capacidade somente ocorre por meio do processo de curatela, que se limita a tantos atos da vida civil quanto forem necessários ao curatelado, não sendo aplicada de forma global (Brasil, 2015a).

Ainda assim, a curatela é prevista para questões patrimoniais, conforme prevê o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois o instituto não alcança "o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade" (Brasil, 2015b). As questões existenciais são exercidas pessoalmente pela pessoa com deficiência (Eleuthério; Silva; Rocha, 2024).

Assim, percebe-se que o referido estatuto tem caráter protetivo, mas não priva a liberdade da pessoa com deficiência, da mesma forma que o Estatuto da Pessoa Idosa não priva os septuagenários de nenhum dos seus direitos, nem retira a sua capacidade. Porém, o art. 1.641, inciso II do Código Civil retira a liberdade de escolha do regime de bens da pessoa idosa com mais de setenta anos, discriminando-a e privando-a de parte da sua autonomia privada.

## 2.5 Atualização do código civil

No projeto de atualização do Código Civil, a proposta é revogar o art. 1.641 (Brasil, 2024), abolindo, assim, esta imposição legislativa que furta a autonomia privada na formação de famílias compostas com pessoas com setenta anos ou mais. Isso incluiria a pessoa idosa na mesma regra das demais uniões: em caso de silêncio dos nubentes, a comunhão parcial de bens é o regime supletivo[11].

A justifica desta alteração, segundo consta no Anteprojeto de Atualização do Código Civil, é a existência injustificada do regime da

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas" (Brasil, 2015).

11 "Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial (Brasil, 2002).

separação obrigatória de bens (Brasil, 2024, p. 301). Assim, tanto pessoas com setenta anos ou mais, quanto pessoas que precisem de suprimento judicial para casar (adolescentes entre 16 e 17 anos sem permissão dos pais para tanto), e também pessoas casadas sem observar as condições suspensivas, não terão a imposição de algum regime de bens obrigatório, mas poderão eleger o que melhor lhes parecer ou, em caso de silêncio, será aplicado o regime supletivo de comunhão parcial de bens.

## 3 DISCUSSÃO DO TEMA 1236

O objeto de análise do presente artigo, o Tema 1236, estabelece que "nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública" (Brasil, 2024). Para entender a conclusão do Tema 1236, analisam-se os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Agravo convertido em Recurso Extraordinário 1.309.642 São Paulo, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal - CF, em que foi reconhecida a repercussão geral.

### 3.1 Voto do ministro Luís Roberto Barroso, presidente e relator

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, aponta que a discussão gira em torno de duas questões: 1) se é constitucional o art. 1.641, inciso II do Código Civil, e 2) se tal dispositivo se aplica às uniões estáveis.

De início, salienta que há violação da dignidade humana por limitar a autonomia da vontade da pessoa idosa, fazendo-o servir aos interesses dos seus herdeiros, e também por utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas (Brasil, 2024, p. 15). Assim, o Ministro propõe dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo em discussão, de modo que a aplicação do regime de separação de bens ocorreria apenas

quando os nubentes não escolhessem regime diverso, de modo supletivo. Seria regime supletivo e não cogente (Brasil, 2024, p. 16-17).

Como não há distinção ou hierarquia entre união estável e casamento, o art. 1.641, inciso II do Código Civil também se aplica às uniões estáveis, ressaltando o caráter dispositivo do artigo. Ou seja, os conviventes podem afastar o regime de separação obrigatória de bens por meio de escritura pública (Brasil, 2024, p. 25).

Os efeitos do Tema 1236 são prospectivos, para que eventual alteração do regime de bens somente produza efeitos patrimoniais para o futuro, resguardados os direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, e não afetando as situações jurídicas já definitivamente constituídas, garantindo a segurança jurídica. Nesse sentido, em relação às pessoas casadas há a possibilidade de alteração do regime de bens, desde que seguido o procedimento de jurisdição voluntária definido em lei, enquanto os conviventes podem alterar o regime em juízo ou por contrato de convivência. A manifestação válida da vontade dos cônjuges ou conviventes é justificativa suficiente (Brasil, 2024, p. 25-26).

Ressalta o referido ministro que o intuito da restrição imposta pelo artigo do Código Civil, nada mais é do que resguardar os interesses patrimoniais dos herdeiros. A suposta finalidade de proteger a pessoa idosa de golpes patrimoniais, em sua essência, refletem o desejo de terceiros (na figura de herdeiros) de terem seus direitos sob o legado inalterados.

Contudo, frisa-se que não há herança de pessoa viva, ou seja, esse direito só se forma depois do falecimento do titular dos bens. Nesse panorama, em vida, a pessoa idosa deve poder dispor de seu patrimônio da maneira que lhe convém, evidente que desde que respeitados os limites legais, porém, podendo fazer uso da escolha do seu próprio regime de bens.

## 3.2 Voto do ministro Cristiano Zanin

O Ministro Cristiano Zanin refere ao dispositivo em questão como fundamentado em suposição com viés discriminatório, que associa a

longevidade à suposta inépcia cognitiva e presume má-fé nos casamentos com pessoas a partir de setenta anos. Para o Ministro, limitar a autonomia dos septuagenários para resguardar direitos patrimoniais de terceiros viola os preceitos constitucionais da dignidade, igualdade, discriminação em razão da idade e o dever de amparo à pessoa idosa (Brasil, 2024, p. 39-40).

Restringir a autonomia de vontade e o direito de escolha do regime de bens às pessoas com setenta anos ou mais é incompatível com o sistema de capacidade estabelecido pelo Código Civil, o qual estabelece que estas pessoas podem votar e serem votadas; comprar, vender e doas bens imóveis, ocupar cargo público e dirigir (Brasil, 2024, p. 46). Importante comparação é feita com relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência:

> Nota-se, inclusive, que a sistemática relacionada à curatela da pessoa incapaz, trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, garantiu mais autonomia à pessoa incapaz do que ao maior de setenta anos. Isso porque assegurou àquele o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. A curatela, quando necessária, não alcançaria o direito ao matrimônio (Brasil, 2024, p. 46-47).

Apesar de toda essa argumentação, o Ministro Cristiano Zanin vota por se estabelecer balizas interpretativas para mitigar os efeitos nocivos da norma e adequá-la aos ditames constitucionais. Assim, busca preservar o texto original, em respeito ao princípio democrático e à conformação do legislador, mas estabelece que a separação de bens incidirá apenas quando do silêncio dos nubentes com setenta anos ou mais (Brasil, 2024, p. 48).

O Ministro refere que não há distinção entre o casamento e a união estável, devendo o dispositivo em questão ser aplicado a todas as entidades familiares. Ainda, entende pela modulação dos efeitos da decisão, resguardando os atos perfeitamente legais e possibilitando a alteração do regime de bens, após o devido processo. As alterações fixadas no acórdão são eficazes após a publicação da ata do julgamento (Brasil, 2024, p. 48-50).

A formação de uma entidade familiar, por meio do casamento ou da união estável, deve ser encarada como o âmago da autonomia da vontade, que, por desdobramento geram reflexos patrimoniais e econômicos através da escolha do regime de bens. Portanto, considerando que o indivíduo tem liberdade para decidir como deseja se relacionar em vida, deve ser garantido ao sujeito, independente da condição etária, como essa relação irá reverberar no campo patrimonial.

## 3.3 Voto do ministro André Mendonça

O Ministro André Mendonça votou no sentido de que a manifestação de vontade da pessoa idosa, para afastar a incidência do art. 1.641, inciso II, deva ser por meio de escritura pública. Alega que algumas doenças são mais propensas às idades avançadas, como o Alzheimer, e que a formalidade de uma escritura pública forneceria segurança na manifestação de vontade (Brasil, 2024, p. 53).

A justificativa imposta no referido voto sujeita-se ao modo como a sociedade enxerga a pessoa idosa, impondo a susceptibilidade do acometimento de uma doença que afete a capacidade de discernimento à condição de idade avançada: um verdadeiro etarismo em sua forma mais precípua.

Todo indivíduo está sujeito ao acometimento de circunstâncias que possam afetar sua saúde. Portanto, sendo o caso verificado na prática, o ordenamento jurídico detém de outras balizas para garantir a proteção do sujeito, não sendo pertinente utilizar esse viés como uma condição exclusiva de preservação.

## 3.4 Voto do ministro Nunes Marques

O voto do Ministro Nunes Marques é destoante dos demais. Segundo o Ministro, o art. 1.641, inciso II, do Código Civil impõe um regime diferenciado, mas resguarda a autonomia da vontade da pessoa idosa pois esta pode, em vida, dispor de seus bens da maneira que melhor

entender melhor, inclusive destinando-os por testamento à companheira (Brasil, 2024, p. 68-69).

Argumenta que o dispositivo não fere a dignidade da pessoa humana e não é discriminatório, porque o objetivo é preservar o interesse do próprio idoso e de seus herdeiros (Brasil, 2024, p. 70). O ponto central do seu pensamento é bem explícito pelo seguinte trecho de seu voto:

> Em suma: com fundamento na igualdade material, na vulnerabilidade relativa da pessoa idosa, na proteção das minorias, na proteção ao direito de propriedade e da herança, e resguardada, ainda, a autonomia da vontade da pessoa pela livre disposição dos bens em vida, reputo constitucional e legítima a escolha legislativa, estampada no art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, pelo regime obrigatório da separação de bens aplicável ao casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos (Brasil, 2024, p. 71).

Ao final, o Ministro acompanha o voto do Relator, porque a tese proposta possibilitaria manter o regime legal, visto que sem o pacto antenupcial aplica-se o regime da separação obrigatória de bens. De outro modo, se for a vontade dos nubentes, outro regime pode ser adotado (Brasil, 2024, p. 55).

Quanto a união estável, sendo um dos conviventes pessoa com setenta anos ou mais, entende que deve ser aplicado o art. 1.641, inciso II do Código Civil (Brasil, 2024, p. 74). Inclusive, finaliza com uma ressalva de que o regime de separação apenas poderia ser afastado mediante um pacto antenupcial e não por meio de escritura pública, vez que deveria ocorrer apenas antes do casamento e não após.

Com base no ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas casadas podem alterar o regime de bens a qualquer momento, seguindo o procedimento de jurisdição voluntária definido em lei, e os conviventes também podem fazê-lo em juízo ou por contrato de convivência. Defender algo diferente disso para a pessoa idosa é o mesmo que reconhecer que,

por conta da idade, a manifestação válida da vontade é insuficiente, o que figura como uma latente discriminação.

## 3.5 Voto do ministro Alexandre de Moraes

O Ministro Alexandre de Moraes ressalta que a pessoa idosa está em um eixo específico de proteção, sobretudo no plano constitucional. Apesar disso, não é razoável restringir a autonomia e a liberdade da pessoa idosa em virtude de um dispositivo que tem a forma da condescendência e do patrimonialismo (Brasil, 2024, p. 88).

O Ministro ressalta que a isonomia não permite diferenciações arbitrárias, de modo que a proteção da pessoa idosa deve rechaçar presunções que a menosprezem. Esta tem direito à convivência familiar conforme sua livre escolha, o que exige analisar o dispositivo em questão em bases constitucionais contemporâneas (Brasil, 2024, p. 89). Traz, ainda, perfeita demonstração da completa inconsistência do art. 1.641, inciso II:

> A título de ilustração, a presunção *juris et de jure* da norma significa que muitos magistrados septuagenários atualmente em exercício, em plena atividade laborativa, que ainda não atingiram a idade da aposentadoria compulsória, careceriam, embora ainda aptos à prestação jurisdicional (inclusive para realizar o controle de constitucionalidade do objeto ora debatido), do discernimento necessário para escolher entre os diversos regimes de bens caso viessem a contrair casamento. Não me parece razoável (Brasil, 2024, p. 100).

Vota no sentido de manter o dispositivo impugnado, mas interpretá-lo conforme a Constituição, dando força de norma dispositiva, que deve prevalecer somente na falta de convenção das partes em sentido diverso.

Considerando que a pessoa idosa tem plena capacidade para pretender se casar, não se justifica impor restrições que se baseiam em entendimentos arbitrários de uma sociedade essencialmente patrimonialista.

## 3.6 Voto do ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli ressaltou a importância de estabelecer os efeitos do Tema 1236 para o futuro, para alcançar as novas famílias formadas após o tema. As famílias atuais, em que um dos cônjuges ou companheiros tenha setenta anos ou mais e queira fazer a alteração do regime de bens, deve fazer o procedimento por meio de escritura pública (Brasil, 2024, p. 103).

A proteção da segurança jurídica das famílias formadas antes do tema é necessária, considerando que estavam sob a égide do regramento anterior, mas nada os impede de traçar novas escolhas, o crucial é ter o direito de ter essa opção respaldada juridicamente.

## 3.7 Voto do ministro Edson Fachin

O Ministro trata sobre a conexão entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, que traz a leitura da dignidade da pessoa no tratamento do Estado com a pessoa. Aborda a felicidade, e que esta ocorre com a liberdade.

Refere que a família é a base da sociedade, e a sociedade é livre, justa e solidária. A proteção do núcleo familiar ocorre também na pessoa de cada um de seus integrantes. O idoso tem tanto o regime de bens do seu casamento quanto seu cônjuge ou companheiro (Brasil, 2024, p. 134).

Quanto ao art. 1.641, inciso II, propõe interpretação conforme a Constituição, para que seja aplicado de modo supletivo:

> Tenho, para mim, que o caso, do ponto de vista da técnica da hermenêutica constitucional, é uma hipótese de interpretação conforme, para que esse dispositivo II migre da compreensão da cogência para a compreensão da supletividade. Do modo atual com que está formulada a redação, o próprio começo do art. 1.641 do Código Civil diz que é obrigatório. Aqui, há uma imperatividade quanto à pessoa maior de setenta anos (Brasil, 2024, p. 105).

Argumenta que o dispositivo discutido torna ineficaz os direitos fundamentais, pois diminui a capacidade das pessoas com setenta anos ou mais, que não podem escolher o regime de bens das suas famílias, conforme melhor lhes aprouver (Brasil, 2024, p. 133).

Assim, o artigo 1641, II, do Código Civil, não teria amparo constitucional para distinguir os maiores de 70 anos do restante da população, o que torna este dispositivo discriminatório, "eis que as regras que criam distinções injustificadas ou injustas são conflitantes com os princípios constitucionais da dignidade humana e da isonomia" (Brasil, 2024, p. 134).

Sobre os efeitos do Tema 1236, o Ministro considera que antes da discussão sobre a norma, esta era cogente. Então, vota para que sejam mantidas as uniões já formadas sob esta cogência, preservando-se os atos praticados (Brasil, 2024, p. 106).

Ao introduzir a felicidade como um elemento a mais de sustentação, o referido ministro compreende a essencialidade na norma jurídica, no qual a busca pela realização pessoal de seus legítimos interesses deve vir acima de qualquer restrição de diminua a autonomia do indivíduo pela mera análise objetiva da idade.

## 3.8 Voto do ministro Luiz Fux

O Ministro Luiz Fux traz argumento geográfico. Segundo o IBGE, há uma crescente longevidade da população. Assim, afirma que atualmente não há justificativa para se presumir qualquer incapacidade de pessoas com setenta anos ou mais. Para ilustrar, diz que aos setenta anos uma pessoa poderia fazer concurso público, contrair empréstimos, ingressar no Supremo Tribunal Federal, ou nesse permanecer até os setenta e cinco anos (Brasil, 2024, p. 136), concluído que:

> Portanto, a determinação da idade de 70 anos não foi feita à luz de critérios científicos, mas sim resultante de uma arbitrariedade legislativa. Fixou-se a idade de 70 anos como uma presunção de

> incapacidade relativa para escolha livre e consciente do regime de bens ao se contrair matrimônio (Brasil, 2024, p. 143).

Narra que a imposição do regime de separação obrigatória nos casamentos de pessoas maiores de 70 anos é uma presunção relativa de incapacidade em razão da idade. O legislador presume que após os setenta anos a pessoa não possui discernimento para escolher o melhor regime de bens para o seu casamento. Em movimento contrário, o septuagenário pode realizar contratos de compra e venda, contrair empréstimos com garantias, fazer doações, escolher representantes político, entre outros (Brasil, 2024, p 144).

Segundo o Ministro, a família não deve sofrer interferência externa sobre a forma como se organiza e sobre sua gestão. A liberdade da família é concretizada no espaço privado, onde cada um dos integrantes da família busca a felicidade para si e para os demais, observados os limites existentes na ordem jurídica (Brasil, 2024, p. 146).

> Ante o exposto, pode-se fixar as seguintes premissas teóricas: i) a inconstitucionalidade da regra imposta pelo inc. II, do art. 1.641 do CC/02, em razão da imposição do regime da separação obrigatória de bens aos maiores de 70 anos ao contrair matrimonio; ii) impossibilidade da presunção de incapacidade relativa apenas pelo critério etário, salvo na hipótese de indícios da incapacidade; iii) a necessidade de observância pelo Estado do princípio da autonomia privada na gestão patrimonial de bens no casamento; e iv) os maiores de 70 anos podem optar por outro regime jurídico de bens ao contrair matrimônio, desde que o façam através de escritura pública. A ausência de opção por outra modalidade de regime implica na adoção do regime da separação obrigatória (Brasil, 2024, p. 149).

O Ministro ressalta que a pessoa idosa não está desprotegida no ordenamento jurídico brasileiro, pois pode ser curatelada; mas a medida é excepcional e deve preencher todos os requisitos legais, não sendo a idade um fator limitador da capacidade do idoso (Brasil, 2024, p. 149).

Quanto aos efeitos, os casamentos já realizados antes do julgamento devem permanecer sob o regime da separação obrigatória de bens, salvo disposição expressa em sentido contrário pelo casal. Ainda, é possível realizar a alteração do regime de bens durante o casamento, através de procedimento próprio (Brasil, 2024, p. 151).

Em que se considera paradoxo o ordenamento jurídico atual permitir que uma pessoa de mais de 70 anos possa ter atribuições como assumir a presidência do país – portanto, sendo capaz de tomar decisões sobre o patrimônio de toda uma nação – mas considerá-lo inapto para escolher o regime de bens que terá reflexos em sua vida privada e familiar.

## 3.9 Voto da ministra Cármen Lúcia

A Ministra Cármen Lúcia afirma que a interpretação conforme a Constituição mantém a norma em reverência ao Congresso Nacional, que visava a proteção com resguardo também da família. Todavia, filhos e parentes não deveriam se preocupar apenas com o dinheiro. A Ministra ressalta que muitas vezes é a companheira ou o companheiro, nos momentos de fragilidade, que estão ali construindo, reconstruindo e principalmente cuidando.

A Ministra afirma que "não há herança de pessoa viva, a não ser dos valores e exemplos que pai e mãe podem deixar. E mais, o pai e a mãe também são mulheres e homens com todo o direito de serem felizes até o final" (Brasil, 2024, p. 157-158).

Ressalta-se, por fim, que ao fazer uma análise mais próxima da temática, existe inclusive um reflexo de gênero na origem da norma do Código Civil, do qual não se pode deixar de enfatizar.

Ao observar o contexto da sociedade patriarcal, nota-se que nos relacionamentos com uma diferença de idade entre os pares, quantitativamente, se verifica uma maior presença de homens na figura do indivíduo com maior idade. Por conseguinte, a norma visava uma proteção dos herdeiros em detrimento da mulher, que neste cenário representava a

figura de interesseira e, por conta desse estereótipo, não era considerada digna de auferir qualquer direito sobre o patrimônio do parceiro.

À vista disso, ainda mais quando se compreende a análise hermenêutica da matéria, se faz necessário defender a liberdade na escolha do regime de bens dos septuagenários.

## 4 CONCLUSÃO

Por fim, ficou estabelecido o Tema 1236 "nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública". Quanto aos efeitos, quem já é casado ou convivente e um dos consortes tem setenta anos ou mais, pode optar pela alteração do regime de bens, que terá eficácia a partir da alteração.

Pela análise de todos os fundamentos utilizados pelos próprios ministros, e pela legislação vigente, entende-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal em manter o regime de separação de bens aos septuagenários, ainda que como regime supletivo, é discriminatória e inconstitucional, pois fere os princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Assim, o regime supletivo deveria ser o da comunhão parcial de bens, como estabelecido aos demais nubentes.

No projeto de atualização do Código Civil, o art. 1.641 seria revogado, abolindo assim esta imposição legislativa que furtava a autonomia privada na formação de famílias compostas com pessoas com setenta anos ou mais. Entretanto, a aplicabilidade de tal disposição é futura e depende de aprovação e vigência do mencionado projeto.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Dilemas na escolha do regime de bens da pessoa com deficiência mental no direito brasileiro: igualdade ou proteção?. **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, v.18, n.2, p. 69-78, maio/ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.646, de 2019**. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para substituir, em toda a Lei, as expressões "idoso" e "idosos" pelas expressões "pessoa idosa" e "pessoas idosas". Disponível em: https://shre.ink/b5si. Acesso em: 31 de agosto de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 377**. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=4022. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 655**. Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_656_2022.pdf. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n. 12.344, de 9 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm#art1. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.A

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório final dos trabalhos da Comissão.** Brasília, DF: 11 abr. 2024. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/3f08b888-b1e7-472c-850e-45cdda6b7494. Acesso em: 16 ago. 2024. Federal. Comissão

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário Com Agravo 1.309.642 São Paulo**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6096433&numeroProcesso=1309642&classeProcesso=ARE&numeroTema=1236. Acesso em: 21 abr. 2024.

ELEUTHÉRIO, Dálety Azevedo de Castro; SILVA, Elizangela Cerqueira da; ROCHA, Gabriel Floriana de Andrade Dutra da. Trajetória do regime de separação obrigatória de bens imposto aos septuagenários no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, v. 19, n.1, p. 211-225, 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; NETO, José Weidson Oliveira. A obrigatoriedade do regime de separação de bens para nubente com mais de 70 anos: uma nova ótica constitucional. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 36.2, p. 139- 152, jul./dez. 2016.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

# APONTAMENTOS ACERCA DAS QUESTÕES DE GÊNERO E SUA INTERSECÇÃO COM A TUTELA CONFERIDA À PESSOA IDOSA PELO MICROSSISTEMA PROTETIVO PRÓPRIO

Luiza Tramontini Benites[1]
Victória Barboza Sanhudo[2]

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem, atualmente, cerca de 203 milhões de habitantes, de acordo com os dados estatísticos oficiais produzidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2023). Destes, cerca de 32 milhões de pessoas são idosas, compreendendo-se como aquelas com idade igual ou superior a 60 anos, pelo critério etário absoluto adotado pelo Estatuto da Pessoa Idosa - Lei n. 10.741/2003.

1 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal", vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: luizatramontinib@gmail.com.

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões, pela mesma Fundação. Integrante dos Grupos de Pesquisa "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal", sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e "Processo e Constituição", sob coordenação do Prof. Handel Martins Dias, ambos vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Endereço eletrônico: victoriabsanhudo@gmail.com.

Estes dados demonstram a relevância que a população idosa tem na sociedade brasileira e, por isso, justificam a necessidade de proteção jurídica a este público. Além disso, a condição naturalizada de vulnerabilidade das pessoas idosas impõe que essa tutela seja específica e especial, razão pela qual suas peculiaridades devem ser reconhecidas e levadas em consideração quando da elaboração de leis *lato sensu* e da concepção e implantação de políticas públicas.

O envelhecimento, todavia, em que pese carregue consigo essa noção de vulnerabilidade, pode ser atravessado por diversos outros fatores que vulnerabilizam ainda mais a pessoa idosa, como, por exemplo, questões étnicas, sociais, de gênero, de violência, dentre outras. Igualmente, tais aspectos devem ser considerados pelo Poder Público em geral a fim de que seja possível conferir uma proteção adequada e efetiva aos indivíduos.

Em se tratando de envelhecimento, gênero e violência especificamente, a mulher idosa possui a guarida jurídica de seus direitos não apenas pelo Estatuto da Pessoa Idosa, como também pela Lei Maria da Penha, se for o caso. O homem idoso, em geral, possui amparo apenas do primeiro. Partindo dessa premissa, o presente artigo pretende, a partir da utilização do método dedutivo e abordagem exploratória, averiguar se há diferença na proteção jurídica dispensada às pessoas idosas em razão do gênero, no que toca especificamente à violência contra essa população específica.

Com objetivo de distribuição dos pontos a serem enfrentados, dividiu-se a temática em três capítulos, sendo o primeiro deles destinado ao exame do envelhecimento e vulnerabilidade da pessoa idosa, com objetivo de contextualizar o leitor sobre o assunto, o segundo deles voltado para análise das intersecções que existem entre pessoa idosa, violência e gênero e como o processo de envelhecimento impacta homens e mulheres e, por fim, o terceiro se debruça diretamente sobre o problema de pesquisa, visando responder se o gênero exerce influência sobre a proteção dispensada pelo microssistema de tutela da pessoa idosa.

## 2 ENVELHECIMENTO E VULNERABILIDADE DA PESSOA IDOSA

A população idosa é definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como o grupo etário de 65 anos ou mais nos países desenvolvidos e 60 anos ou mais nos países em desenvolvimento (Herrmann, 2022, p. 172). No caso do Brasil, o Estatuto da Pessoa Idosa (2003), instituído com o objetivo de regular os direitos assegurados a esse grupo populacional específico, define como população idosa as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

O Censo Demográfico de 2022 realizado pelo IBGE, evidencia o acelerado processo de envelhecimento populacional em curso no Brasil, indicando que, aproximadamente, 32 milhões de pessoas (15,8% de uma população total de 203 milhões) são idosas. Doze anos antes, segundo o Censo de 2010, havia 20 milhões de pessoas idosas, o que correspondia a 11% da população brasileira (Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, 2023, p. 03).

Segundo as Projeções de População do IBGE (2024), de 2000 para 2023, a proporção de pessoas idosas na população brasileira quase duplicou, subindo de 8,7% para 15,6%. Em números absolutos, o total de pessoas idosas passou de 15,2 milhões para 33,0 milhões no período. Os dados divulgados pelo IBGE também trouxeram projeções sobre a população até 2070, demonstrando que, em 2046, as pessoas idosas serão a maior fatia populacional do país, chegando a 28%. Em 2070, esse percentual sobe para 37,8%, o que corresponderá a 75,3% de pessoas com 60 anos ou mais de idade, em que mais de 1 em cada 3 brasileiros será pessoa idosa.

Sobreleva destacar que a pessoa idosa ostenta os mesmos direitos, garantias, interesses, deveres e obrigações inerentes a todo e qualquer cidadão de outra faixa etária, sendo-lhe intrínseca uma especial e integral proteção de seus interesses em determinadas situações, fáticas e jurídicas, que evidenciam sua condição primordial de análise, qual seja, sua idade, somada à situação de risco, pessoal ou social, que possa se encontrar (Stefano; Rodrigues, 2008, p. 241).

O envelhecimento, porém, não é sinônimo, por si só, de vulnerabilidade. Uma pessoa é vulnerável quando, por sua natureza (características biológicas) ou por sua condição (social, cultural, econômica), encontrar-se em determinado lugar e tempo em situação de risco ou ameaça, com meios limitados para enfrentá-la. A vulnerabilidade pressupõe, assim, além de um contexto de desamparo, a ausência de autonomia capaz de superar o momento de negação de direitos (Silva, 2015, p. 37-38).

O fato de determinadas categorias sociais, a exemplo da criança e do adolescente e da própria pessoa idosa, serem consideradas de início como sujeitos vulneráveis, deve-se à relação entre o papel desempenhado por estes atores na sociedade em que estão inseridos e as fragilidades ou dificuldades com que se deparam no exercício de seus direitos. Em razão disso, e diante dos altos índices de abusos físicos, financeiros e morais, que hoje existem normas e políticas públicas de defesa dessa camada da população denominada "idosa" (Herrmann, 2022, p. 192).

A vulnerabilidade da pessoa idosa expressa os potenciais de adoecimento, de não adoecimento e de desafios enfrentados por cada indivíduo nessa fase da vida. Refere-se à redução da capacidade de autodeterminação apresentada pelas dificuldades para proteger os próprios interesses devido a diversas condições, como as relacionadas ao poder de decisão, autonomia, recursos, acesso à saúde, moradia, força, entre outras. Assim, o envelhecimento implica aumento de riscos para o desenvolvimento de vulnerabilidade de natureza biológica ou individual, socioeconômica e psicossocial, em virtude do declínio biológico típico da senilidade (Lima; Florêncio, 2021, p. 10).

Não só a criança e o adolescente merecem especial proteção pelo fato de estarem formando a sua personalidade durante o estágio de seu desenvolvimento, mas também as pessoas idosas, uma vez que, muitas vezes, em razão de sua fragilidade, física e mental, são vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado. As crianças e os adolescentes, ao lado das pessoas idosas, "são seres humanos que se encontram em um momento de especial e integral proteção, aqueles pelo natural desenvolvimento

e crescimento que estão sujeitos, as últimas, para a busca de um envelhecimento sadio e digno" (Stefano; Rodrigues, 2008, p. 241), o que justifica a aplicação das mesmas diretrizes da Doutrina da Proteção Integral e do princípio do melhor interesse também para a terceira idade.

O Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003), documento que representa o marco legal nacional de proteção especial à pessoa idosa, institui a Doutrina da Proteção Integral como fundamento de confirmação de todo o amparo normativo de salvaguarda a essa parcela da população. Nesse contexto, a doutrina reconhece a pessoa idosa como cidadã, estabelecendo a necessidade de articulação do Estado, da família e da sociedade na instrumentalização da política de atendimento para essa população específica (Lima; Florêncio, 2021, p. 18).

Transportada para o Estatuto da Pessoa Idosa, há que se extrair da Doutrina da Proteção Integral que, por também se encontrar em momento peculiar de sua vida, a pessoa idosa necessita de integral, especial e absoluta proteção para a garantia de um envelhecimento sadio e digno, fornecendo-lhes todas as formas de assistência (física, psíquica, psicológica, emocional, material, social etc.). A Doutrina da Proteção Integral é, pois, a garantia de proteção plena, especial e absoluta da pessoa idosa, em momento frágil e vulnerável da vida humana (Rodrigues, 2022, p. 07).

Daí porque a afirmação de um Estatuto da Pessoa Idosa, espécie de lei protetiva, que reconhece expressamente a vulnerabilidade deste sujeito especial de direitos, deve ser interpretado e aplicado à luz do paradigma de proteção da sua vulnerabilidade (Marques; Miragem, 2014, p. 147). Dita vulnerabilidade é reconhecida e afirmada no artigo 2º do Estatuto, que estabelece que a pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei (Brasil, 2003).

O reconhecimento da vulnerabilidade faz surgir a obrigação de todos, da família, da sociedade e do Estado para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa idosa. Além disso, a proteção da vulnerabilidade da pessoa idosa gera um "direito subjetivo

personalíssimo e indisponível ao envelhecimento sadio, ao qual corresponde uma multiplicidade de direitos e deveres para assegurá-lo" (Marques; Miragem, 2014, p. 147-148).

Como visto, o Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003) se ocupa das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, presumindo que passam a sofrer uma gradual fragilidade física e, por vezes, psíquica, naturais ao processo de envelhecimento. Justamente por isso, a pessoa idosa deve ser protegida, a fim de que possa envelhecer de forma digna e com qualidade de vida, sem qualquer ofensa aos seus direitos de personalidade, sobretudo à sua autonomia (Teixeira; Menezes, 2020, p. 322-323).

Nesse cenário, o Estatuto conclama a família, a sociedade e o Estado a assegurarem, aos maiores de 60 anos, com absoluta prioridade, o exercício de direitos fundamentais, tendo o artigo 230 da Constituição Federal (Brasil, 1988) estabelecido princípios básicos para a proteção e atendimento à pessoa idosa, ao determinar, especialmente, a defesa de sua dignidade e bem-estar, garantia do direito à vida e a participação na comunidade.

À família atribuem-se diversos deveres de cuidado e amparo em relação às pessoas idosas, embora esse dever também se expanda para a sociedade e o Estado. Todos são chamados a lhes fornecer o apoio e auxílio necessários à superação de suas limitações funcionais, seja com recursos humanos ou materiais, para que efetivamente possam ser incluídos e a eles garantia a tutela e atenção diferenciada (Teixeira; Menezes, 2020, p. 321).

A família aparece em primeiro lugar porque, sempre que possível, deve ser o lugar de estímulo e de busca de qualidade de vida da pessoa idosa. É nela onde se encontram ou deveriam se encontrar forças para a superação das dificuldades, perpassando pelos limites impostos pelo envelhecimento, sendo o lar o ambiente psicofísico de proteção, amparo e cuidado. Diante da breve demonstração de que os fatores físicos, psicológicos e sociais se cruzam no processo de envelhecimento, afetando a saúde da pessoa idosa, cabe à família garantir o ideal de sua proteção para assegurar um processo natural saudável (Lima; Florêncio, 2021, p. 14).

Reconhece-se à pessoa idosa a titularidade e o gozo de todos os direitos fundamentais, assegurando-lhe todas as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física e psíquica, seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e igualdade, que se fundamentam no princípio e valor máximo da dignidade da pessoa humana, buscando garantir a autonomia da pessoa idosa e sua efetiva participação na vida em sociedade. Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 279), trata-se de uma hipótese de tutela especial, fundamentada na noção de proteção integral à pessoa idosa e no princípio da igualdade material, de forma a proporcionar tutela diferenciada aqueles que se encontram em situação peculiar, na qual a vulnerabilidade é potencializada.

O artigo 4º do Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003), estabelece que "nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei". O parágrafo primeiro do dispositivo em questão disciplina como dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos da pessoa idosa.

O artigo 8º do referido diploma, por sua vez, ao dispor ser o envelhecimento "um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social", parece afastar a classificação jurídica tradicional atribuída à acepção usual do vocábulo "envelhecimento", que designaria o fenômeno de deterioração da matéria desde o nascimento com vida, independentemente da vontade humana, como fato jurídico *stricto sensu* ordinário, à semelhança do tempo e da morte (Moraes; Oliveira Neto, 2021, p. 60).

Ao comentar sobre o artigo 8º do Estatuto da Pessoa Idosa, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 280-281) afirma que o importante é proporcionar à pessoa idosa uma velhice com qualidade de vida, "na qual estão contidas as noções de saúde física, estado psicológico, relações sociais e comunitárias, crenças e nível de dependência, assegurando-se e respeitando a privacidade e a intimidade, como a qualquer outra pessoa humana".

Inobstante o caráter protetivo do Estatuto da Pessoa Idosa e a visão humanizada trazida em seu bojo, são cada vez mais frequentes os casos de violação aos direitos das pessoas idosas que vivenciam o processo de envelhecimento e encontram-se no último estágio da vida humana, sobretudo os casos de violência contra essa camada da população.

## 3 INTERSECÇÕES ENTRE VELHICE, GÊNERO E VIOLÊNCIA

Como visto, o envelhecimento está associado, em certa medida, à ideia de vulnerabilidade a partir dos desafios e eventuais limitações que naturalmente se apresentam nesta fase da vida. Justamente por isso, há a necessidade de que essa condição seja reconhecida, não a partir de uma perspectiva limitante ou discriminatória, mas sim como um ponto de partida para a realização de prestações fáticas e jurídicas, incluindo as normativas, voltadas a este público e suas peculiaridades.

Contudo, ainda que a condição de pessoa idosa contenha, em si, a percepção da vulnerabilidade, há outros enfoques que podem ser utilizados para a análise do tema e acentuam ainda mais essa condição, dentre eles o de gênero, utilizado nesta pesquisa. De acordo com o Censo produzido a partir do ano-base de 2022, a população de pessoas idosas totalizava 32.113.490 pessoas, sendo que 17.887.737 (55,7%) eram mulheres e 14.225.753 (44,3%) eram homens (IBGE, 2023). A diferença havida entre sujeitos do sexo feminino e masculino na velhice, todavia, vai além da constatação puramente quantitativa.

A distinção começa na própria compreensão social. Enquanto ao homem é concedida uma visão popular positiva quanto à idade e ao envelhecimento, não se pode dizer o mesmo das mulheres. Gisela Castro, pesquisadora sobre o assunto, em entrevista, mencionou que a ideia de necessidade de juventude eterna afeta especialmente as mulheres, que passam a entender que têm o dever moral de eliminar os sinais de

envelhecimento, até mesmo com a realização de procedimentos estéticos mais ou menos invasivos (Borges, 2020, n.p.[3]).

Há uma idealização da aparência jovial para a mulher e, nesse contexto, envelhecer - sobretudo demonstrar sinais de envelhecimento - é quase uma falha (Borges, 2020, n.p.), enquanto o homem pode aparentar a idade que efetivamente tem sem qualquer pressão para que pareça mais novo. Além disso, há um ideário para que, na velhice, seja mantida a construção social da juventude, pois os jovens são vistos como saudáveis, bonitos e bem sucedidos, ao passo que às pessoas idosas, em especial do sexo feminino, são dispensadas conotações desagradáveis relacionadas à deterioração da sua condição física ou mental (Castro, 2016, p. 86).

Essa condição faz com que o envelhecimento seja ainda mais crítico para as mulheres, que, em razão da nossa cultura e da alçada da beleza e da sensualidade feminina à condição de valor social, podem experimentar um apagamento da sua relevância ou existência no âmbito público e privado (Chakian, 2020, n.p.). Tanto a velhice em si, quanto o processo de envelhecimento são atingidos, portanto, por questões de gênero.

Dessa constatação, deriva outra igualmente importante: sendo atravessado por questões de gênero, o envelhecer sofre também influência de aspectos concernentes à violência e discriminação em geral, em especial no que toca às mulheres. Além de as mulheres idosas apresentarem tendência a piores condições de envelhecimento se comparadas aos homens idosos, em razão das desigualdades oriundas dos estereótipos, ao menos no recorte de América Latina e Caribe, elas apresentam mais lesões relacionadas a quedas e índices de demência e depressão, fatores que contribuem para o agravamento da vulnerabilidade. Isso sem considerar o exercício dos papeis de cuidado pelas mulheres, mesmo na velhice (Manso; Lopes, 2018, p. 34).

De mais a mais, as mulheres idosas são vítimas de violência quando necessitam de cuidado - ocasião em que geralmente os agressores

3 A abreviação "n.p." significa "não paginado", termo utilizado para se referir a referências *online* ou que não tenham página determinada.

são os filhos ou cuidadores -, quando elas estão na posição de cuidadoras ou, ainda, simplesmente por estarem em uma relação com um cônjuge ou companheiro, sendo que neste caso muitas vezes a violência está presente desde muito antes da velhice, mas não há denúncia ou alegação dos maus-tratos com o passar o tempo (Celdran, 2013, p. 57-59).

De modo geral, as mulheres são dependentes do parceiro afetivo, econômica, emocional ou fisicamente e não denunciam devido ao imperativo social que existe sobre o significado e os deveres de um matrimônio, havendo, por muitas delas, dificuldades de reportar a conduta ilícita de seu par. Como outra razão, tem-se, também, uma pressão familiar para que ela exerça o papel de cuidado em relação ao outro (Celdran, 2013, p. 59)[4].

Com efeito, o envelhecimento é vivenciado por homens e mulheres diferentemente. Um motivo para isso é o efeito das desigualdades de gênero enfrentadas ao longo da vida, acentuado na velhice e que geralmente se baseia em normas culturais e sociais enraizadas profundamente. Assim, essa discriminação em razão do gênero advém, muitas vezes, da distribuição injusta de recursos, maus-tratos, negligência e do acesso limitado a serviços básicos, como expressamente reconhecido pela Recomendação Geral n. 27 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) da ONU (2010, p. 3).

Diversos são os tipos de violência que as pessoas idosas, com ênfase nas mulheres, podem sofrer. A violência física é aquela na qual se utiliza força física para obrigar o indivíduo a fazer algo que não deseja e, assim, promover danos, dor ou, em casos mais graves, morte, atentando contra a integridade física da vítima. Já a violência psicológica são as

4 A propósito, salienta-se que, segundo a estatística oficial do IBGE em 2022, as mulheres dedicam 9,6 horas por semana a mais do que aos homens a afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas (IBGE, 2022). É o que se denomina de trabalho invisível da mulher e economia do cuidado, que recebem essa nomenclatura por não serem remunerados e, em geral, não reconhecidos pela sociedade. Como exemplo, cita-se as tarefas de lavar a roupa suja, lavar a louça, dar banho nos filhos, cuidar do animal doméstico, dentre outras. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, se este trabalho fosse contabilizado, corresponderia a 13% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, sendo 65% dele realizado por mulheres (Kelly; Considera; Melo, 2023).

agressões verbais ou gestuais interligadas ao desprezo e à discriminação que trazem como consequências a tristeza, a solidão, o sofrimento mental e a depressão (Franco, 2020, p. 48).

É possível que a violência seja sexual, quando ocorre qualquer ato libidinoso que visa estimular ou utilizar a pessoa idosa para propósitos de excitação sem que ocorra seu consentimento. Em geral, esse tipo de agressão está associado à violência física e psicológica. Já a violência financeira ou patrimonial se consubstancia na exploração ou uso não consentido dos recursos financeiros da pessoa idosa, especialmente mediante apropriação de saldos em contas bancárias, utilização de cartões, contração de empréstimos e falsificação de assinaturas (Franco, 2020, p. 49-50).

O abandono e a negligência também são frequentes. O primeiro é a ausência ou deserção dos responsáveis (familiares, governo e instituições *lato sensu*) para proteger a pessoa idosa e prestarem socorro a ela, se necessário. A negligência, finalmente, é a recusa ou omissão de cuidados adequados por parte dos responsáveis, materializando-se na falta de cuidados relacionados à saúde, à privação de medicamentos, descuido com a higiene, dentre outros (Franco, 2020, p. 51-52).

Na mesma linha, é possível que a discriminação direcionada às pessoas idosas seja oriunda da habitual ausência de contribuição econômica, aplicando-se uma lógica de descartabilidade. Às mulheres, soma-se a este raciocínio a lógica da descartabilidade reprodutiva, embora seja direito deste público o recebimento de um tratamento digno, independente de fatores como idade, sexo, procedência étnica e incapacidades, bem como sua valorização sem vinculação à contribuição econômica do indivíduo (ONU, 1991).

Todas essas formas de violência podem estar presentes em três principais esferas, quais sejam, sociopolítica, institucional e intrafamiliar e manifestar-se de formas específicas dentro de cada contexto. Patrícia Novais Calmon (2022, n.p.), examinando o tema, refere que a violência sociopolítica é aquela vivenciada no contexto social e político de forma bastante abrangente, incluindo os estereótipos adotados por grande parte da

população (consciente ou inconscientemente) em relação à pessoa idosa e a violência falada e noticiada pela mídia, a exemplo do Disque 100[5]. Nesta hipótese, as violências institucional e intrafamiliar, quando ganham repercussão midiática, acabam enquadrando-se como violência sociopolítica.

A violência institucional é aquela perpetrada contra pessoas que se encontram em situação de institucionalização e concerne à prestação dos serviços por outras instituições, podendo ocorrer por ação ou omissão. Exemplos dessa forma de discriminação são a negativa de acesso à saúde em razão da idade, crise no sistema de saúde e escassez de leitos hospitalares, celebração de contratos abusivos por parte das Instituições de Longa Permanência de Idosos – ILPI's (Calmon, 2022, n.p.).

A última esfera é a intrafamiliar, ou seja, o tipo de violência que ocorre dentro da própria família (Calmon, 2022, n.p.), sendo uma das mais graves e preocupante em razão da dificuldade de a pessoa idosa denunciar ou notificar, sobretudo porque às vezes há, como antes referido, relação de dependência e o agressor pode representar o único cuidador possível no contexto familiar.

Importante frisar que, a despeito das violações de direitos e agressões supracitadas, geralmente as espécies e esferas de violência são interligadas entre si, sendo improvável a prática de somente um tipo de agressão. Verifica-se, nesse contexto, que a discriminação e violências sofridas pelas mulheres idosas é multimensional e complexa, observado que a discriminação pela idade se soma a outras discriminações no tempo e no espaço (ONU, 2010, p. 03).

Em razão de compromissos internacionalmente assumidos no que toca à pauta, e utilizando como um dos fundamentos a Recomendação Geral n. 27, anteriormente referida, em 2021 o Conselho Nacional de Justiça editou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero com o objetivo de avançar no sentido de "reconhecer que a influência do

5 O Disque 100 é um serviço de utilidade pública do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, que serve para reportar violações de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de populações em situação de vulnerabilidade social (Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2023).

patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito" e produzem efeitos em sua interpretação e aplicação (CNJ, 2021, p. 08)[6].

Nesse sentido, o Protocolo reconhece que o Poder Judiciário deve ter a capacidade e sensibilidade de compreender a constituição social das desigualdades e hierarquias entre pessoas e como essas questões são relacionadas à violência de gênero. Assim, no cotidiano das unidades vinculadas ao Judiciário deve-se ter em consideração que a violência afeta as mulheres de forma heterogênea, isto é, de diferentes maneiras e intensidades, incluindo-se neste ponto as mulheres idosas (CNJ, 2021, p. 98).

Verifica-se, portanto, as diversas nuances existentes entre o envelhecer, questões de gênero e violência, sendo este um tema multifatorial e impregnado na sociedade brasileira. É inegável que essas três áreas se interligam entre si em maior ou menor medida, de modo que a discriminação à mulher idosa está sempre presente, seja de forma direta, seja de forma transversal. Partindo dessa premissa, questiona-se se essas desigualdades relativas ao gênero afetam também a proteção jurídica legalmente dispensada pelo ordenamento jurídico pátrio.

6 O Protocolo foi publicado após a condenação do Estado brasileiro, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. O caso submetido à apreciação da Corte em julho de 2019 tratava da morte de Márcia, ocorrida em junho de 1998, por um deputado estadual à época, Aércio Pereira de Lima. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável por levar a situação à Corte, argumentou, em síntese, que a imunidade parlamentar não pode provocar atrasos no processo penal discriminatório. Na sentença condenatória, foi determinado, dentre outros, que fossem implementados programas de capacitação e sensibilização para pessoas da administração da justiça, bem como a adoção de protocolo padrão de investigação de mortes violentas de mulheres em razão do gênero, sendo que este protocolo deveria ser incorporado ao trabalho dos mencionados funcionários por meio de resoluções e normas internas que obriguem sua aplicação (CIDH, 2021, p. 04 e 62-63).

## 4 MICROSSISTEMA PROTETIVO DA PESSOA IDOSA: O GÊNERO INFLUENCIA NA PROTEÇÃO DISPENSADA?

O Painel de Dados da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos registrou, somente no primeiro semestre de 2023, mais de 202 mil violações de direitos contra as pessoas idosas, um aumento de 97% em relação ao mesmo período do ano anterior. Além disso, embora o crescimento dos números seja expressivo, acredita-se que ainda há relevante subnotificação dos casos em razão de variados fatores, como a falta de confiança da população em relação aos canais de denúncias, do sistema de justiça e dos serviços públicos, da falta de conhecimento e do medo de retaliações, visto que o maior número de casos de violência contra a pessoa idosa ocorre em ambiente doméstico, sendo o agressor um familiar ou pessoa próxima da vítima (Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2024, n.p.).

As estatísticas do Painel de Dados também demonstram um perfil preocupante das vítimas e agressores. A maioria das vítimas de violência contra pessoas idosas são mulheres (58,6%), com filhos e filhas sendo os principais agressores (29,5%). O local mais comum das agressões é a própria residência da vítima (71,5%) e a maioria dos casos é recorrente (35,8%). Vale destacar ainda que a violência aqui tratada não se limita tão somente à violência física, mas também psicológica, patrimonial, sexual e institucional, além das situações de negligência e abuso (Soares, 2021, p. 283).

Da mesma forma que outros instrumentos normativos visam tutelar sujeitos específicos, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Maria da Penha, também o Estatuto da Pessoa Idosa prevê a possibilidade de aplicação de medidas de proteção em benefício de pessoas idosas que se encontram em situação de ameaça ou violação aos seus direitos (Calmon, 2022, n.p.).

O artigo 43 do Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003) específica as situações fáticas e jurídicas que ensejam a aplicação das medidas de proteção por ameaça ou violação aos direitos da pessoa idosa. Tais medidas serão cabíveis em caso de ação ou omissão do Estado, falta, omissão

ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento e em razão de sua condição pessoal. Todas elas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Assim, ameaçados ou violados quaisquer direitos da pessoa idosa por ato comissivo ou omissivo do Poder Público, da família, de seu curador ou da entidade que a atende, os quais têm o dever jurídico de protegê-la, ou mesmo sua peculiar condição pessoal, a pessoa idosa se encontrará em situação de risco, demandando a respectiva proteção, com o objetivo de afastar ou amenizar as ameaças e violações, para restabelecer e manter sua integral proteção, nos termos do artigo 2º do Estatuto (Rodrigues, 2022, p. 83).

Ao comentar sobre o artigo 43 do Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003), Eliane Patrícia Albuquerque Soares (2021, p. 283) assevera que a aplicação das medidas de proteção é de grande importância, sobretudo porque, com o crescimento da população idosa e o aumento da expectativa de vida, aumenta-se também o número de violência contra essa camada da população, sendo um dos principais temas a serem enfrentados pela sociedade e pelo Poder Público.

Caso verificadas as hipóteses previstas no artigo 43, o artigo 45 da lei (Brasil, 2003) exemplifica as medidas que poderão ser tomadas pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, a requerimento daquele. Tais previsões encontram-se no Capítulo II - Das Medidas Específicas de Proteção, e visam, preferencialmente, a integração da pessoa idosa com o seu núcleo familiar, de forma a fortalecer os seus vínculos familiares e comunitários.

A efetivação dessas medidas visa o possível restabelecimento da convivência familiar, a adequação da convivência comunitária, até o adequado, conveniente e necessário acolhimento da pessoa idosa em entidade de abrigo, nos casos de impossibilidade, ainda que temporária, da permanência da pessoa idosa no âmbito da própria família. Além disso, de acordo com a condição pessoal da pessoa idosa, a medida protetiva poderá consubstanciar-se em apoio e tratamento da saúde física, mental, clínica e/ou pedagógica (Rodrigues, 2022, p. 84).

Angelis Lopes Briseno de Souza e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2023, p. 07) defendem a flexibilização da regra do artigo 45 do Estatuto, a fim de permitir que o pedido de aplicação de medidas protetivas seja realizado por meio da Defensoria Pública, dos advogados e, inclusive, da própria vítima, qual seja, a pessoa idosa. Assim, a vítima poderá solicitar as medidas de proteção diretamente na delegacia da Polícia Civil, que encaminhará o pedido para o juiz competente, em analogia ao artigo 19 da Lei n. 11.340/2006, também conhecida como "Lei Maria da Penha".

Como bem aponta Patrícia Novais Calmon (2022, n.p.), flexibilizar a regra do artigo 45, ampliando a legitimidade que, hoje, é exclusiva do órgão ministerial, possibilitaria uma tutela mais adequada à pessoa idosa, já que, neste caso, também se viabilizaria aos membros da família, por exemplo, a legitimidade para ingressar com demandas postulando a proteção do familiar idoso e a respectiva aplicação de medidas protetivas em seu benefício. Nestes casos, ao buscar o Poder Judiciário para providências em benefício daquela pessoa idosa, a família estaria agindo em consonância com o seu dever constitucional previsto no artigo 230 da Constituição Federal.

O artigo 70 do Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003), por sua vez, prevê que o Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas da pessoa idosa. Por certo, a criação de varas especializadas traria o benefício de conferir uma tutela jurisdicional mais ágil e efetiva na proteção da pessoa idosa, principalmente àquelas que se encontram em situação de risco. Nessa hipótese, o juiz poderia ser acionado com maior celeridade, inclusive, para conceder medidas protetivas em favor da pessoa idosa. Contudo, infelizmente não é a realidade do Poder Judiciário brasileiro (Souza; Viegas, 2023, p. 07).

Conforme destacam Angelis Lopes Briseno de Souza e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2023, p. 08), a jurisprudência trata de forma diferenciada as ações judiciais que versam sobre a violência doméstica contra o homem idoso e a mulher idosa, na perspectiva de gênero. Isso porque, a mulher idosa possui dois microssistemas de proteção: a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa) e a Lei n. 11.340/2006 (Lei

Maria da Penha), enquanto o homem idoso possui apenas um microssistema de proteção: a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa)[7].

Contudo, é importante destacar que, de acordo com o artigo 5º da Lei Maria da Penha (Brasil, 2006), para que haja a incidência da lei protetiva é necessário que a violência tenha sido praticada no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto e, ainda, que a ação ou a omissão seja baseada no gênero. Logo, não basta que a violência tenha sido praticada contra a mulher idosa no âmbito doméstico ou familiar, sendo indispensável a motivação da agressão em razão do fator de gênero.

Nesse contexto, a violência sofrida por uma pessoa idosa será analisada de acordo com a previsão da Lei n. 10.741/2003. A violência sofrida pela mulher idosa, em âmbito doméstico, por sua vez, seja pelo(a) filho(a), enteado(a), marido, genro, nora ou irmão, se encaixam, em um primeiro momento, na Lei n. 10.741/2003, mas, paralelamente, poderá se encaixar também nas hipóteses descritas pela Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). A dúvida que surge é: e quando a vítima for um homem idoso, haverá a aplicação da Lei Maria da Penha?

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul possui três entendimentos: a) a aplicação dos dois microssistemas de proteção à vítima, mulher idosa, a fim de conferir maior amplitude e concretude no que diz respeito às medidas protetivas; b) a impossibilidade da incidência da Lei Maria da Penha à mulher idosa, quando ausente motivação de gênero ou situação de inferioridade ou vulnerabilidade em relação ao agressor; e c) a impossibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha ao homem idoso.

Na primeira hipótese, o Tribunal de Justiça gaúcho entende que, havendo a presença de alguma espécie de violência doméstica, suficiente

7 Em ambos os casos, há possibilidade de aplicação do artigo 129, § 9º, do Código Penal, que trata da lesão corporal praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A esse respeito, destaca-se que a opção por não mencionar tal possibilidade no corpo do texto se deu em razão de não constituir o microssistema protetivo de proteção à pessoa idosa, mas, de qualquer sorte, destaca-se essa possibilidade, de caráter mais geral, nesta sede.

para ser ofertada à vítima, mulher idosa, proteção mais ampla estabelecida pela legislação especial, no caso, a Lei Maria da Penha, e, em reforço, o Estatuto da Pessoa Idosa. Nesse cenário, o Tribunal reconhece a incidência da Lei n. 11.340/2006, com a consequente tramitação do processo no Juizado da Violência Doméstica[8].

De outro lado, entende-se que, para a incidência da Lei n. 11.340/2006, é imprescindível a existência de vulnerabilidade da ofendida, mulher idosa, em face do(a) agressor(a), ou que tenha sido o ato motivado por questões de gênero, visando à opressão da mulher vítima da violência doméstica, não bastando, para tanto, apenas a ocorrência de maus-tratos. Assim, inexistente situação de hipossuficiência da ofendida ou que os maus-tratos não tenham sido cometidos em razão de questões de gênero, incabível a aplicação da Lei Maria da Penha à mulher idosa[9].

Por fim, o terceiro entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho é quanto à impossibilidade de aplicação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha ao homem idoso vítima de violência doméstica, as quais não podem ser aplicadas, por analogia, nesses casos, diante da restrição da incidência da lei protetiva à violência praticada contra a mulher. Assim, sendo a vítima pessoa do sexo masculino, mesmo pessoa idosa, afastam-se as disposições específicas previstas na Lei n. 11.340/2006[10].

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2019) possui entendimento semelhante ao Tribunal de Justiça gaúcho, posicionando-se pela impossibilidade de aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha ao homem idoso. Interessante destacar julgado no qual a vítima, homem idoso, formulou pedido de medidas protetivas

8 Adotando tal posicionamento, o julgado: TJRS, Conflito de Jurisdição n. 70071910863, Terceira Câmara Criminal, relator Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, j. 14.12.2016.

9 Nesse sentido: TJRS, Conflito de Jurisdição n. 50572168620218217000, Segunda Câmara Criminal, relatora Desa. Viviane de Faria Miranda, j. 27.05.2021.

10 Assim: TJRS, Agravo de Instrumento n. 53227190220238217000, Segunda Câmara Criminal, relatora Desa. Marcia Kern, j. 19.02.2024.

previstas no Estatuto da Pessoa Idosa em face de seu filho, usuário de álcool e drogas ilícitas, que vinha ameaçando e agredindo o genitor. Na origem, o magistrado, por entender insuficientes as medidas previstas no Estatuto da Pessoa Idosa, aplicou, por analogia e em homenagem ao princípio da proteção integral à pessoa idosa, as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha.

O Tribunal Bandeirante, em sede de recurso de apelação, concluiu pela ilegalidade das medidas protetivas deferidas em favor da vítima, homem idoso, visto que inaplicável a Lei Maria da Penha, mas sim a legislação especial correspondente à vulnerabilidade etária da vítima (Estatuto da Pessoa Idosa), e não de sexo ou gênero. O relator destacou ainda que, para a aplicação da Lei Maria da Penha, não há distinção para o sujeito ativo, que pode ser tanto homem quanto mulher, "mas, conforme sedimentado entendimento jurisprudencial, o sujeito passivo deve ser necessariamente pessoa do sexo feminino"[11].

Assim, percebe-se que a mulher idosa possui uma proteção mais ampla e eficaz, com base em dois microssistemas de proteção, quais sejam, o Estatuto da Pessoa Idosa (Brasil, 2003) e a Lei Maria da Penha (Brasil, 2006), esse último quando a ação ou omissão contra a mulher idosa é baseada no gênero, sobretudo em razão da reconhecida necessidade de proteção especial às vítimas devido às desigualdades relacionadas ao gênero. Já o homem idoso possui apenas um microssistema, estando sua proteção limitada, portanto, às medidas protetivas previstas no Estatuto da Pessoa Idosa.

Cumpre destacar que existe, atualmente, um Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional que visa estabelecer medidas protetivas de urgência para pessoas idosas que tenham sofrido violência

11 Nesse sentido, a Súmula n. 114 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.

ou que estejam na iminência de sofrê-las. Trata-se do Projeto de Lei n. 4.438/2021 (Brasil), de autoria da Senadora Simone Tebet, o qual foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal e, em 23 de março de 2022, foi remetido à Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal.

Segundo a justificativa apresentada pela Senadora Simone Tebet (Brasil, 2021), as delegacias que cuidam dos crimes praticados contra as pessoas idosas, em sua atuação rotineira, carecem de disposição legal que confira agilidade na adoção de medidas protetivas, como ocorre nos casos de violência doméstica, nos termos da Lei Maria da Penha. Isso porque, o Estatuto da Pessoa Idosa, embora preveja a adoção de medidas de proteção, não lhes confere a necessária agilidade, a despeito da prioridade legal que confere às pessoas idosas.

Assim, o referido projeto visa inserir o artigo 45-A no Estatuto da Pessoa Idosa para estabelecer que, em caso de prática ou iminência de prática de violência contra a pessoa idosa, o Delegado deverá imediatamente oficiar ao juiz, que decidirá em até 48 horas sobre as medidas protetivas de urgência cabíveis. Tais medidas poderão consistir em restrições ao suposto agressor, como a suspensão ou restrição ao porte de arma de fogo ou o afastamento do lar ou domicílio da pessoa idosa, ou mesmo em outras previstas na Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Nesse cenário, o Projeto de Lei n. 4.438/2021 (Brasil) efetivamente visa aprimorar o sistema de proteção às pessoas idosas, sobretudo nos casos envolvendo o homem idoso, considerando que, nessas hipóteses, como regra, não se aplicam às medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, bem como nos casos envolvendo mulher idosa que não estão em situação de violência doméstica, nos quais, da mesma forma, não se aplica a Lei Maria da Penha.

## 5 CONCLUSÃO

Em algumas fases da vida humana deve ser conferida tutela especial, em razão de uma maior vulnerabilidade em relação aos demais indivíduos, a exemplo do que ocorre na infância e juventude ou com pessoas idosas. Bem por isso, quanto a estas, há um microssistema protetivo próprio, voltado à proteção de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, no nosso ordenamento jurídico - à semelhança do que ocorre com os infantojuvenis mediante a proteção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se de um reconhecimento geral da natural vulnerabilidade da pessoa idosa, inclusive por parte do legislador e das instituições brasileiras, que se materializa diante da possibilidade maior de adoecimento ou redução das capacidades intelectuais, motoras e/ou físicas e redução da possibilidade de autodeterminação. O equilíbrio que deve ser buscado, contudo, é entre a proteção adequada e a preservação da autonomia da pessoa idosa, que muitas vezes se vê desconfortável e invisibilizada mediante opressão de seus desejos e vontades e tomada de medidas rigorosamente restritivas por parte de seus familiares.

Essa situação de vulnerabilidade fica ainda mais acentuada quando há casos de violência contra homens e mulheres idosos, situação que, infelizmente, é frequente no Brasil, conforme dados oficiais. Seja de ordem física, seja de ordem patrimonial, sexual ou psicológica, fato é que condutas agressivas tornam a pessoa idosa ainda mais frágil. Nesta situação, o Estatuto da Pessoa Idosa prevê uma série de medidas protetivas a serem requeridas pelo Ministério Público ao Judiciário ou determinadas de ofício por este.

A questão examinada no trabalho, contudo, voltou-se para o recorte entre questões de gênero e violência da pessoa idosa, em especial para o questionamento acerca de se o homem idoso possui proteção diferenciada da mulher idosa. Chegou-se à conclusão de que à mulher idosa pode ser aplicado, além do Estatuto da Pessoa Idosa, a Lei Maria da Penha quando houver violência em razão do gênero, a qual deve ser praticada no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto,

sendo indispensável perquirir sobre a motivação do agressor. Por outro lado, a proteção ao homem idoso fica restrita às medidas de proteção do Estatuto, razão pela qual se entende que a proteção conferida à pessoa do sexo feminino é mais ampla.

Em razão disso, questionou-se a possibilidade de aplicação da proteção conferida pela Lei Maria da Penha ao homem idoso. O posicionamento majoritário é no sentido de não admitir tal aplicação e a jurisprudência, em especial a gaúcha e a paulista, demonstram bem este entendimento. Em geral, os Tribunais de Justiça dos Estados citados entendem que não podem ser aplicadas as medidas protetivas da Lei Maria da Penha nesses casos, nem mesmo por analogia, pois há restrição da incidência da lei protetiva à violência praticada contra a mulher e que, a despeito de não existir indicação do agressor pela lei, a vítima deve, necessariamente, ser mulher.

Dessa forma, a proteção do homem idoso fica restrita apenas a um microssistema protetivo, ao passo que a mulher possui tutela de dois sistemas protetivos, de modo que é plenamente possível afirmar que as questões de gênero influenciam, sim, na proteção dispensada. Como motivação, acredita-se que a diferenciação se dê devido ao reconhecimento, internacional e nacional, da necessidade de proteção da mulher não apenas que sofre violência de gênero, como da mulher em geral, inclusive a idosa, em razão das discriminações e desigualdade de gênero serem enraizadas em nossa cultura.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.438, de 2021. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso, para estabelecer medidas protetivas de urgência para idosos que tenham sofrido violência ou que estejam na iminência de sofrê-las. Disponível em: https://shre.ink/b5sv. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 8 set. 2024.

BORGES, Luciana. "Vivemos numa sociedade jovencêntrica", diz Gisela Castro, especialista em longevidade. **Revista Marie Claire,** 29 out. 2020. Disponível em: https://revistamarieclaire.globo.com/idade-sem-tabu/noticia/2020/10/vivemos-numa-sociedade-jovencentrica-diz-gisela-castro-especialista-em-longevidade.html. Acesso em: 14 set. 2024.

CALMON, Patricia Novais. **Direito das famílias e do idoso.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022. *Ebook*.

CASTRO, Gisela. O idadismo como viés cultural: refletindo sobre a produção de sentidos para a velhice em nossos dias. **Revista Galáxia,** São Paulo, n. 31, p. 79-91, abr. 2016.

CELDRÁN, Montserrat. La violencia hacia la mujer mayor: revisión bibliográfica. **Papeles del Psicólogo,** Espanha, 2013, v. 34, p. 57-64. Disponível em: https://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/2171.pdf. Acesso em: 14 set. 2024.

CHAKIAN, Silvia. A cultura da juventude torna o envelhecimento mais crítico para as mulheres. **Marie Claire,** 04 nov. 2022. Disponível em: https://shre.ink/b5su. Acesso em: 14 set. 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 15 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília, CNJ; ENFAM: 2021. Disponível em: https://shre.ink/b5sG. Acesso em: 14 set. 2024.

FRANCO, Márcia Villar. **A violência contra o idoso e o direito à saúde - uma abordagem das denúncias e notificações.** Dissertação (Mestrado em Direito da Saúde: dimensões individuais e coletivas) - Universidade Santa Cecília. São Paulo, 2020. Disponível em: https://unisanta.br/arquivos/mestrado/direito/dissertacoes/Dissertacao_MARCIAVILLARFRANCO445.pdf. Acesso em: 14 set. 2024.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família:** Guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08: família, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008.

HERRMANN, Maria Emiliana Carvalho. **Direitos humanos da pessoa idosa:** a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos do idoso e sua importância para o direito brasileiro. São Paulo: Dialética, 2022. Ebook.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. População do país vai parar de crescer em 2041. IBGE, 2024. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41056-populacao-do-pais-vai-parar-de-crescer-em-2041. Acesso em: 1º set. 2024.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos. IBGE, 2023. Disponível em: https://shre.ink/b5sj. Acesso em: 14 set. 2024.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas. IBGE, 2023. Disponível em: https://shre.ink/b5s3. Acesso em: 14 set. 2024.

KELLY, Isabela Duarte; CONSIDERA, Claudio; MELO, Hildete Pereira de. Quanto vale o amor materno? Apenas abraços e beijos? **FGV IBRE,** 04 out. 2023. Disponível em: https://blogdoibre.fgv.br/posts/quanto-vale-o-amor-materno--apenas-abracos-e-beijos. Acesso em: 15 set. 2024.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo; FLORÊNCIO, Márcia Virgínia Di Lorenzo. **Direito ao envelhecimento digno:** caminhos para a solidariedade na figura do apadrinhamento de idosos. João Pessoa: Editora UFPB, 2021. *Ebook*.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANSO, Maria Elisa Gonzalez; LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Violência contra a pessoa idosa, com ênfase no gênero feminino, no cenário da América Latina e Caribe: revisão narrativa. **Pan American Journal of Aging Research - PAJAR,** Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 29-37.

MORAES, Guilherme Peña de; OLIVEIRA NETO, Hélio Nascimento de. Arts. 1º ao 10. In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; MORAES, Guilherme Peña de; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de (coord.). **Estatuto do Idoso:** comentários à Lei 10.741/2003. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 12-58. *Ebook*.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, FAMÍLIA E COMBATE À FOME. Nota Informativa nº 5/2023: Envelhecimento e o direito ao cuidado. Brasília, 2023. Disponível em: https://shre.ink/b5s7 Acesso em: 1º set. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. Cartilha de Apoio à pessoa idosa: enfrentamento à violência patrimonial e financeira. Brasília, DF, 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5sL. Acesso em: 7 set. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. Denunciar violação de direitos humanos (Disque 100). 4 dez. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos. Acesso em: 14 set. 2024.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. Junho violeta alerta para os diferentes tipos de violência praticadas contra pessoas idosas. Brasília, DF, 2024. Disponível em: https://shre.ink/b5sA. Acesso em: 7 set. 2024.

ONU. Princípios das Nações Unidas para o Idoso. Resolução 46/91. Aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas 16.12.1991. Disponível em: www.ufrgs.br/bioetica/onuido.htm. Acesso em: 14 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Conflito de jurisdição n. 70071910863, Terceira Câmara Criminal, Relator Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 17 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Conflito de Jurisdição n. 50572168620218217000, Segunda Câmara Criminal, Relatora Desa. Viviane de Faria Miranda, 27 de maio de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 17 set. 2024.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 53227190220238217000, Segunda Câmara Criminal, Relatora Desa. Marcia Kern, 19 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 17 set. 2024.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Direitos da pessoa idosa.** 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 1500340-80.2019.8.26.0040, Quarta Câmara de Direito Criminal, Relator Des. Camilo Léllis, 12 de novembro de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13076393&cdForo=0. Acesso em: 17 set. 2024.

SILVA, Anna Cruz de Araujo Pereira da. **Vulnerabilidade humana e envelhecimento:** o que temos a ver com isso. 1. ed. São Paulo: Portal Edições: Envelhecimento, 2015. *Ebook.*

SOARES, Eliane Patrícia Albuquerque. Arts. 39 a 45. In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; MORAES, Guilherme Peña de; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. **Estatuto do Idoso:** comentários à Lei 10.741/2003. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 264-320.

SOUZA, Angelis Lopes Briseno de; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. A violência doméstica contra pessoa idosa: uma análise da insuficiência dos mecanismos de proteção existentes na legislação brasileira. **Revista de Direito Privado,** vol. 118/2023, out./dez. 2023, p. 109-127.

STEFANO, Isa Gabriela de Almeida; RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. O idoso e a dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Coord.). **O cuidado como valor jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 241-261.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Reflexões sobre o conteúdo diferenciado do princípio do melhor interesse quando aplicável ao idoso. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Coord.) **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia:** repercussões jurídicas. Indaiatuba, SP: Foco, 2020. p. 319-338.

# PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO AO ABORTO: ANÁLISE DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE NO VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS 124.306/RJ

Geórgia Manfroi[1]
Gabriel Floriana de Andrade Dutra da Rocha[2]

## 1 INTRODUÇÃO

Desde 1940, o aborto é criminalizado pelo Código Penal. Apesar dessa tipificação persistir até os dias atuais, profissionais do Direito começaram a questionar pontos específicos dessa lei, argumentando que ela poderia violar princípios importantes, sendo vista como um retrocesso. A criminalização tem gerado efeitos negativos, frequentemente

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Direito Público pela FMP/RS; Monitora e pesquisadora do grupo "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal", vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; E-mail: *georgia27.m@gmail.com*.

2 Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Focus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase – UGB. Pós-Graduando em Residência Jurídica pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Graduando em Direito e Processo Civil pela Legale Educacional. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogado. E-mail: *gabriel.floriana@hotmail.com.*

ocultados pelo temor de julgamento penal pelo Estado e pela condenação moral pela sociedade.

Diante dessa situação, a questão central desta pesquisa é: o voto-vista do Ministro Roberto Barroso no julgamento do *habeas corpus* 124.306/RJ atendeu ao teste de proporcionalidade? Para responder a essa pergunta, serão analisados os argumentos utilizados pelo Ministro Barroso, fundamentados na obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy. O teste de proporcionalidade, desenvolvido por Alexy, é uma ferramenta analítica que busca equilibrar direitos em conflito, avaliando se a medida adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

No primeiro tópico, será discutido por que o aborto é um assunto tão polarizado, quais princípios estão em colisão, e sob qual perspectiva eles devem ser abordados para promover um debate frutífero. A polarização em torno do aborto reflete divergências profundas sobre moralidade, direitos individuais, saúde pública e justiça social. Entender essas divergências é crucial para uma análise jurídica equilibrada e informada.

No segundo tópico, será analisado o voto-vista do Ministro Barroso no julgamento do *habeas corpus* 124.306/RJ, com especial atenção à sua fundamentação sob a perspectiva do teste da proporcionalidade. O voto do Ministro Barroso é um exemplo elucidativo de como o Direito pode ser aplicado para resolver questões complexas e sensíveis, oferecendo uma visão progressista sobre os direitos reprodutivos das mulheres e fomentando o diálogo em torno do planejamento familiar.

Para atingir o objetivo da pesquisa, que é de natureza aplicada, foi utilizado o método dedutivo, com uma abordagem qualitativa e um objetivo exploratório. A pesquisa enfatizou técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa, buscando construir uma análise detalhada e fundamentada sobre o tema. Por meio dessa abordagem, espera-se contribuir para o debate jurídico e social sobre a criminalização do aborto no Brasil, oferecendo uma perspectiva que promova a justiça e a equidade.

## 2 O ABORTO E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história da humanidade é marcada pela afirmação do indivíduo frente ao poder político, econômico e religioso, sendo que este último busca conformar a moral social dominante. Dessa luta milenar, surgem os direitos fundamentais, aqui entendidos como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional (Brasil, 2016, p. 06).

Os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes estatais e representam uma abertura do sistema jurídico em relação ao sistema moral, funcionando como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas. Esses direitos impõem deveres de abstenção e de ação tanto ao Estado quanto à sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como uma emanação da dignidade humana, conforme um dos princípios do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesma, e não como um meio para satisfazer interesses alheios ou coletivos (Brasil, 2016, p. 07).

Do ponto de vista subjetivo, dignidade significa que cada indivíduo possui valor intrínseco e autonomia. Uma característica essencial dos direitos fundamentais é sua capacidade de se opor às maiorias políticas, funcionando como um limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º). Além disso, estes direitos têm aplicabilidade direta e imediata, legitimando a atuação da jurisdição constitucional para sua proteção, tanto em casos de ação quanto de omissão legislativa (Brasil, 2016, p. 07).

No entanto, os direitos fundamentais não são absolutos e estão sujeitos a limites imanentes e restrições expressas; eles podem entrar em conflito entre si ou com outros princípios constitucionais ou objetivos estatais. Em casos de restrição ou colisão, a solução deve ser encontrada por meio do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, que busca equilibrar os diferentes interesses em jogo e assegurar que nenhuma medida restritiva vá além do necessário para atingir um objetivo legítimo (Brasil, 2016, p. 07).

O princípio da proporcionalidade, em particular, envolve três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que a medida restritiva seja apta a alcançar o objetivo pretendido; a necessidade implica que não haja alternativa menos restritiva disponível para atingir o mesmo fim; e a proporcionalidade, em sentido estrito, requer um balanceamento entre os benefícios da medida e os prejuízos causados aos direitos fundamentais (Brasil, 2016, p. 08).

A aplicação dos direitos fundamentais no contexto contemporâneo envolve desafios complexos, especialmente em sociedades democráticas pluralistas, onde diferentes valores e interesses muitas vezes entram em conflito. No entanto, a partir do respeito e da proteção desses direitos se constrói uma sociedade mais justa e equitativa, onde a dignidade humana é verdadeiramente reconhecida e preservada. A contínua evolução e adaptação do entendimento dos direitos fundamentais são essenciais para responder às novas demandas e desafios que surgem com o tempo, garantindo que os princípios de justiça, liberdade e igualdade sejam mantidos e fortalecidos.

Atualmente, o Código Penal em vigor - datado de 1940 - estabelece as tipificações do aborto em seus artigos 124 a 126. Nos casos em que a gestante provocar o aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque, é aplicada a pena de detenção de três a dez anos (art. 124). Ainda, provocar aborto com o consentimento da gestante possui uma pena de reclusão de um a quatro anos (art.126). Ou seja, as práticas são consideradas crimes, sob pena de cárcere (Brasil, 1940).

Existem exceções para a criminalização: quando a gravidez é resultado de abuso sexual (art. 128, I, Código Penal); quando a gravidez põe em risco a vida da mulher (art. 128, II do Código Penal) (Brasil, 1940); quando o feto apresenta anencefalia (ADPF 54, STF).

A questão da descriminalização do aborto é um tema complexo, permeado por posicionamentos contrastantes que refletem profundas divergências éticas, religiosas e filosóficas. De um lado, há aqueles que defendem o direito fundamental das mulheres de tomar suas próprias decisões sobre o aborto, insistindo que qualquer solução aceitável deve

respeitar esse princípio. Do outro lado, estão aqueles que acreditam que o aborto é um assassinato, uma violação dos direitos e interesses fundamentais das crianças não nascidas (Dworkin, 2003, p. 10). Essa oposição cria uma barreira praticamente intransponível para um diálogo produtivo, pois ambos os lados partem de premissas morais e ontológicas distintas que não permitem concessões (Dworkin, 2003, p. 11).

Aqueles contrários às práticas abortivas consideram o feto humano como um sujeito moral desde o momento da concepção. Para eles, o encontro do espermatozoide com o óvulo, que inicia a multiplicação das células, já configura o início de uma nova vida humana com direitos inerentes à sua condição (Brasil, 2016, p. 08). Essa visão está profundamente enraizada em princípios religiosos e filosóficos que valorizam a potencialidade de vida desde os primeiros estágios de desenvolvimento.

Por outro lado, os defensores do direito ao aborto argumentam que, no início da gestação, o feto é apenas um aglomerado de células sob o comando de um código genético, sem a presença de um sistema nervoso central ou capacidade de sentir dor e racionalizar. Eles sustentam que não se pode falar em vida plena nos primeiros estágios da gravidez, quando o córtex cerebral – essencial para o desenvolvimento de sentimentos e racionalidade – ainda não foi formado. Devido a essas questões controversas, Dworkin (2003, p. 11-12) argumenta que a discussão sobre a descriminalização do aborto deveria se concentrar na essência do aborto em si, em vez de focar na questão de quando começa a vida do feto.

No contexto jurídico, essa dicotomia foi abordada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto-vista no julgamento do *habeas corpus* 124.306/RJ. Barroso reconhece que não há uma solução jurídica que possa resolver a controvérsia, pois ela está enraizada em escolhas religiosas e filosóficas individuais sobre a vida. No entanto, ele destaca um ponto crucial: independentemente das crenças sobre o início da vida, é indiscutível que, durante o primeiro trimestre da gestação, o embrião não tem capacidade de subsistir fora do útero materno. Durante esse período, o feto depende integralmente do corpo da mãe, e o córtex cerebral ainda

não está formado, o que inviabiliza a existência de uma vida independente (Brasil, 2016, p. 17).

Barroso ressalta que, embora a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por qualquer pessoa seja legítima, a criminalização da prática baseada nessas convicções não se sustenta na razão pública. Ele argumenta que, em uma sociedade pluralista e democrática, é inaceitável que um grupo imponha suas crenças sobre outro por meio da criminalização (Brasil, 2016, p. 14). Assim, ele propõe uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal, de modo a excluir a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre do âmbito de incidência desses dispositivos legais.

O debate que versa sobre os direitos reprodutivos e a descriminalização do aborto no Brasil, e a reiteração da base ideológica que o criminaliza há mais de 80 anos, deve perpassar os princípios que contribuíram para a instituição do planejamento familiar como um objeto de cuidado constitucional e, posteriormente, tema de legislação própria - Lei nº 9.263/1996 - que garante a todo cidadão o direito ao planejamento familiar (Brasil, 1996).

A entrada do planejamento familiar na legislação brasileira foi precedida por ações financiadas por movimentos internacionais, como a própria Organização das Nações Unidas e a inglesa *International Planning Parenthood Federation* - IPPF, que já estudavam o papel dos programas de educação sexual e dos contraceptivos na sociedade pós-segunda guerra mundial (Petersen, 2004, p. 137). Com a sua influência e os resultados obtidos no Brasil a partir da adesão das mulheres brasileiras, o planejamento familiar foi devidamente instituído e fez-se claro que não caberia ao Estado qualquer forma de coerção ou violação à intimidade familiar (Brasil, 1988).

No entanto, ainda que o direito ao aborto tenha relação direta com os números de natalidade de uma população e com as decisões familiares, especialmente da mulher, de ter um filho e definir a sua concepção de família, o Estado ainda cumpre o papel de sentenciador e carcereiro quando se discute a interrupção da gestação, ainda que em seu início.

Esse debate reflete uma tensão contínua entre valores individuais e coletivos, entre direitos das mulheres e proteção do feto. A descriminalização do aborto não significa uma aprovação irrestrita da prática, mas um reconhecimento da autonomia das mulheres em decidir sobre seus próprios corpos, especialmente em um período em que o embrião ainda não tem viabilidade fora do útero.

A decisão de descriminalizar o aborto no primeiro trimestre representa um avanço significativo no reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres, alinhando-se com a tendência observada em diversos países que têm adotado políticas mais liberais nesse aspecto. No entanto, continua a ser um tema profundamente divisivo, que requer um equilíbrio cuidadoso entre o respeito às crenças individuais e a proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Em entrevista, a pesquisadora Débora Diniz discorre sobre a polarização de opiniões em embate com a realidade brasileira. Em especial, ressalta que a descriminalização do aborto é capaz de diminuir o número de procedimentos ao invés de aumentar:

> Os debates que tocam nas crenças mais íntimas das pessoas são debates que as pessoas lidam com suas emoções. É natural que seja assim. Mas temos ciência por trás do debate do aborto, é nosso dever convocar as melhores informações que nós temos. Então uma delas, que é difícil às vezes de entender, porque parece contraintuitivo, é que quando descriminalizamos, reduzimos a prática. Como? Porque as mulheres têm acesso à informação, um conjunto de barreiras são quebradas junto com a descriminalização. As mulheres mais jovens têm acesso à educação sexual, conseguimos falar de violência, nós conseguimos saber por que uma mulher falha no uso de um método. Então, quando aquela mulher chega para fazer um aborto, chega para ter acesso a um método, conseguimos fazer uma atenção integral a ela, e isso permite a prevenção e a redução do aborto. Então, para aqueles que se dizem contrários ao aborto, que sofrem ao imaginar que uma mulher faça um aborto, é um sentimento que tem que ser acolhido em

> uma democracia, as pessoas pensam diferente. Esse sentimento vai ser ainda mais protegido se o aborto for descriminalizado, porque mulheres vão fazer menos aborto do que elas fazem quando há criminalização (Meio, 2021).

A conclusão de Barroso, de que a interpretação da Constituição deve permitir a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, busca harmonizar essas demandas conflitantes. Ao mesmo tempo, reconhece a legitimidade das convicções morais contrárias ao aborto, mas sem permitir que elas se traduzam em sanções penais que criminalizem a escolha de outras mulheres. Dessa forma, promove-se um espaço para que diferentes perspectivas convivam, respeitando a diversidade de opiniões em uma sociedade democrática e pluralista.

## 3 *HABEAS CORPUS* 124.306 E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, para compreender a fundamentação do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, é necessário entender o contexto do *habeas corpus* 124.306. Trata-se de *habeas corpus* impetrado por pacientes que tiveram sua prisão preventiva decretada pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ. A prisão foi solicitada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em recurso em sentido estrito, para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal (Rodrigues, 2016, p. 96).

A defesa dos pacientes entrou com o *habeas corpus* n. 290.341/RJ no Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça - STJ não acolheu o pedido, considerando legal o encarceramento dos pacientes, que foram presos em flagrante em 14/03/2013 por manterem uma clínica clandestina e provocarem aborto em gestante com seu consentimento. Eles foram acusados dos crimes previstos nos artigos 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha) do Código Penal (Rodrigues, 2016, p. 96).

No *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal - STF, os pacientes argumentaram que não estavam presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, conforme o artigo 312 do Código de Processo Penal. Eles sustentaram ser réus primários, com bons antecedentes, trabalho e residência fixa, além de afirmarem que não houve tentativa de fuga e que a prisão cautelar seria desproporcional, visto que poderiam cumprir a pena em regime aberto, caso condenados (Rodrigues, 2016, p. 96).

O Ministro Marco Aurélio Melo, relator do *habeas corpus* no STF, deferiu a medida cautelar em benefício de dois dos acusados em 08/12/2014 e, em 27/06/2015, estendeu os efeitos da decisão aos demais corréus. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pela denegação da ordem, solicitando a cassação da liminar deferida (Rodrigues, 2016, p. 97).

No julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello votou pela admissão do *habeas corpus* e, no mérito, pelo deferimento da ordem para afastar a custódia provisória, corroborando os termos da liminar previamente deferida. O Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista antecipada dos autos e, em seu voto-vista, construiu uma argumentação favorável ao deferimento da ordem de ofício, afastando a prisão preventiva dos pacientes e dos demais corréus. Ele considerou inconstitucional a aplicação do tipo penal de aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, com base em uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124 e 126 do Código Penal (Rodrigues, 2016, p. 97).

No caso sob análise, além de considerar que não havia motivação suficiente para a decretação da prisão preventiva, o Ministro Barroso examinou outras razões que, em seu entendimento, fundamentavam a concessão da ordem. Este é um ponto relevante, pois, na linha do que foi estabelecido nas ações anteriores do STF sobre o tema do aborto e do direito à vida, este julgamento representou um avanço significativo. A decisão contribuiu enormemente para o estudo da dogmática constitucional, ao discutir a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, com base na violação dos

direitos fundamentais das mulheres e no princípio da proporcionalidade (Barbosa, 2018, p. 35).

Diante da particularidade dos fundamentos do voto do Ministro Barroso, passa-se, então, a analisar os argumentos por ele apresentados, especialmente no que se refere ao teste de proporcionalidade, fundamentado na obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy.

O Ministro inicia seu voto evidenciando que o que está em discussão é a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. Entretanto, ele ressalva que, embora o bem jurídico protegido – a vida potencial do feto – seja evidentemente relevante, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar adequadamente o princípio da proporcionalidade (Brasil, 2016, p. 05).

Não obstante, o Ministro estabelece uma premissa para o raciocínio a ser desenvolvido: o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante a oferta de educação sexual, a distribuição de meios contraceptivos e o amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao afirmar a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, ressalta que não se está defendendo a disseminação do procedimento. Pelo contrário, o objetivo é que o aborto seja raro e seguro (Brasil, 2016, p. 06).

Antes de iniciar a análise do teste da proporcionalidade sobre o caso, o Ministro elenca uma série de violações aos direitos fundamentais das mulheres que a tipificação penal oferece. Primeiramente, destaca a violação da autonomia da mulher como núcleo essencial da liberdade individual e da dignidade humana, ressaltando que um dos aspectos centrais dessa autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e tomar decisões relacionadas a ele, incluindo a deliberação sobre cessar ou não uma gravidez (Brasil, 2016, p. 09).

Em seguida, menciona a integridade física e psíquica, que protege todo indivíduo contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes. O Ministro também aborda os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, afirmando que a tipificação penal afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher e prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada (Brasil, 2016, p. 10).

Adicionalmente, destaca a igualdade de gênero, enfatizando que é a mulher quem suporta integralmente o ônus da gravidez, enquanto o homem não engravida. Ele também aponta a discriminação social e o impacto desproporcional sobre mulheres pobres, afirmando que a criminalização retira da mulher a possibilidade de se submeter a um procedimento médico seguro (Brasil, 2016, p. 11).

Após essas considerações, o Ministro conclui que a criminalização da interrupção da gestação no primeiro trimestre vulnera o núcleo essencial de um conjunto de direitos fundamentais da mulher. Trata-se, portanto, de uma restrição que ultrapassa os limites constitucionalmente aceitáveis.

Assim como quaisquer outros direitos em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais comportam limites e restrições de aplicabilidade e, segundo o Ministro, hipóteses de "colisão" destes direitos com outros princípios constitucionais no caso concreto devem ser solucionadas pelo princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade, remetendo-se, para tanto, à obra "Teoria dos Direitos Fundamentais" de Robert Alexy (Brasil, 2016, p. 07).

A dogmática dos direitos fundamentais, como disciplina prática, visa, em última instância, fornecer uma fundamentação racional para os juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade dessa fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja o mais acessível possível a controles intersubjetivos. Isso, contudo, pressupõe clareza tanto na estrutura das normas de direitos fundamentais, quanto em todos

os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação nesse campo (Alexy, 2008, p. 43).

A obra de Robert Alexy explica que 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. Em outras palavras, a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (Alexy, 2008, p. 116-117).

Por sua vez, princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, resulta da necessidade de balancear as possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental que tem caráter de princípio colide com um princípio oposto, a possibilidade jurídica de realizar essa norma depende do princípio oposto. Para se chegar a uma decisão, é necessário fazer um sopesamento conforme a lei de colisão (Alexy, 2008, p. 117).

A aplicação de princípios válidos é obrigatória quando aplicáveis e, nos casos de colisão, exige-se um sopesamento. O caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de sopesamento quando colidem com princípios opostos. Isso significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é derivada do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (Alexy, 2008, p. 117).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandamentos de otimização em relação às possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação derivam da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (Alexy, 2008, p. 118).

A partir dos ensinamentos de Robert Alexy, o Ministro vincula a teoria com o processo e passa a esmiuçar os três subprincípios, a fim de verificar se a tipificação penal está plenamente justificada no caso concreto (HC 124.306/RJ, [2016], p. 12):

> Feita esta breve introdução, e na linha do que foi exposto acerca dos três subprincípios que dão conteúdo à proporcionalidade, a tipificação penal nesse caso somente estará então justificada se: (i) for adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não houver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).

Primeiro, o subprincípio da adequação e da necessidade expressam a exigência de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas (Alexy, 2008, p. 588). Nesse sentido, Barroso inicia sua argumentação a fim de analisar em que medida a criminalização protege a vida do feto.

Baseado em pesquisas, o Ministro discorre que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àquelas encontradas nos países onde ele é ilegal. Além disso, pontua que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos (Brasil, 2016, p. 13). Destaca que a criminalização afeta a quantidade de abortos seguros e, consequentemente, aumenta o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento, tratando-se de um grave problema de saúde pública.

Adicionalmente, menciona a dificuldade em conferir efetividade à proibição, dada a difusão do uso de medicamentos para a interrupção da gestação, que são consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios de tomar conhecimento e impedir a sua realização. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação "simbólica" da conduta (Brasil, 2016, p. 14).

O Ministro conclui o subteste da adequação de modo que a criminalização do aborto não é capaz de evitar a interrupção da gestação e, portanto, é uma medida de duvidosa adequação para a tutela da vida do feto. Ressalta a necessidade de reconhecer, como fez o Tribunal Federal Alemão, que, considerando "o sigilo relativo ao nascituro, sua impotência e

sua dependência e ligação única com a mãe, as chances do Estado de protegê-lo serão maiores se trabalhar em conjunto com a mãe", e não tratando a mulher que deseja abortar como uma criminosa (Brasil, 2016, p. 14).

Em sequência, apresenta o sopesamento do subprincípio da necessidade, com o objetivo de identificar se há meios alternativos à criminalização que protejam igualmente o direito à vida do nascituro, mas que produzam menor restrição aos direitos das mulheres. Nesse ponto, reconhece que existem outros instrumentos eficazes para a proteção dos direitos do feto que são simultaneamente menos lesivos aos direitos da mulher (Brasil, 2016, p. 14).

Narra que uma política alternativa à criminalização, implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos, é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que sejam cumpridos alguns requisitos procedimentais que permitam à gestante tomar uma decisão refletida. Além disso, defendeu que o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que causam a gravidez indesejada ou pressionam as mulheres a abortar (Brasil, 2016, p. 15).

O voto também destaca que as duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe, como a perda de oportunidades de carreira. Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, incluindo acesso a creches e direito à assistência social. No mesmo sentido, enfatiza que uma parte das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido com programas de planejamento familiar, distribuição gratuita de anticoncepcionais, assistência especializada à gestante e educação sexual (Brasil, 2016, p. 15).

O Ministro finaliza que a tutela penal dificilmente seria aprovada no teste da necessidade, uma vez que existem alternativas menos restritivas e igualmente eficazes para proteger os direitos do feto e das mulheres.

Por fim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito, o voto busca verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres

decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto. Além de retomar os argumentos já enunciados, é referido que a análise dos custos e benefícios revela a ilegitimidade constitucional da criminalização do aborto voluntário, pois viola os direitos fundamentais das mulheres e gera custos sociais superiores aos benefícios. Em sua fundamentação, é mencionado que a Suprema Corte dos EUA, no caso Roe v. Wade, e a Corte Suprema do Canadá, em decisão semelhante, concluíram que o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher de realizar um aborto (Brasil, 2016, p. 16).

Além disso, destaca que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido considera crime a interrupção da gestação no primeiro trimestre. Países como Alemanha, França, Reino Unido, Canadá, e outros não criminalizam o aborto nesse período, quando o córtex cerebral do feto ainda não está formado e não há potencialidade de vida fora do útero (Brasil, 2016, p. 16).

Luís Roberto Barroso conclui que é necessário interpretar os artigos 124 e 126 do Código Penal conforme a Constituição, excluindo a criminalização do aborto voluntário no primeiro trimestre. Dado que o Código Penal é de 1940, anterior à Constituição de 1988, a jurisprudência do STF sugere a não recepção desses dispositivos, resultando em sua revogação parcial. Consequentemente, a interrupção da gestação nos primeiros três meses não configura crime, afastando a necessidade de prisão preventiva nesses casos, conforme o art. 312 do Código de Processo Penal (Brasil, 2016, p. 17).

## 4 CONCLUSÃO

A análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do *habeas corpus* 124.306/RJ nos oferece uma compreensão aprofundada sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de colisão de direitos fundamentais. O debate sobre a criminalização do

aborto revela-se, portanto, um campo fértil para explorar as tensões entre a proteção da vida do nascituro e os direitos fundamentais das mulheres.

O voto do Ministro Barroso destaca a inadequação da criminalização do aborto como meio para proteger a vida do feto. A criminalização não se mostrou eficaz em reduzir o número de abortos, mas sim em transferi-los para a clandestinidade, onde as condições de segurança e saúde são precárias, resultando em altos índices de complicações e mortalidade materna. A abordagem penal, nesse caso, falha em promover o objetivo que pretende alcançar, prejudicando, ao mesmo tempo, a integridade física e psíquica das mulheres.

Ao aplicar o teste de proporcionalidade, Barroso revela que existem alternativas mais eficazes e menos restritivas para proteger o nascituro. A descriminalização do aborto no primeiro trimestre, acompanhada de políticas públicas de planejamento familiar, educação sexual e suporte social às gestantes, mostra-se uma abordagem mais adequada. Essas medidas não só respeitam a autonomia da mulher como também promovem a proteção da vida de maneira mais efetiva e humana.

A argumentação do Ministro Barroso fundamenta-se nos três subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ele demonstra que a criminalização não é adequada para proteger a vida do feto, não é necessária devido à existência de alternativas menos restritivas e, finalmente, não passa pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito, já que os custos sociais e pessoais da criminalização superam seus benefícios.

O voto também sublinha a importância de considerar a realidade pluralista e democrática da sociedade brasileira. A imposição de uma visão moral ou religiosa específica através da criminalização do aborto é incompatível com os princípios de um Estado Democrático de Direito. Barroso enfatiza que a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por qualquer pessoa é legítima, mas não pode justificar a criminalização da prática.

A decisão de descriminalizar o aborto no primeiro trimestre, proposta pelo Ministro Barroso, representa um passo significativo na direção do reconhecimento dos direitos reprodutivos das mulheres e da sua autonomia. Ela não significa uma aprovação irrestrita do aborto, mas um reconhecimento de que as mulheres devem ter o direito de tomar decisões informadas sobre seus próprios corpos, especialmente em um estágio em que o feto ainda não possui viabilidade fora do útero.

Esse entendimento alinha-se com a tendência observada em diversos países democráticos, onde o aborto no primeiro trimestre é tratado como uma questão de saúde pública e direitos individuais, e não como um crime. A abordagem proposta promove um equilíbrio entre o respeito às convicções individuais e a proteção dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, garantindo que a diversidade de opiniões em uma sociedade pluralista seja respeitada.

Verifica-se que o posicionamento adotado no voto é relevante não somente para o caso que estava em análise, mas também pode se estender a outras demandas, inclusive à atual Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, a qual visa à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação.

Em resumo, a análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do *habeas corpus* 124.306/RJ ilustra como o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado de maneira rigorosa e racional para resolver conflitos complexos de direitos fundamentais. A proposta de descriminalização do aborto no primeiro trimestre, fundamentada nos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, oferece uma solução que respeita a dignidade, autonomia e saúde das mulheres, ao mesmo tempo em que promove uma proteção mais efetiva à vida. Essa abordagem reforça a necessidade de políticas públicas abrangentes e inclusivas que considerem a complexidade e as nuances da questão, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros Fontes, 2008. 5 ed. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em 18 jul. 2024.

BARBOSA, Juliane França. **A descriminalização da interrupção voluntária da gestação realizada até o primeiro trimestre, com base no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ. 2018.** Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito do Estado. Disponível em: https://shre.ink/b5sS Acesso em 18 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988 [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal de 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 12 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://shre.ink/b5st. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus nº 124.306.** Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Marco Aurélio. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 2016. Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf. Acesso em 18 jul. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida:** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 1ª edição.

MEIO. **Conversas:** Debora Diniz e a descriminalização do aborto. YouTube. 2021. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=95r6jTXmcuU. Acesso em 12 maio 2024.

PETERSEN, Janine. Os feminismos e a polêmica da contracepção no Brasil (1970-1980). **Revista Esboços**, v. 11, n. 11. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/475. Acesso em: 14 ago. 2024.

RODRIGUES, Renata de Lima. Análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do habeas corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. **Revista Brasileira de Direito Civil.** Vol. 10. Out/Dez 2016. ISSN 2358-6974. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/46/40%3Edia. Acesso em 18 jul. 2024.

# SEXTING: UMA VIOLAÇÃO AO DEVER DE FIDELIDADE? UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO CONTRATO PARACONJUGAL

Judith Fernanda Oliveira de Cerqueira[1]

## 1 INTRODUÇÃO

Até o início deste século, era prática comum o envio de cartas, cartões postais, e até mesmo revelar fotografias para enfeitar os álbuns de família. A tecnologia, ao longo dos anos, tornou-se mais sofisticada, passando a concretizar cenários que sequer tinham sido imaginados, como, por exemplo, a possibilidade de enviar uma mensagem instantânea para alguém que resida em outro país.

Como consequência, as relações sociais experimentaram um estreitamento que antes possuía a distância como obstáculo, passando os indivíduos a estarem em constante contato com amigos e familiares, e, o mais importante: em conexão com o próprio mundo.

Por outro lado, com a intensificação da conexão humana com a tecnologia, parece o homem estar acoplado ao aparelho celular: para muitos chega a ser absurda a ideia de passar alguns minutos longe de qualquer interação com a tecnologia, passando os sujeitos a terem, para

1 Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL); Pós-graduada em Direito Processual das Famílias e Sucessões pela Faculdade Atame; Pesquisadora científica pelo grupo de pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS; Advogada; judithfcerqueira@gmail.com.

além de sua matéria física, o seu corpo virtual que é capaz de se aventurar nas terras da internet e interagir de diversas formas.

Uma dessas maneiras de interação é consagrada por meio de curtidas, compartilhamentos e comentários feitos no *Instagram*. Dentro desta mesma rede social existem os chamados *directs*, que também são uma alternativa para manter contato com pessoas queridas ou até mesmo pessoas estranhas, que, por algum motivo, parece despertar o interesse daqueles que buscam relações amorosas, e até mesmo relações extraconjugais.

Surge, então, dentro deste contexto tecnológico, o *sexting*, que, em linhas gerais, pode ser encarado como o envio de mensagens de cunho sexual, sugestivo ou explícito. Tal prática tem gerado calorosos debates nas redes sociais em virtude de se tratar de um possível ato de traição por parte daquelas pessoas que se encontram em um relacionamento amoroso.

Por outro lado, quando essa discussão adentra o âmbito do Direito de Família, torna-se mais delicado obter uma clara conclusão. Isto porque, até o início da vigência do Código Civil de 2002, o casamento e a própria família eram marcados por uma ferrenha intervenção estatal, de forma que foi expressamente disposto pelo legislador os chamados deveres conjugais.

Tal cenário foi alterado pelo fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, possuindo como um de seus alicerces a autonomia privada, fazendo com que os próprios integrantes do núcleo familiar passassem a ter maior ingerência sob os aspectos mais íntimos de suas vidas, motivo pelo qual já se fala hoje em um Direito de Família mínimo.

Vislumbrou-se, assim, casais buscando dispor de questões íntimas por meio do contrato paraconjugal, que é um instrumento que busca concretizar os acordos verbais e tácitos existentes entre os indivíduos sobre a sua conjugalidade, trazendo mais segurança jurídica.

O *sexting* é um comportamento que decorre do desejo humano, e é capaz de ser praticado por aqueles que buscam, possivelmente, um alívio em sua consciência por não acreditarem que se trata de traição propriamente dita pela ausência de contato físico. Mas não existe atribuição

precisa de quais condutas definiriam tal ato, consistindo o dever de fidelidade em um conceito aberto.

Deste modo, é o que se pretende averiguar por meio da pergunta que orienta a presente pesquisa: consiste o contrato paraconjugal instrumento capaz de definir a prática do sexting como violação ao dever de fidelidade?

## 2 O CONTRATO PARACONJUGAL E OS DEVERES CONJUGAIS

O instituto do casamento, até o início deste século, era marcado por uma intensa intervenção estatal, obrigando os cônjuges a sujeitar-se às regras impostas pelo conservador ordenamento jurídico que constituiu o Código Civil de 1916, de maneira que o divórcio direto, o qual não exige a necessidade de prévia separação do casal, somente passou a ser possível com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010.

Sob a égide da Carta Magna de 1988, as relações familiares adquiriram nova roupagem, pois segundo Pereira:

> O Direito contemporâneo gira em torno da pessoa humana real e das situações jurídicas, tendo em vista, principalmente, o processo de Constitucionalização do Direito Civil. Em outras palavras, interessa na relação jurídica muito mais o sujeito do que o seu objeto (2024, p. 73).

E é precisamente a partir deste novo paradigma firmado pela Constitucionalização do Direito Civil que surge o prestígio ao Princípio da Autonomia Privada, responsável por conceder ao Direito de Família contemporâneo a oportunidade de serem formados estatutos privados pelos membros integrantes de um determinado núcleo familiar.

Tal preceito, para além de traduzir a atual postura estatal de tão somente proteger, prover e fornecer assistência, consiste em um elemento ético que compõe a dignidade do sujeito, sustentando o livre arbítrio.

Está conectado de maneira direta à verdade e desejo do indivíduo, significando a autonomia da vontade, pois regula a própria vida humana e o seu respectivo destino (Pereira, 2024, p. 85).

A inserção do mencionado princípio ao Direito de Família, por meio do art. 1.513 do Código Civil, "atua como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado e funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos" (Pereira, 2024, p. 85). Isto porque, o referido dispositivo normativo aduz que é proibido a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

De maneira potencialmente contraditória, entretanto, prevê o legislador no art. 1.566 do Código Civil os deveres conjugais que devem ser observados no curso da relação conjugal, quais sejam: vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos e fidelidade recíproca, que será detalhadamente discutido mais adiante.

A vida comum no domicílio conjugal, sob as luzes do texto legal do século XX, era obrigatório para garantir não apenas a satisfação do chamado *débito conjugal*, mas também permitia que houvesse incisivo controle dos corpos femininos e de seu único trabalho: servir o homem (Marzagão, 2023, p. 22).

O débito conjugal, que era compreendido como a manutenção das relações conjugais em seu aspecto carnal, e que remetia à coabitação, encontra-se atualmente ultrapassado, uma vez que cada indivíduo possui o direito à tutela de seu corpo, não podendo a conjugalidade significar sua apropriação (Figueiredo, 2024, p. 249).

Contudo, com o avançar do século a coabitação passou a ser relativizada, em virtude das "circunstâncias de trabalho, por morarem em cidades diferentes, seja por escolha e opção de vida, até mesmo como fórmula de felicidade ou de tornar possível o amor conjugal" (Pereira, 2024, p. 117). Tanto assim o é que o próprio legislador firma a possibilidade da ausência dos consortes do domicílio conjugal a fim de atender a encargos

públicos, exercício da profissão ou até mesmo interesses particulares relevantes, como bem prevê o art. 1.569 do Código Civil.

O dever da mútua assistência compreende tanto a assistência material como a moral entre os consortes, decorrendo do Princípio da Solidariedade Familiar responsável por guiar a relação conjugal e familiar (Marzagão, 2023, p. 23-24), de maneira que

> A concretização da mútua assistência material pode dar-se, portanto, por meio do custeio efetivo de auxílio material para a manutenção de vida (mútua satisfação das necessidades materiais da família). A assistência moral, por sua vez, dá-se em decorrência da participação plena na vida de cada qual, na compreensão das dificuldades e divisão das angústias e aflições, no exercício conjunto dos benefícios oriundos das alegrias e da plenitude da vida de cada um dos consortes (Marzagão, 2023, p. 24).

Já o respeito e consideração mútuos que devem existir no casamento " [...] levarão os cônjuges a darem um ao outro suporte emocional para sua plena realização não só como parte do casal, mas também como ser humano pleno e individual" (Marzagão, 2023, p. 25).

Observa-se que o dever de guarda, sustento e educação dos filhos origina-se não do casamento, mas da própria autoridade parental que é instaurada a partir do nascimento da prole.

A existência dos deveres conjugais no ordenamento jurídico é o natural reflexo da concepção primária que se tinha do casamento: a sacralidade oriunda do seu caráter religioso, de maneira que a supracitada previsão normativa retrata os aspectos morais e solidários como bem a religião faz (Marzagão, 2023, p. 15).

Para o Estado, na verdade, o único caminho possível para alcançar a comunhão de vidas que se espera deste instituto é por meio da concretização do que é previsto pelos deveres conjugais (Marzagão, 2023, p. 15).

Nota-se, a partir destas recomendações, que ao mesmo tempo em que há uma cláusula de reserva de intimidade da vida privada consagrada

pelo art. 1.513 do Código Civil (Multedo; Moraes, 2016, p. 7), também se ocupa o Estado em deixar expresso o que se espera da relação conjugal de seus jurisdicionados.

Por outro lado, há de se destacar que estes deveres não possuem relevância jurídica, uma vez que inexiste consequência em virtude de seu descumprimento, havendo sanção legal tão somente em relação ao dever de mútua assistência material. Estas recomendações, portanto, assumiram feições meramente éticas, morais e sociais (Madaleno, 2024, p. 210).

No caso da violação de qualquer um destes deveres, nasce para aquele que sentiu-se preterido a alternativa de pedir o divórcio, não mais incidindo no âmbito do Direito de Família a discussão da culpa, que restou fulminada a partir da EC 66/2010.

Na atual conjuntura do Direito de Família, vislumbra-se a possibilidade dos consortes disporem da regulamentação da sua própria conjugalidade, que é compreendida como sendo "a parcela subjetiva ligada aos casamentos, moldada de acordo com a convivência cotidiana e a construção diária que, de fato, constitui a vida conjugal" (Marzagão, 2023, p. 11).

Não poderia ser outro o cenário que deriva da flexibilização dos institutos que compõem o Direito de Família, que permite aos sujeitos integrantes de uma relação matrimonial ou convivencial dispor sobre a sua intimidade e vida privada, não mais havendo a necessidade de adequação a um modelo estático e rígido de família.

Surge, a partir desta contemporânea conjuntura, e calcado no Princípio da Autonomia Privada, o chamado contrato paraconjugal, que consiste em um negócio jurídico por meio do qual os cônjuges estão autorizados a modular a sua conjugalidade, de maneira a tornar expressos os direitos e deveres inerentes àquela relação para que seja possível alcançar a plena comunhão de vidas (Marzagão, 2023, p. 62).

Esse instrumento é classificado como um contrato atípico, nos termos do art. 445 do Código Civil, devendo, portanto, obedecer aos critérios estabelecidos pelo art. 104 deste mesmo diploma normativo: ser firmado por agente capaz e ter objeto lícito (Marzagão, 2023, p. 62).

Destaca-se que os contratos atípicos são aqueles negócios jurídicos livremente firmados pelas partes, que optam por não se valer dos demais modelos legais, a fim de autoregular interesses específicos (Lôbo, 2023, p. 43).

E mais que isso: a atipicidade característica do contrato ora abordado não se confunde com arbitrariedade. Isto porque toda modalidade contratual deve transcender aos interesses individuais, contingentes e socialmente irrelevantes, uma vez que a liberdade contratual experimentada pelos indivíduos se esbarra nos limites positivos e negativos da função social que deve ser observada (Lôbo, 2023, p. 43).

Verifica-se, pois, que tal instituto não é absoluto: deve se curvar às regras e princípios jurídicos existentes a fim de concretizar a finalidade máxima do contrato, qual seja, a sua função social, pois "o que se quer significar, em suma, é que deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela" (Gomes, 2019, p. 41).

Não é de se estranhar a atual admissão do referido contrato, ao passo que serve ao propósito de tornar expressos todos aqueles combinados verbais e tácitos que já existem entre os casais, o que era inimaginável durante a vigência do Código Civil de 1916, cenário onde o Direito de Família era completamente engessado, devendo sujeitar-se às normas jurídicas impostas.

A contratualização das relações conjugais, deste modo, desempenha papel primordial na atual construção da comunhão de vidas que se espera ser alcançada, predominando a valorização da autonomia privada a partir da fundação daquilo que cada casal julgue ser adequado dentro de sua conjugalidade e individualidade (Marzagão, 2023, p. 29).

Vem o referido instrumento, inclusive, como uma resposta à insuficiência do ordenamento jurídico em abrigar todas as variadas situações que surgem do Direito de Família, notadamente no convívio marital e convivencial, campo este que está repleto de temas sensíveis e privados sobre os quais os sujeitos não desejam a intervenção estatal, cuja atuação mínima é a ordem a ser seguida (Marzagão, 2023, p. 31).

A autonomia privada, portanto, tornou possível a expressa pactuação dos combinados existentes entre os casais e também porque "os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecer regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente" (Lôbo, 2023, p. 23).

Partindo deste ponto, surge a necessidade de se buscar uma definição do que seria, dentro de uma relação conjugal ou convivencial, violação ao dever de fidelidade. Afinal, trata-se de conceito aberto por não haver uma prévia descrição do que seria caracterizado ou não como infidelidade, de maneira que a sua discussão e determinação entre o casal seria capaz de coibir, ainda, a própria ofensa ao aludido preceito.

Entretanto, em um cenário onde o virtual chega a fundir-se com o real, torna-se tarefa mais custosa precisar quais condutas figurariam ou não como traição dentro de um determinado relacionamento, e se seria o contrato paraconjugal instrumento hábil a dar conta desta área indeliberada para muitos casais, problemática esta que será aprofundada a seguir.

## 3 A PRÁTICA DE SEXTING E O DEVER DE FIDELIDADE NOS RELACIONAMENTOS CONTEMPORÂNEOS

Para muitos casais, é possível que relações sexuais com terceiros sejam indiscutivelmente um ato de traição, enquanto para outros uma simples curtida em uma foto no *Instagram* também pode representar uma quebra no dever de fidelidade.

A fidelidade é um dos deveres elencados nas relações matrimoniais, não sendo apenas de cunho afetivo e sexual, mas também financeira e econômica, estando abrigada pelo conceito de lealdade. Destaca-se que a traição afetiva e sexual consiste muito mais em uma violação de regra moral e religiosa do que propriamente jurídica (Pereira, 2023, p. 118).

Diferentemente do que ocorria sob a vigência do Código Civil de 1916, o cônjuge que quebra o dever de fidelidade não mais sofre sanções jurídicas, de maneira que era o infiel declarado culpado e perdia direitos.

Na grande maioria dos casos, a figura da culpa recaía sobre as mulheres, sendo a infidelidade masculina enaltecida em virtude do sistema patriarcal (Pereira, 2023, p. 118).

Curiosamente, a infidelidade masculina já chegou a ser um direito positivado pelo Código Napoleônico de 1804, diploma normativo que assegurava única e exclusivamente ao homem o direito à infidelidade, mas desde que não trouxesse sua amante para o lar familiar (Engels, 2019, p. 65).

Fato é que a infidelidade é moralmente condenável, decorrendo esta reprovação da base conservadora das sociedades contemporâneas ocidentais, consistindo em "uma prática contra a normativa da sociedade, sendo uma temática de interesse pessoal e social difícil de ser abordada com veracidade e profundidade em contextos públicos" (Haack; Falcke, 2013, p. 308).

Ainda que a traição tenha sido descriminalizada, não deixou de ocupar o posto de causa comum de separação afetiva, para além de representar a ofensa à formação monogâmica, de maneira que provavelmente se classifica como uma das razões de separação mais dolorosas (Madaleno, 2023, p. 212).

O dever de fidelidade, em verdade, subsiste para conservar o princípio não expresso da monogamia, tendo em vista que a sua descaracterização não está nas relações extraconjugais, mas sim na constituição de família simultânea àquela já existente, que tanto pode ser paralela ao casamento como à união estável ou outro tipo de família conjugal (Pereira, 2023, p. 78).

O sistema monogâmico, para além de representar as regras morais, é responsável por organizar a constituição das famílias, sendo a proibição das relações extraconjugais uma das formas de garantir tal sistema. A fidelidade, portanto, apenas tornou-se regra jurídica apenas porque existe o "impulso" da infidelidade (Pereira, 2023, p. 79).

Para além disso, pelo fato do Estado possuir interesse na manutenção da estrutura familiar, a ponto de declarar que é a família a base da

sociedade, a monogamia sempre foi considerada a sua função ordenadora, não tendo sido instituída em razão do amor, consagrando-se, pois, como uma mera convenção oriunda do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo (Dias, 2021, p. 61).

Embora possa parecer óbvio quais atos seriam classificados como infidelidade, quando este conceito tão aberto é inserido na atual conjuntura onde boa parte da sociedade parece estar condicionada à tecnologia, torna-se complexa a sua conceituação.

Isto porque estes atos assumiram novas feições, especialmente com a prática de *sexting*, que consiste em toda comunicação de texto, vídeo ou áudio que possua conteúdo sexual, seja este explícito ou sugestivo, por meio de aparelhos eletrônicos (Drouin, Vogel, Surbey, & Stills, 2013).

Nesta situação, o que se busca discutir não são os fatores que potencialmente conduzem a esta prática, mas se seria uma maneira de violar o dever de fidelidade por não haver a conjunção carnal que muitos podem fixar como indispensável para que uma traição seja caracterizada.

Se faz imprescindível, neste sentido, trazer o significado das palavras *adultério* e *infidelidade* segundo o dicionário Houaiss que mais parecem estar adequadas ao propósito desta pesquisa:

> Adultério. 1. violação, transgressão da regra de fidelidade conjugal imposta aos cônjuges pelo contrato matrimonial, cujo princípio consiste em não se manter relações carnais com outrem fora do casamento. 2. infidelidade estabelecida por relação carnal com outro(a) parceiro(a) que não o(a) companheiro(a) habitual. Adúltero. que viola a fidelidade conjugal ao manter relação amorosa fora do casamento. pessoa que comete adultério, mantendo relações carnais com alguém fora do casamento. Infidelidade. falta de respeito, de fidelidade àquilo com que se deveria estar comprometido. manutenção de ligações amorosas com outra pessoa diferente daquela com quem se está comprometido (2001).

De maneira genérica, a fidelidade é considerada como rompida no momento em que ocorre o adultério, ou seja, a prática sexual de um

dos consortes ou conviventes com terceiro, o que pode ser um ato isolado ou esporádico (Ponzoni, 2007, p. 19).

A fidelidade recíproca que deve imperar nas relações conjugais ou convivenciais compreende a dedicação exclusiva e sincera de um em relação ao outro, ou uma leal repartição de vidas, tanto na dimensão material como na espiritual (Ponzoni, 2007, p. 23).

A infidelidade virtual, por outro lado, está conectada à quebra de confiança depositada no parceiro, sendo possível que aquele que possua o desejo de trair o seu cônjuge ou companheiro se valha do *sexting* para justificar a inexistência do ato de infidelidade, pois

> O corpo de carne e osso é substituído, dentro das redes sociais, por um corpo virtual, um corpo idealizado que pode assumir tudo aquilo que o corpo físico não pode. O corpo virtual é difuso, volátil, coletivo, pode assumir a identidade que quiser e dissociar-se completamente daquilo que existe no mundo real, na vida vivida e, justamente, essa dissociação é que permitirá o desenvolvido de uma vida virtual que sobrepujará o real sentido da vida real (Faustino; Oliveira Barcha, 2023, p. 4).

A infidelidade, portanto, torna-se mais ampla: deixa o recinto meramente físico para ocupar outras dimensões afetivas, de maneira que o respeito recíproco que deve imperar tanto na relação conjugal como na convivencial deve ser compreendido para além da visão unicamente sexual (Farias; Rosenvald, 2023, p. 284).

Na opinião de Farias e Rosenvald (2023, p. 284), os relacionamentos virtuais construídos por aqueles que já se encontram em uma dinâmica afetiva conjugal ou convivencial motivam a imaginação da pessoa humana, eliminando a necessidade de contato físico para que afetos sejam trocados, e, ainda, para estes autores, "o adultério virtual não implica em violação ao dever de fidelidade, pela falta de contato físico, mas sim em martirização ao dever conjugal de respeito e lealdade. Quebra a confiança, a lealdade, esperada pelas partes".

Souza e Magalhães Lordello (2023), constataram em pesquisa feita que 75,6% dos participantes conheciam alguém, e 60,9% afirmam já ter praticado *sexting*, de maneira que a normalidade desta situação também foi exposta pelos indivíduos, o que indica a gradual naturalização desta conduta.

Já na pesquisa feita por Haack e Falcke (2013, p. 10), "96,4% dos participantes consideraram como infidelidade ter relações sexuais; 96,4%, beijar na boca; 75,9%, flertar; 54,2%, se relacionar pela Internet; 33,7%, dar o número de telefone; 10,8%, acessar pornografia na Internet".

A internet, portanto, se consolida como um mecanismo que proporciona o anonimato, permitindo desenvolver, por conta disso, fantasias e desejos sem que haja a exposição, ao contrário do que acontece com as traições presenciais, situações nas quais pode acontecer do sujeito marcar um encontro e um terceiro notar que se trata de uma infidelidade sendo praticada (Mileham, 2007).

Funciona a tecnologia como um provável meio facilitador para violar algum combinado tácito que já exista na relação, mas que por algum motivo, deixou de ser inserido de forma expressa, daí porque a utilização do *sexting* indica um potencial mecanismo para burlar o dever de fidelidade, afinal, houve a omissão de classificar se aquele ato seria a quebra da confiança amorosa por não haver contato físico.

O problema enfrentado neste trabalho surge precisamente a partir da ausência de combinados claros e honestos entre os casais sobre quais atos configurariam ou não a quebra do dever de fidelidade esperado nas conexões conjugais e convivenciais.

## 4 SEXTING: UMA VIOLAÇÃO AO DEVER DE FIDELIDADE?

Até o século XVII, a sexualidade era uma manifestação da franqueza, e eram frouxos os códigos de decência. Com a instalação da dominação da burguesia vitoriana, foi cuidadosamente encerrada, migrando para dentro de casa. Não bastasse o silêncio predominante, a família

conjugal confisca-a e absorve-a com o intuito único de reproduzir, passando o casal legítimo a ditar a lei e firmando o modelo a ser seguido (Foucault, 1988, p. 9).

É a sexualidade um importante dispositivo de poder, e é por meio deste que se compreende como o silêncio, isto é, aquilo que não é dito, é capaz de construir conceitos, ideias, e normas que passaram a determinar o que seria certo e errado (Nascimento, 2005, p. 2).

Foi a partir de sua utilização como um mecanismo de poder e controle que se elaborou o discurso de que deveria ser destinado apenas às relações matrimoniais, de maneira que todas aquelas condutas sexuais praticadas com terceiros e fora do lar conjugal eram abominadas porque fugiam à ideia primordial do sexo: a reprodução.

Este discurso, por sua vez, embasou a justificativa para a imposição do dever de fidelidade que deve ser esperado dentro de um vínculo conjugal e convivencial.

É a monogamia o instituto responsável por dar o tom dos relacionamentos conjugais e convivenciais, de maneira que se funda no domínio do homem, com a finalidade central de gerar filhos cuja paternidade seja inquestionável, sendo a mesma exigida porque estes mesmos filhos, um dia, irão assumir o patrimônio que deriva de seu pai (Engels, 2019, p. 64).

Não deve deixar de ser feita em relação à monogamia uma importante ressalva: existe apenas para a mulher, mas não para o homem, caráter este, inclusive, que é observado até hoje (Engels, 2019, p. 66).

Tanto assim o é que em estudo elaborado por Goldenberg (2011) com 1.279 homens e mulheres da classe média da cidade do Rio de Janeiro, indicou que 60% dos atos de infidelidade foram praticados por homens, enquanto 47% pelas mulheres.

De igual maneira, pesquisas recentes têm apontado que os homens possuem uma necessidade maior de experimentarem novas sensações, fazendo com que, consequentemente, sejam mais inclinados a se envolverem em casos extraconjugais (Lalasz; Weigel, 2011).

Ainda de acordo com este mesmo estudo, ao terem sido os homens questionados por qual razão praticam atos de infidelidade, a justificativa deu-se com base na sua inclinação natural em serem infieis. As mulheres, por outro lado, responsabilizam seus parceiros pela traição. Em relação aos fatores que estimulam o descumprimento da fidelidade, o sexo masculino afirma trair por atração física, natureza masculina e instinto, enquanto o sexo feminino alega a insatisfação com o parceiro, a falta de amor, ou até mesmo para levantar a autoestima quando não se sentem desejadas pelo companheiro.

São inúmeras as razões pelas quais o ser humano busca a infidelidade, mas existe um ponto convergente em relação a todos eles: a falta de amor e a expressão de sua sexualidade em virtude da ausência de sexo no relacionamento (Scheeren; Apellaniz; Wagner, 2018, p. 4).

O mundo virtual, portanto, surge como uma oportunidade para satisfazer os desejos relativos à sexualidade dos sujeitos, de maneira que a Internet conecta diversos provedores em locais distintos no globo terrestre, com uma vasta quantidade de dados trafegando entre as redes em tais lugares (Ponzoni, 2007, p. 37).

É facultado aos usuários desta plataforma comunicar-se em tempo real e de forma simultânea, sendo utilizado os sistemas de conversão simultânea, e obviamente só pode ser possível quando os sujeitos estão conectados ao servidor ao mesmo tempo (Ponzoni, 2007, p. 39).

O seu uso, por outro lado, é amplamente direcionado para conteúdo de teor sexual, tendo sido a palavra *sexo* a mais procurada nos programas de busca online. De um lado, há aqueles que buscam um relacionamento em sentido estrito, e, de outro, há os que fazem uso das redes para atingir um romance carnal ou real (Ponzoni, 2007, p. 43).

A carência comumente enfrentada dentro de um vínculo conjugal ou convivencial é fator comum que favorece o *sexting*, afinal, "na Internet, a figura idealizada do outro não enfrenta o desgaste da convivência. O que se idealiza sempre é melhor do que se tem" (Ponzoni, 2007, p. 45).

As ligações constituídas por meio desta prática à primeira vista podem parecer inofensivas por ocorrerem em plano distinto do real, contexto que colabora para evitar que o sentimento de culpa surja em virtude das infidelidades virtuais (Ponzoni, 2007, p. 45).

Para além da contribuição da extirpação da culpa neste cenário cibernético, também impulsiona o crescimento destes vínculos a facilidade com que se concretizam, afinal, neste exato momento inúmeras pessoas estão conectadas à internet, bastando procurar nos locais adequados para que este ato seja iniciado (Ponzoni, 2007, p. 46).

Há, inclusive, um padrão para o estabelecimento dos laços virtuais: o contato inicial pode se dar por meio dos aplicativos de conversa instantâneos ou até mesmo mediante uma mensagem no *Instagram,* passando, com o tempo, a ser um contato frequente, onde os envolvidos cedem a maiores intimidades para o outro, dando origem a um relacionamento duradouro e sério, comprometendo, assim, o casamento ou união estável (Ponzoni, 2007, p. 47).

A defesa para a prática de *sexting* comumente é a alegação de que não houve relação sexual, mas embora não exista a presença física, é certo de que há o recíproco prazer sexual (Ponzoni, 2007, p. 48).

Acontece que o dever de fidelidade abrange também o dever de lealdade, que, por sua vez, está relacionado ao dever moral e físico, sob o sentido dos envolvidos se absterem de manter relações sexuais com outra pessoa e de praticar condutas que indiquem esse objetivo ainda que não seja materializada (Ponzoni, 2007, p. 50).

E se não há relação sexual em sua forma física, seria uma maneira de violar o dever de fidelidade? Mas o que seria, então, a infidelidade? Para uns, pode ser até mesmo concretizado por meio dos *likes* no *Instagram*, ou, quem sabe, uma reação a um story de uma pessoa cuja foto compartilhada seja mais reveladora de seu físico?

Se faz necessária, portanto, a distinção entre a infidelidade material e a infidelidade moral. Enquanto a primeira está relacionada com o contato físico por meio de relações sexuais, a segunda diz respeito à

convivência amorosa e conexão afetiva que é estabelecida com outra pessoa que não seja o companheiro ou cônjuge (Ponzoni, 2007, p. 50).

O *sexting* pode ser definido como um vínculo erótico-afetivo mantido por meio da Internet, sendo que essa infidelidade virtual somente se converterá em adultério se houver a concretização da conexão que foi estabelecida por meio das redes sociais (Ponzoni, 2007, p. 50).

Ocorre que os casais contemporâneos, na maioria das vezes, esquivam-se da tarefa de definir as regras relacionadas à sexualidade, pois segundo Foucault

> Não falo da obrigação de confessar as infrações às leis do sexo, como exigia a penitência tradicional; porém da tarefa, quase infinita, de dizer, de se dizer a si mesmo e de dizer a outrem, o mais frequentemente possível, tudo o que possa se relacionar com o jogo dos prazeres, sensações e pensamentos inumeráveis que, através da alma e do corpo tenham alguma afinidade com o sexo (1988, p. 23).

Este *jogo dos prazeres* pode ser interpretado como tudo aquilo que está embutido na expressão da sexualidade, de maneira abrangente ou não, e, consequentemente, são as regras que irão integrar a própria esfera íntima de cada casal.

Não basta, para a Idade Contemporânea, a existência de combinados tácitos e implícitos por supor que o outro irá seguir os deveres conjugais, afinal, as relações conjugais e convivenciais são marcadas pela subjetividade, isto é, não seguem regras objetivas previamente impostas, pois "não se pode determinar de antemão o que irá comprometer, de fato, a vida em comum de um casal" (Ponzoni, 2007, p. 51).

Isto porque, a tecnologia inseriu nas relações amorosas contemporâneas novas modalidades do que seria classificado ou não como infidelidade, ampliando ainda mais as interpretações que este termo possui, o qual se constitui como um conceito jurídico indeterminado, que é intencionalmente impreciso com o intuito de serem integrados princípios,

diretrizes, e máximas de condutas, viabilizando a elaboração de novas normas (Martins-Costa, 2017, p. 133).

Cabe aos casais, então, designar quais condutas caracterizariam a infidelidade dentro da sua dinâmica amorosa, o que torna-se perfeitamente possível por meio do contrato paraconjugal.

Este instrumento é capaz de consagrar a visão particular de cada casal acerca deste instituto, que, diante do atual cenário tecnológico, pode vir a assumir formas distintas das quais a sociedade está habituada, a exemplo das curtidas no *Instagram,* mensagens enviadas e até mesmo seguir uma determinada pessoa nesta rede social (Cerqueira, 2023, p. 15).

Como já esclarecido previamente, o documento em questão é destinado à modulação da conjugalidade do casal, isto é, a regular os aspectos de ordem íntima, que variam conforme cada relação conjugal ou convivencial, mas, para isso, "é preciso conceitos abertos, mentes inovadoras e que sejam rompidas amarras estruturais que, muitas vezes, são quase intransponíveis" (Marzagão, 2023, p. 59).

Justamente pelo fato de ser destinado à modulação da conjugalidade, que está atrelada ao exercício do direito à intimidade previsto pelo art. 5º, X, da Constituição Federal, é que se faz o contrato paraconjugal como instrumento adequado para dispor sobre o dever de fidelidade, de maneira que será acordado entre o casal, não ficando tal documento exposto à esfera pública, como ocorre com o pacto antenupcial.

O contrato pode ser conceituado como "uma promessa, ou conjunto de promessas, que em caso de quebra são remediadas por lei, ou que podem ser executadas e reconhecidas como um dever (de uma parte) e direito (da outra), também por lei." (Aguiar; Oliveira Gobbo, 2014, p. 105).

Também é o contrato instrumento capaz de regular situações que transcendem a sua finalidade meramente econômica, sendo possível a disposição de cláusulas existenciais, que são fruto direto da inserção do princípio da autonomia privada no Direito de Família em virtude do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Por estar profundamente atrelada à intimidade do casal, na seara da contratualização familiar não é admissível a violação e imposição por parte do Estado, cuja participação deve-se limitar tão somente à fiscalização da observância da dignidade, proteção de vulnerabilidades e ilicitude no objeto do contrato (Marzagão, 2023, p. 50).

Como os deveres conjugais consistem tão somente em meras recomendações, especialmente aqueles de ordem existencial, como é o caso do dever de fidelidade, "a obrigação derivativa deles, ajustada livremente pelo casal em contrato, passa a integrar o ordenamento como negócio jurídico que gere obrigação eficaz e exigível" (Marzagão, 2023, p. 61).

Justamente pela versatilidade do contrato paraconjugal é que o mesmo se constitui como saída plausível para precisar os limites da fidelidade dentro das ligações conjugais e convivenciais, pois trata-se de conceito que deve se amoldar à realidade e personalidade dos sujeitos que compõem o casamento e a união estável.

E mais que isso: ao modular sua conjugalidade por meio desta modalidade contratual, é perfeitamente possível que o casal estabeleça a proibição da prática de contatos virtuais afetivos com terceiros, sob pena de incidir indenização ou compensações ajustadas contratualmente (Marzagão, 2023, p. 77).

Por tratar-se de conceito aberto, é de bom tom os consortes e conviventes instituírem os parâmetros para a interpretação dos atos classificados como quebra do dever de fidelidade, pois com a prévia estipulação do que seria a infidelidade dentro de uma dada dinâmica conjugal, cria-se um limite que não poderá ser trespassado, ainda que o instituto do casamento carregue regras implícitas para a condução do relacionamento (Cerqueira, 2023, p. 15/16).

Acrescente-se, ainda, a possibilidade deste contrato ser alterado conforme as fases enfrentadas pelo casal, uma vez que nenhum núcleo familiar é estático, variando segundo o contexto no qual é inserido, para além do próprio processo de desenvolvimento e amadurecimento do ser humano, pois como bem esclarece Marzagão:

> Com efeito, não raras vezes que os casais enfrentam crises decorrentes de divergências quanto a escolhas de estilo de vida, questões financeiras, ajustes sobre filhos, infidelidades, crises existenciais de qualquer ordem e natureza. Neste momento, não se olvide, ajustar a conjugalidade contratualmente poderá fazer sentido e significar novo fôlego ao relacionamento conjugal (2023, p. 65).

A materialização da definição de infidelidade por meio do contrato paraconjugal, para além de representar o exercício à autonomia privada e homenagem à intimidade que não deve ser posta de lado nas relações conjugais e convivenciais, é alternativa que auxilia o esclarecimento da esfera privada do casal, precisando quais são os limites que devem ser respeitados para que haja, então, o verdadeiro compartilhamento de vidas.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A infidelidade é tema presente na grande maioria dos relacionamentos amorosos, e além de ser atemporal, é eterna, não importando quantos séculos passem e quantas evoluções e involuções a sociedade presencie, será a grande responsável por partir corações e quebrar a confiança depositada no parceiro.

Em que pese seja predominante na sociedade Ocidental o entendimento de que a infidelidade física, isto é, as relações sexuais tidas com terceiros, se classificam como a única maneira de violar este dever tão relevante, com o advento da tecnologia, e, consequentemente, da Internet, abre-se o leque de possibilidades de atos que podem ser cometidos para violar este dever conjugal.

As redes sociais que se originaram deste mundo virtual trouxeram a possibilidade de haver comunicação instantânea entre dois usuários, facilitando o contato entre aquelas pessoas que se encontram em cidades ou até mesmo países distintos.

Mas e quando essa comunicação é utilizada com o intuito de tentar contornar os efeitos de uma infidelidade? É o que acontece com a prática do *sexting* estudada nesta pesquisa, e que vem sendo cada vez mais utilizada por aqueles indivíduos que mesmo encontrando-se em um relacionamento conjugal ou convivencial parecem buscar algo que lhes falta no cotidiano.

O *sexting* não exige a presença física dos sujeitos que trocam afetos e intimidades por meio de chamadas de vídeos, mensagens e fotos, e talvez seja por isso mesmo que ganhou popularidade entre aqueles que já são comprometidos: é que a tela que separa um usuário do outro cria a ilusão de que há um véu entre o mundo real e o virtual, quando na verdade ambos estão em constante integração, possuindo consequências de ordem prática, especialmente quando um dos cônjuges obtém acesso às contas existentes nas redes sociais do outro.

Muito provavelmente, para diversos casais, seja mais fácil pressupor que o outro possui conhecimento que curtir uma determinada foto no *Instagram*, enviar um *direct*, ou até mesmo reagir de forma mais calorosa a um *stories* esteja incluso em limites que não podem ser ultrapassados.

Contudo, não existem pressuposições quando se trata do ser humano: cada qual interpreta a realidade à sua volta conforme seu contexto familiar passado e presente, bem como às condições sócio-culturais de seu entorno, fazendo com que cada indivíduo, portanto, seja distinto.

Por isso mesmo é que o diálogo aberto e honesto é a única opção, mas que é ato que requer coragem e maturidade, características que, possivelmente, a atual sociedade que busca pelo imediatismo tal qual as redes de *fast food* não está disposta a inserir no relacionamento.

Esta pesquisa define a infidelidade como sendo o conjunto de condutas que signifique a quebra de confiança depositada no outro, bem como o caminho contrário aos projetos de ordem conjugal e familiar.

O *sexting*, por isso mesmo, é um exemplo de infidelidade, uma vez que é ato praticado às escuras por um ou ambos os cônjuges, e se assim o é, porque existe interesse velado e não verbalizado, logo, fere

o projeto conjugal, cuja base primordial é a honestidade e lealdade para com o outro.

A infidelidade, a bem da verdade, carrega o significado que é atribuído por cada casal, não sendo possível exigir que uma definição com fundamento em questões de ordem religiosa, política e até mesmo pessoal interfira no que de fato importa: a intimidade e privacidade responsáveis por construir os relacionamentos contemporâneos, cuja concretização é perfeitamente possível por meio do contrato paraconjugal, precisando, assim, limites que não devem ser ultrapassados para que aquele relacionamento esteja em compasso com seus projetos e valores.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, a. 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

CERQUEIRA, Judith Fernanda Oliveira. Uma reflexão acerca da potencial capitalização do afeto através das cláusulas "anti-traição" nos pactos antenupciais nos relacionamentos contemporâneos. **Revista Brasileira de Direito Contratual,** v. 17, out./dez. 2023.

DE AGUIAR, Julio Cesar; GOBBO, Leandro Oliveira. Função social do contrato: uma análise lógico-empírica social role of the contract: a logic-empirical analysis. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR,** Curitiba, v. 59, n. 1, p. 101-126, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** – 14. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

DROUIN, Michelle; VOGEL, Kimberly; SURBEY, Alisen; STILLS, Julie. R. Let's talk about sexting, baby: Computer-mediated sexual behaviors among young adults. **Computers in Human Behavior,** 29, 25-30, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada, e do Estado**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** famílias. 15.ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FAUSTINO, André.; OLIVEIRA BARCHA , Adriano de Salles . Hiperexposição e Espetáculo: a Intimidade como Mercadoria nas Redes Sociais. **Saberes:** Revista interdisciplinar de Filosofia e Educação, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 23–38, 2023. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/saberes/article/view/31104. Acesso em: 9 nov. 2023.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I:** A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FIGUEIREDO, Luciano. **Pacto Antenupcial:** limites da customização matrimonial. 2ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

GOLDENBERG, Mirian. **Por que homens e mulheres traem?** Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HAACK, Karla Rafaela; FALCKE, Denise. Infidelid@de.com: infidelidade em relacionamentos amorosos mediados e não mediados pela Internet. **Psicol. rev.** (Belo Horizonte) [online]. vol. 19, n. 2, p. 305-327, 2013.

HOUASS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LALASZ, Camille B.; WEIGEl, Daniel J. Understanding the relationship between gender and extradyadic relations: The mediating role of sensation seeking on intentions to engage in sexual infidelity. **Personality and Individual Differences,** v. 50, n. 7, p. 1079-1083, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. v.3. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. E-book.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book.

MARZAGÃO, Silvia Felipe. **Contrato paraconjugal:** a modulação da conjugalidade por contrato, teoria e prática. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção" (as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 15, n. 15, 2017. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/70391. Acesso em: 4 ago. 2024.

MILEHAM, Beatriz Lia Avila. Online infidelity in Internet chat rooms: an ethnographic exploration. **Computers in Human Behavior,** v. 23, n. 1, p. 11-31, 2007.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. A privatização do casamento. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: http://civilistica.com/a-privatizacaodo-casamento/. Acesso em: 04 mai. 2024.

NASCIMENTO, Renan Custódio do. Noções conceituais da sexualidade humana num recorte foucaultiano. **Universitas:** Ciências da Saúde, v. 3, n. 1, 2005. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/cienciasaude/article/view/546. Acesso em: 29 jul. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito das Famílias**. Barueri, SP: Grupo GEN, 2024. E-book.

PONZONI, Laura de Toledo. Infidelidade virtual - realidade com efeitos jurídicos. **Revista da Faculdade de Direito,** Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 102, p. 983–1060, 2007. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67784.. Acesso em: 26 jul. 2024.

SCHEEREN, Patrícia; APELLANIZ, Iñigo de Alda Martínez de; WAGNER, Adriana. Infidelidade conjugal: a experiência de homens e mulheres. **Temas em Psicologia,** Ribeirão Preto , v. 26, n. 1, p. 355-369, mar. 2018. Disponível em https://shre.ink/b5sM.acessos em 02 ago. 2024.

SOUZA, Lara.; RENATA MAGALHÃES LORDELLO, Silvia. **O Sexting No Brasil: A Percepção Sobre Mensagens Sexuais** . Psicologia em Estudo, v. 28, 20 out. 2023.

# MENOS FILHOS, MAIS PETS E A INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO CIVIL COM AS FAMÍLIAS MULTIESPÉCIES

Maria Eduarda Mikiewicz Desplanches[1]
Helena de Azeredo Orselli[2]

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o aumento do número de animais domésticos considerados como membros das famílias e as consequências jurídicas advindas do rompimento do relacionamento que origina a família multiespécie. Como o próprio nome sugere, a família multiespécie é aquela formada por pessoas e por animais não-humanos.

Pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que as estruturas das famílias brasileiras têm mudado substancialmente ao longo do tempo. Diversos fatores estão levando a um cenário em que a taxa de fecundidade vem diminuído, ao passo

1 Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da FURB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Advogada. E-mail: medesplanches@gmail.com.

2 Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, e em Direito Público pela Universidade *degli Studi di Perugia* – Itália. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da FURB. Advogada do Orcid: http://orcid.org/0000-0002-5624-9185. E-mail: helena@furb.br

em que o número de animais domésticos está aumentando e, algumas famílias, conforme pesquisa realizada pelo Radar Pet, consideram estes animais como se filhos fossem.

Portanto, o presente estudo busca responder a seguinte problemática: as famílias multiespécie, ou seja, aquelas que consideram o animal de estimação como membro da família, estão respaldadas pela legislação civil vigente? A hipótese levantada é negativa. O Código Civil brasileiro trata os animais domésticos como bens móveis, ou seja, como propriedade, apesar de algumas pessoas não os enxergarem desta forma, mas sim como membros da família. Para tanto, a metodologia aplicada consiste no método dedutivo e nas técnicas de leitura dirigida, de fichamento de obras e de análise de conteúdo.

Assim, o primeiro tópico abordará as pesquisas que demonstram a diminuição das taxas de fecundidade e o aumento do número de animais domésticos nas residências, bem como a valorização do animal doméstico como membro da família. Por conseguinte, o segundo tópico analisará o fenômeno da família multiespécie, bem como a relevância da afetividade nas relações familiares. Por fim, o terceiro tópico tratará sobre como a legislação civil abrange a família multiespécie, analisando-se Projetos de Lei que visam a alteração da legislação civil no tocante a situação jurídica dos animais de estimação após o término da sociedade conjugal dos tutores dos animais de estimação, bem como do anteprojeto de revisão e atualização do Código Civil brasileiro.

## 2 DIMINUIÇÃO DA TAXA DE FECUNDIDADE E O AUMENTO DE NÚMERO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS

No ano de 2022, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2022, p. 2), o Brasil registrou 2,54 milhões de nascimentos. Em comparação ao ano de 2021, houve uma queda de 3,5% no número de nascimentos registrados, sendo que "a retração no número de registros

de nascimentos foi observada pelo quarto ano consecutivo na série histórica analisada" (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2022, p. 2).

A partir da Revolução Industrial, "a tecnologia proporcionou uma redução da taxa bruta de mortalidade, responsável pelo aumento da taxa de crescimento populacional anual, apesar de a taxa de natalidade estar se reduzindo desde aquela época até os dias atuais" (Braga *et al.*, 2005, p. 3). O projeto parental, que, até as décadas de 1950 e 1960 não era resultado da escolha individual, mudou substancialmente com o decorrer do tempo (Bermardi; Féres-Carneiro; Magalhães, 2018, p. 170).

No Brasil, entre os anos de 1960 e 2010, a taxa de fecundidade, que representa a média do número de filhos tidos por mulheres durante a sua vida reprodutiva, caiu de 6,28 para 1,87. Até 2030, esse número deve reduzir ainda mais, atingindo o número 1,5 filho por mulher (Brasil, 2021, p. 2).

O número de casais que decidem não ter filhos está aumentando. Entre 2005 e 2015, o número de famílias com filhos diminuiu de 50,1% para 42,3%, enquanto o número de famílias sem filhos aumentou significativamente, passando de 15,2% para 20% (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2016, p. 28). Esse fato é um dos reflexos "das transformações na família, no casamento, conceitos de maternidade, paternidade, relações de gênero, conceitos historicamente determinados e que estão em constantes reformulações" (Caetano; Martins; Motta, 2016, n.p.).

Conforme enfatizado por Sen (2018, p. 240), "o papel da condição de agente da mulher" desempenha papel fundamental na redução das taxas de fecundidade. Segundo Sen (2018, p. 240), "há uma estreita relação entre o bem-estar feminino e a condição de agente das mulheres na produção de uma mudança no padrão de fecundidade".

A inserção da mulher no mercado de trabalho está diretamente relacionada com a mudança nas estruturas familiares brasileiras, especialmente a partir da década de 1970 (Fernandes *et al.*, 2011, p. 76), quando se intensificou a atuação profissional feminina (Fernandes *et al.*, 2011, p. 73). Nesse sentido, o estudo realizado pelo IBGE (2016, p. 29-30) demonstra que "a diminuição da fecundidade, a postergação da

maternidade ou a decisão de não ter filhos" está relacionada com a "maior inserção das mulheres no mercado de trabalho".

A quantidade de anos de estudos também reflete na taxa de fecundidade, sendo que "mulheres com mais de 8 anos de estudos têm, em média, metade do número de filhos das que têm até 3 anos de estudo" (Brasil, 2021, p. 2). De acordo com Berquó e Cavenaghi (2014, n. p.), a diminuição na taxa de fecundidade ocorreu de forma mais acentuada entre as mulheres mais pobres que melhoraram a sua educação e ascenderam para maiores rendimentos[3].

No mesmo sentido, o estudo realizado por Caetano, Martins e Motta (2016, n.p) apontou que "possibilidades de um emprego com melhor recompensa financeira, um título acadêmico, o medo de não conseguir suportes financeiro e emocional necessários, especialmente inseridos em uma grande metrópole, e o desejo de liberdade" representam "fatores que, combinados, acabam por conduzir à escolha consensual da vida sem filhos".

Ao mesmo tempo, o número de famílias que optam por ter animais domésticos ao invés de filhos aumenta no país. Essa dinâmica é conhecida como "*pet pareting* ou parentalidade de animais de estimação", que significa a adoção de animais domésticos, como cachorros ou gatos, e o desenvolvimento de vínculos afetivos capazes de considerar os animais como membros da família (Valeri, 2023, n.p.).

O Brasil ocupa o terceiro lugar mundial em número de animais domésticos, e pelo menos 70% dos brasileiros possuem um *pet* ou

3 Berquó e Cavenaghi (2014, n.p.) enfatizam que "a taxa de fecundidade utiliza informações dos filhos nascidos no último ano, portanto, muito provavelmente a mulher tinha a mesma educação declarada ao ter o filho, mas usa também o comportamento da fecundidade acumulada, ou seja, todos os filhos nascidos vivos até o momento da entrevista". Assim, "o que em geral acontece é que as mulheres que estavam sujeitas a um regime maior de fecundidade, ao melhorarem seu nível educacional, levam consigo uma taxa de fecundidade maior para os grupos mais escolarizados. Isso não somente tem o efeito de aumentar a fecundidade desses grupos mais educados, como também de não captar quedas maiores nos grupos menos educados, se seletivamente ficam nestes grupos as mulheres com maior fecundidade do que aquelas que saíram do grupo" (Berquó; Cavenaghi, 2014, n. p.).

conhecem alguém que tenha (Valeri, 2023, n.p.). A pesquisa apresentada pela Comissão de Animais de Companhia (COMAC) e realizada pela Radar Pet (2021, p. 24), demonstrou que, entre os anos de 2019 e 2021, aumentou o número de tutores que "enxergam seus pets como filhos, membros da família e companhia", enquanto diminuiu o número "daqueles que consideram seus cães e gatos como bichos de estimação"[4].

De acordo com Silveira, Ningeliski e Wechinewsky (2022, p. 1513), os animais passaram a exercer maior importância dentro das famílias especialmente durante o período de isolamento da pandemia do Covid-19, quando "as pessoas voltaram a atenção aos animais, que, com amor e carinho, trouxeram companhia nos momentos de solidão".

Nesse contexto, as mudanças nas estruturas familiares, em que o animal doméstico é valorizado como membro da família, têm gerado reflexos jurídicos em casos de dissolução da união, levantando discussões referentes a destinação dos *pets*, uma vez que, para algumas pessoas, esses animais são tidos como filhos.

## 3 AS FAMÍLIAS MULTIESPÉCIES

É recente a percepção de que animais domésticos são parte integrante das famílias, sendo que esse fenômeno se iniciou na segunda metade do século XX, quando as funções anteriormente atribuídas aos animais, como, por exemplo, a função de guarda, deu lugar a função de companhia e de convivência na rotina familiar (Naves; Varela, 2018, p. 404). Ao mesmo tempo, o conceito de família está em constante mutação, de tal forma que a atual concepção de família deixou de ser pautada na

4 Segundo a pesquisa apresentada pela COMAC e realizada pela Radar Pet (2021, p. 24), em 2019, 24% dos tutores de cães e 27% dos tutores de gatos os viam como filhos. Em 2021, essa percepção aumentou para 31% entre os tutores de cães, enquanto se manteve em 27% para os tutores de gatos. Já o percentual de tutores que consideravam seus animais apenas como animais de estimação caiu de 23% para 7% no caso de tutores de cães e de 29% para 13% no caso de tutores de gatos entre 2019 e 2021 (Comac, 2021, p. 24)

teoria clássica patriarcal, para ser pautada no "afeto e na busca da felicidade" (Naves; Varela, 2018, p. 404).

De acordo com Calderón (2020, p. 141), a família, na concepção clássica, estava vinculada à "legitimidade" do matrimônio, com os vínculos biológicos e registrais. Na atualidade, a família está "diretamente relacionada à afetividade, que se constitui em um dos elementos centrais do que se compreende por entidade familiar" (Calderón, 2020, p. 141). Normalmente, a palavra "afeto" é utilizada para se referir a emoções positivas para com pessoas, objetos ou situações. Nas relações familiares, os afetos "constituem uma forma de amor" (Barboza, 2017, p. 185).

A atual compreensão de família ocasionou no surgimento de demandas que não estão previstas na legislação civil (Calderón, 2020, p. 142). A afetividade nas relações familiares abrange, inclusive, "a participação de semoventes (animais de estimação) como membros destes núcleos familiares" (Cabral; Silva, 2020, p. 1521). Como discutido anteriormente, a estrutura das entidades familiares tem passado por mudanças significativas, de modo que o antigo modelo familiar, caracterizado por um casal com vários filhos vivendo sob o mesmo teto, não é mais o predominante (Reis; Caixêta Júnior, 2024, p. 7).

Ao mesmo tempo, observa-se o crescimento no número de famílias que enxergam seus animais de estimação como filhos. Nesse cenário, surge o conceito de família multiespécie, sendo uma "entidade familiar constituída pelo vínculo afetivo entre seres humanos e seus animais de estimação" (Reis; Caixêta Júnior, 2024, p. 3), tendo como "principal característica a afetividade entre as diferentes espécies e consiste em oferecer aos animais exatamente o mesmo tratamento dispensado a uma criança humana" (Lopes; Kist, 2021, p. 2214).

De acordo com Geissler, Pozzatti Junior e Disconzi (2017, p. 14), a pluralidade e a afetividade são "conceitos centrais no debate do direito de família contemporâneo" e constantemente "utilizadas por uma nova tendência doutrinária e jurisprudencial, que busca solidificar o reconhecimento jurídico da família multiespécie".

Apesar de a família multiespécie ser uma realidade na sociedade brasileira, as normas do ordenamento jurídico brasileiro referentes aos animais domésticos ainda se restringem ao princípio da não maleficência (Naves; Varela, 2018, p. 412). A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 225, §1º, inciso VII[5], confere proteção aos animais, inclusive sendo proibido submetê-los a qualquer forma de crueldade (Brasil, 1988). No mesmo sentido, a Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/1998, estabeleceu, em seu artigo 32[6], pena privativa de liberdade para aqueles que atingirem a integralidade física dos animais (Brasil, 1998). Por sua vez, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/1981, no artigo 3º, inciso V[7], definiu a fauna como um recurso ambiental (Brasil, 1981).

Em casos de rompimento dos relacionamentos que formam a famílias multiespécies, os animais são tratados pela legislação vigente como objetos (Cabral; Silva, 2020, p. 1521), embora algumas pessoas não os vejam dessa maneira. As famílias formadas por mais de uma espécie ficam desamparadas pela legislação pátria quando da dissolução da sociedade conjugal (Oliveira; Mello; Sousa, 2022, p. 48), não havendo leis que regulem o estado de filiação dos animais domésticos tidos como filhos (Lopes; Kist, 2021, p. 2215).

5 "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade [...]" (Brasil, 1988).

6 "Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa [...]" (Brasil, 1998).

7 "Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora" (Brasil, 1981).

## 4 O TRATAMENTO CONFERIDO PELA LEGISLAÇÃO CIVIL QUANTO À DISSOLUÇÃO DA UNIÃO QUE GEROU A FAMÍLIA MUTLTIESPÉCIE

Conforme observado, a sociedade passou por várias transformações na estrutura das entidades familiares, incluindo a possibilidade de formação de famílias multiespécie, compostas por pessoas e animais não-humanos. Nesse contexto, emerge a questão da dissolução da união de casais que consideram seus animais de estimação como membros da família, levantando a problemática sobre a guarda e os cuidados desses *pets*.

Em outros tempos, a questão seria resolvida de uma maneira simplória: como os animais são considerados como coisa móvel, o animal seria partilhado como qualquer outra propriedade, ou seja, ficaria com um dos membros da família, como parte do patrimônio (Naves; Varela, 2018, p. 404). Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro considera os animais como bens móveis, como semoventes, estando sujeitos ao regime jurídico das coisas (Fröhlich *et al.,* 2021, p. 29). Desse modo, com a dissolução do relacionamento, a destinação dos animais estará condicionada ao regime de bens adotado por seus tutores (Cabral; Silva, 2020, p. 1521). Trata-se de uma perspectiva antropocêntrica de família, em que os animais não-humanos são apenas propriedade do casal e passível de partilha (Geissler; Pozzatti Junior; Disconzi 2017, p. 14).

Contudo, a solução apresentada deixou de ser suficiente, posto que "os familiares tratam animais domésticos com afeto e respeito" e, portanto, "querem decidir não apenas quem fica com o animal, mas inclusive se haverá ou não possibilidade de visita daquele a quem não coube a guarda" (Naves; Varela, 2018, p. 404), sendo esse o desafio que tem chegado ao Poder Judiciário (Naves; Varela, 2018, p. 417).

O Código Civil brasileiro define a guarda compartilhada como "a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (Brasil, 2002). Segundo Lôbo (2023, p. 91), a guarda compartilhada tem como objetivo resguardar "a preservação da coparentalidade e

corresponsabilidade em relação ao filho, que tem direito de conviver e ser formado por ambos os pais, com igualdade de condições".

Em um cenário em que os animais são considerados como membros da família, "entende-se que todos os direitos inerentes aos filhos seguem por analogia para aplicação e uso aos pets" (Duarte; Belchior, 2021, p. 309). Para Chaves (2016, p. 29), justifica-se essa aplicação por analogia, pois os animais de estimação estão mais próximos da relação existente entre pais e filhos, do que entre uma pessoa e um bem material qualquer.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.944.228-SP, o Ministro Marco Aurélio Bellizze (Brasil, 2022, p. 20-21) decidiu no sentido de que as relações entre o ser humano e o animal de estimação estão introduzidas no âmbito do direito de propriedade e do direito das coisas. Assim, quando do fim do relacionamento dos tutores do animal, o regime de bens do casal influência na resolução do litígio. Todavia, o Ministro Marco Aurélio Bellizze (Brasil, 2022, p. 20-21) ressalta que esses regramentos devem corresponder "a um filtro de compatibilidade de seus termos com a natureza peculiar dos animais de estimação, seres que são dotados de sensibilidade, com ênfase na proteção do afeto humano para com os animais".

Ainda no mesmo julgamento, a Ministra Nancy Andrighi (Brasil, 2022, p. 49) defendeu que "por maior que seja, no direito brasileiro, a proeminência adquirida pelo princípio da afetividade, não possui ele, sobretudo fora do Direito de Família, o condão de subverter a natureza jurídica dos animais de estimação". A Ministra (Brasil,2022, p. 50) argumenta no sentido de que aos animais foi conferido a natureza jurídica de bens móveis, com tratamento diferenciado ao dado às coisas inanimadas. De acordo com a Ministra (Brasil, 2022, p. 59), após adquirir a propriedade de animas de estimação, as despesas inerentes ao cuidado do *pet* devem ser arcadas em condomínio pelas partes, até a extinção do condomínio. O Ministro Marco Aurélio Bellizze (Brasil, 2022, p. 62) esclarece que, na dissolução do relacionamento conjugal, o condômino entre as partes perdurará até a partilha de bens.

Segundo o entendimento do Ministro Marco Aurélio Bellizze (Brasil, 2022, p. 30), que foi voto-vencedor no Recurso Especial nº 1.944.228-SP, não representa vínculo obrigacional indissolúvel o simples fato de o animal de estimação ter sido adquirido na constância da união. Caso não exista consenso entre as partes sobre quem deve ficar com a propriedade do *pet,* a controvérsia não pode ser resolvida com a venda e posterior partilha do animal, como é feito na partilha de outros bens móveis, pois "não se pode ignorar o afeto humano para com os animais de estimação, tampouco a sua natureza de ser dotado de sensibilidade".

Apesar da possibilidade de o animal de estimação ser considerado como membro da família, pela legislação vigente, utiliza-se o direito de propriedade e o direito das coisas para resolver eventual litígio quando do rompimento do vínculo conjugal entre os tutores do animal, devendo-se ponderar, todavia, o afeto existente entre os tutores o animal de estimação.

Atualmente, existem Projetos de Lei, que ainda estão em tramitação no Poder Legislativo, que visam alterar a atual condição dos animais no ordenamento jurídico brasileiro. O Projeto de Lei 27/2018, aprovado pelo plenário do Senado Federal, trata sobre a natureza jurídica dos animais não-humanos, e busca reconhecer que estes animais possuem natureza jurídica *sui generis* e que seja vedado o seu tratamento como coisa (Brasil, 2018).

O Projeto de Lei 62/2019, que ainda aguarda apreciação pelo Senado Federal, tem como proposta regular a posse dos animais de estimação quando da dissolução do vínculo conjugal dos tutores destes animais (Brasil, 2019). Alves (2021, p. 4) critica à terminologia "posse do animal" utilizada no Projeto de Lei, pois mantém a percepção de que o animal é coisa. Alves (2021, p. 5) defende que "guarda responsável" seria mais adequado.

O anteprojeto que busca a revisão e atualização do Código Civil brasileiro, reconhece que "a afetividade humana também se manifesta por expressões de cuidado e proteção aos animais que compõem o entorno sociofamiliar da pessoa" (Brasil, 2024, p. 11). O anteprojeto, ainda,

tem como proposta o compartilhamento da companhia e das despesas entre ex-cônjuges e ex-conviventes (Brasil, 2024, p. 170):

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges ou conviventes:
> [...]
> § 3º Os ex-cônjuges e ex-conviventes têm o direito de compartilhar a companhia e arcar com as despesas destinadas à manutenção dos animais de estimação, enquanto a eles pertencentes.

Fermino e Simioni (2024, p. 98) enfatizam que os juristas do anteprojeto utilizaram a terminologia "despesas" ao invés de "alimentos", sendo a última utilizada no Direito de Família, apesar destes animais serem membros das famílias multiespécies. Ademais, a redação proposta para o §2º do artigo 91-A continua a conferir ao animal a natureza jurídica de coisa (Brasil, 2024, p. 18):

> Art. 91-A. Os animais são seres vivos sencientes e passíveis de proteção jurídica própria, em virtude da sua natureza especial.
> § 1º A proteção jurídica prevista no caput será regulada por lei especial, a qual disporá sobre o tratamento físico e ético adequado aos animais.
> § 2º Até que sobrevenha lei especial, são aplicáveis, subsidiariamente, aos animais as disposições relativas aos bens, desde que não sejam incompatíveis com a sua natureza, considerando a sua sensibilidade.

O anteprojeto traz importantes avanços na matéria, posto que regula a possibilidade de compartilhamento da companhia e das despesas dos animais de estimação após o rompimento da sociedade conjugal, apesar de não utilizar as expressões "guarda" e "alimentos", o que parece não reconhecer a existência de famílias multiespécies, já que as terminologias utilizadas não são as mesmas às conferidas nas matérias de filiação.

A existência de famílias multiespécies justifica uma nova perspectiva em relação aos animais domésticos, bem como fundamenta a aplicação, por analogia, do tratamento destinado aos filhos, quando do

rompimento do relacionamento de seus pais, aos animais domésticos considerados como membros da família, referente às questões relativas à guarda e ao direito de visita dos animais (Naves; Varela, 2018, p. 404). Assim, "oferecer uma específica tutela jurídica aos animais é proteger a própria ideia de senciência, é observar de forma coerente o sistema constitucional como um todo, que é regido pelos Princípios da Dignidade e da Afetividade" (Cabral; Silva, 2020, p. 1521).

## 5 CONCLUSÃO

Na atualidade, as famílias são pautadas na relação de afeto existente entre os seus membros. As pesquisas realizadas pelo IBGE apontam que a estrutura das famílias tem mudado ao longo tempo. A taxa de fecundidade tem diminuído substancialmente, sendo que existe projeção no sentido de que as famílias serão ainda mais reduzidas, diante de diversos fatores que levam as pessoas a decisão de terem menos filhos, ou, ainda, de não terem filhos. Aliás, é crescente o número de casais que optam, consensualmente, por não terem filhos.

É, ainda, crescente o número de famílias que consideram os seus animais de estimação como membros da família, até mesmo como filhos. Nesse cenário, é razoável que seja destinado aos animais domésticos tidos como membros da família um tratamento jurídico em constância com o afeto existente entre a pessoa e o animal não-humano.

O ordenamento jurídico brasileiro trata o animal não-humano como semovente, adotando uma postura de não maleficência. Assim, justifica-se uma alteração na legislação civil, para que as famílias multiespécie sejam legitimadas, tendo em vista que as novas problemáticas apresentadas pela sociedade precisam ser respaldadas pelo ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. A doutrina da família multiespécie e a identidade animal. **Revista Direto UNIFACS,** n. 249, 2021. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7116/4283#. Acesso em: 04 ago. 2024.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. *In:* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). **Cuidado e afetividade:** projeto Brasil/Portugal - 2016/2017. São Paulo: Atlas, 2017, p. 175-192.

BERQUÓ, Elza S.; CAVENAGHI, Suzana M. Notas sobre s diferenciais educacionais e econômicos da fecundidade no Brasil. **Revista brasileira de estudos de população,** [S.L], v. 31, n. 2, p. 471-482, dez. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rbepop/a/TvzQxKvDZbQ4V6VQdHtnjmb/?lang=pt. Acesso em: 04 out. 2024.

BRAGA, Benedito; HESPANHOL, Ivanildo; CONEJO, João G. Lotufo; MIERZWA, José Carlos; BARROS, Mario Thadeu L. de; SPENCER, Milton; PORTO, Monica; NUCCI, Nelson; JULIANO, Neusa; EIGER, Sérgio. **Introdução à Engenharia Ambiental:** desafios do desenvolvimento sustentável. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018.** Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natu-

reza jurídica dos animais não humanos. 2018. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto nº 62, de 2019.** Dispõe sobre a posse responsável dos animais de estimação no caso de dissolução da união estável e do vínculo conjugal de seus possuidores; e dá outras providências. 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155544. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL, Senado Federal. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.** 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto--codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 04 out. 2024.

BRASIL. Secretaria Nacional da Família. **Fatos e números:** famílias e filhos no

Brasil. Brasília: Secretaria Nacional da Família, 2021. Disponível em:

https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/fatos-e-numeros/familias-e-filhos-no-brasil.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.944.228-SP.** RECURSO ESPECIAL. 1. AÇÃO PROMOVIDA, APÓS QUASE 5 (CINCO) ANOS DO FIM DA UNIÃO ESTÁVEL (E DA PARTILHA DE BENS), POR EX-COMPANHEIRA DESTINADA A COMPELIR O EX-COMPANHEIRO A PAGAR TODAS AS DESPESAS, NA PROPORÇÃO DE METADE, DOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO ADQUIRIDOS DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL, ASSIM COMO A RESSARCIR OS GASTOS EXPENDIDOS COM A SUBSISTÊNCIA DESTES, APÓS O FIM DA RELAÇÃO CONVIVENCIAL. 2. RELAÇÃO JURÍDICA INSERIDA NO DIREITO DE PROPRIEDADE E NO DIREITO DAS COISAS, COM O CORRESPONDENTE REFLEXO NAS NORMAS QUE DEFINEM O REGIME DE BENS. 3. DESPESAS COM O CUSTEIO DA SUBSISTÊNCIA DOS ANIMAIS SÃO OBRIGAÇÕES INERENTES À CONDIÇÃO DE DONO. DISSOLVIDA A UNIÃO ESTÁVEL, OS EX-COMPANHEIROS POSSUEM ABSOLUTA LIBERDADE PARA ACOMODAR A TITULARIDADE DOS ANIMAIS DA FORMA COMO MELHOR LHES FOR CONVENIENTE. SUBSISTÊNCIA DE CONDOMÍNIO ENTRE OS BENS HAURIDOS DURANTE A UNIÃO ESTÁVEL ATÉ, NO MÁXIMO, A REALIZAÇÃO DA PARTILHA. O CONDOMÍNIO, ANTES DA PARTILHA, RESTRINGE-SE AOS BENS QUE SE ENCONTREM EM ESTADO DE MANCOMUNHÃO, DO QUE NÃO SE COGITA NA ESPÉCIE EM RELAÇÃO AOS ANIMAIS. 4. DEFINIÇÃO

PELAS PARTES, POR SUAS CONDUTAS DELIBERADAS, DE ATRIBUIR A PROPRIEDADE DOS ANIMAIS EXCLUSIVAMENTE À DEMANDANTE. 5. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRAZO PRESCRICIONAL DE 3 (TRÊS) ANOS. PRETENSÃO DE COBRAR OS CUSTOS DAS DESPESAS DOS ANIMAIS RELATIVA AO PERÍODO NO QUAL EXERCEU EXCLUSIVAMENTE A TITULARIDADE DOS PETS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO QUE DARIA LASTRO À PRETENSÃO INDENIZATÓRIA PRESCRITA. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO [...]. Recorrente: Igor Orzakauskas Batlle. Recorrida: Marcela Gaziola de Oliveira. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: https://shre.ink/b5sr Acesso em: 07 out. 2024.

BERNARDI, Denise; FÉRES-CARNEIRO, Terezinha; MAGALHÃES, Andrea Seixas. Entre o desejo e a decisão: a escolha por ter filhos na atualidade. **Contextos Clínicos**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 161-173, ago. 2018. Disponível em: https://revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/article/view/ctc.2018.112.02/60746297. Acesso em: 13 ago. 2024.

CABRAL, Liz Márcia de Souza; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. O não humano no agrupamento familiar: novo conceito de guarda compartilhada na família multiespécie. **Revista Argumenum**, Marília/Sp, v. 21, n. 3, p. 1505-1526, dez. 2020. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1326. Acesso em: 15 ago. 2024.

CAETANO, Carolina; MARTINS, Maristela Santini; MOTTA, Romilda Costa. Família contemporânea: estudo de casais sem filhos por opção. **Pensando Familias**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, n.p., jul. 2016. Disponível em: https://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2016000100004. Acesso em: 13 ago. 2024.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. Revista Entre Aspas, UNICORP, Salvador, v. 7, p. 138-155, 2020. Disponível em: http://unicorp.tjba.jus.br/unicorp/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-daAfetividade-no-Direito-de-Familia.pdf ou http://unicorp.tjba.jus.br/unicorp/revistas/revista-entre-aspas-volume-7/. Acesso em: 04 out. 2024.

CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? **Revista de Direito UNIFACS – Debate virtual,** n. 187, p. 1-34, 2016. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066. Acesso em: 15 ago. 2024.

COMISSÃO DE ANIMAIS DE COMPANHIA – COMAC. **Coletiva de Imprensa.** Radar 2021. Mercado Pet na Pandemia. São Paulo: Sindan, 2021. Disponível em: https://www.sindan.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Apresentacao-Radar-2021-Coletiva-de-Imprensa-1.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

DUARTE, Nayane Gonçalves; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. FAMÍLIA MULTIESPÉCIE, GUARDA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS E SEU STATUS JURÍDICO. **Themis**: Revista da Esmec, Fortaleza, v. 19, n. 2, p. 293-312, 20 jan. 2022. Escola Superior da Magistratura do Ceara. http://dx.doi.org/10.56256/themis.v19i2.772. Disponível em: https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/772/pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

FERMINO, Júlia Klehm; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O direito animal e a reforma do código civil. **Ratio Juris,** v. 7, n. 1, jan./jun. 2024, p. 95-98. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/revistagraduacao/index.php/revistagraduacao/article/view/259. Acesso em: 04 out. 2024.

FERNANDES, Mônica Pereira; PEDROSA, Leila Aparecida Kauchakje; GONÇALVES, Rejane Maria Dias de Abreu; OLIVEIRA, Ana Carolina D'Arelli; PINTO, Rogério de Melo Costa. Trabalho feminino e diminuição da taxa de fecundidade no Brasil nos últimos 50 anos. **Saúde feminina,** v. 8, n. 49, 2011, p. 71-76. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/842/84217104003.pdf. Acesso em: 04 out. 2024.

FRÖHLICH, Gustavo Fernando; MOTA, Ítalo Jordânio de Andrade; SILVA, Sandryele Cristina Alves da; SOUSA, Paulo Henrique Martins de. Animais domésticos pelas lentes do direito de família: propriedade ou integrante do núcleo familiar. **Arquivo jurídico. Revista jurídica eletrônica da UFPI,** v. 10, n. 1, p. 25-42, jan/jun 2023.

GEISSLER, Ana Cristina Jardim; POZZATTI JUNIOR, Ademar; DISCONZI, Nina. Reconhecimento dos animais de estimação como membros da família multiespécie, no ordenamento jurídico-brasileiro. *In:* BIASOLI, Luis Fernando; CALGARO, Cleide (org.). **Fronteiras da bioética:** os reflexos éticos e socioambientais. Caxias do Sul: Educs, 2017, p. 13-32. Disponível em: https://shre.ink/b5sp. Acesso em: 04 out. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2022.** Rio de Janeiro: 2022. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2022_v49_informativo.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

IBGE. Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Síntese de Indicadores Sociais:** uma análise das condições de vida da população brasileira: 2016. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias v. 5. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

LOPES, Suzana; KIST, Sâmia Souza. Proteção animal: a família multiespécie e os novos paradigmas na conjectura do direito brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira,** [s. l.], n. 5, 2021. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_2193_2224.pdf. Acesso em: 04 out. 2024.

NAVES, Bruno Torquato de O.; VARELA, Ana Maria Alves R.. Família, família, cachorro, gato, galinha: família multiespécie e a guarda compartilhada dos animais de estimação, após a ruptura do vínculo conjugal no brasil. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Porto, n. VI, p. 403-419, 1º semestre de 2018. Semestral. Disponível em: https://www.revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/286/553. Acesso em: 13 ago. 2024.

OLIVEIRA, Juliana Soares de; MELLO, Roberta Salvático Vaz. de; SOUSA, Michele Faria de. Família multiespécie: a proteção dos animais de estimação nos casos de dissolução do vínculo conjugal. **Libertas direito**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, 2022. Disponível em: https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/324. Acesso em: 04 out. 2024.

REIS, Iremar Sebastião dos; CAIXÊTA JÚNIOR, Júlio Alves. Família multiespécie: o reconhecimento dos pets como sujeitos de direito para a efetivação da proteção jurídica aos animais no brasil. **Revista Brasileira de Educação e Cultura**, S.I, v. 15, n. 1, p. 1-45, jun. 2024. Disponível em: file:///C:/Users/Maria/Downloads/575-Texto%20do%20artigo-2260-1-10-20240411%20(2).pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2018.

SILVEIRA, Ana Carolina Valejo da; NINGELISKI, Adriane de Oliveira; WECHINEWSKY, Patricia Minini. Família multiespécie. **Academia de Direito**, [S.L.], v. 4, p. 1512-1537, 29 set. 2022. Universidade do Contestado - UnC. http://dx.doi.org/10.24302/acaddir.v4.3887. Disponível em: https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3887. Acesso em: 04 out. 2024.

VALERI, Julia. Cresce o número de famílias que preferem ter pets em vez de filhos. **Jornal da Usp.** Campus Ribeirão Preto, p. 0-0. 21 jun. 2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/campus-ribeirao-preto/cresce-o-numero-de-familias-que-preferem-ter-pets-em-vez-de-filhos/. Acesso em: 13 ago. 2024.

# HERANÇA DIGITAL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA AMÉRICA LATINA: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E DOMINICANA

Conrado Paulino da Rosa[1]
Luana Bartz de Sá[2]

## 1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e a digitalização progressiva da vida cotidiana têm levantado novas questões jurídicas, particularmente no que diz respeito à proteção de dados pessoais e à sucessão de bens digitais após a morte. A chamada herança digital, que abrange desde dados armazenados em redes sociais, contas de e-mail e serviços de nuvem até ativos digitais como criptomoedas e documentos virtuais, representa um

1 Advogado e parecerista especializado em direito de família e sucessões. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Serviço Social – PUCRS. Mestre em Direito pela UNISC, com a defesa realizada perante a Università Degli Studi di Napoli Federico II, na Itália. Professor da graduação e do Mestrado em Direito da Faculdade do Ministério Público – FMP, em Porto Alegre, onde coordena a Pós-graduação presencial e EAD em Direito de Família e Sucessões. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção RS (IBDFAM-RS). Presidente da Comissão de Relações Acadêmicas do IBDFAM. E-mail: contato@conradopaulinoadv.com.br

2 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Bolsista de Iniciação Científica Institucional (PROBIC) da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Pesquisadora do grupo "Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal", coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. E-mail: bartzluana@gmail.com

desafio significativo para os sistemas jurídicos contemporâneos. Esse tema envolve uma complexa interação entre os direitos à privacidade e os direitos patrimoniais dos herdeiros, exigindo uma análise cuidadosa e equilibrada das implicações jurídicas da transmissão de bens digitais e da proteção de dados pessoais *post mortem*.

Neste contexto, o presente estudo visa investigar e comparar as abordagens adotadas por dois países latino-americanos — Brasil e República Dominicana — na regulamentação da herança digital e da proteção dos dados pessoais após o falecimento. A escolha desses dois países justifica-se por suas legislações representativas e contrastantes no cenário latino-americano. O Brasil, como a maior economia da região, adotou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que se consolidou como um marco na proteção de dados pessoais, inclusive com atualização constitucional. Já a República Dominicana, apesar de não ser pioneira na regulamentação da proteção de dados pessoais — posição ocupada pelo Chile —, possui uma legislação relevante com a Lei n.º 172-13, que oferece um arcabouço legal importante, ainda que com desafios no que tange à herança digital. Dessa forma, a análise desses dois países permite explorar as nuances jurídicas e identificar oportunidades de aprimoramento nas legislações latino-americanas.

A delimitação do tema foca-se em como esses ordenamentos jurídicos lidam com a transmissão de bens digitais aos herdeiros, equilibrando o direito à privacidade do falecido com os direitos sucessórios. O problema de pesquisa central é compreender como as legislações brasileira e dominicana tratam a proteção de dados pessoais após a morte, e se os mecanismos atuais oferecem um tratamento jurídico adequado para garantir tanto a segurança dos dados quanto o direito dos herdeiros sobre os bens digitais.

Especificamente, o estudo propõe-se a analisar as legislações de ambos os países — como a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e a Lei n. 172-13 na República Dominicana — para identificar se essas normativas contemplam adequadamente a proteção de dados pessoais

*post mortem* e a herança digital. Também se visa investigar as implicações dessas regulamentações para os direitos dos herdeiros, observando possíveis lacunas e desafios enfrentados na aplicação dessas leis no cenário da sucessão digital.

O objetivo geral desta pesquisa é, portanto, analisar como Brasil e República Dominicana abordam a questão da herança digital e da proteção dos dados pessoais *post mortem*, identificando semelhanças, diferenças e lacunas nas regulamentações vigentes. Entre os objetivos específicos, destaca-se a análise comparativa das legislações e decisões judiciais relevantes, além da avaliação das implicações práticas dessas normas para o direito sucessório digital.

Para alcançar esses objetivos, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa e dedutiva, utilizando o método monográfico com caráter descritivo e exploratório. A investigação fundamenta-se na análise documental e de conteúdo, por meio da interpretação de legislações, decisões judiciais e publicações acadêmicas pertinentes. A metodologia aplicada visa proporcionar uma compreensão detalhada das práticas jurídicas em ambos os países, destacando as particularidades e desafios enfrentados no tratamento dos bens digitais e da proteção dos dados pessoais no contexto da sucessão.

## 2 CONTEXTO DE TRANSFORMAÇÃO DIGITAL NA AMÉRICA LATINA

As novas tecnologias alteram completamente as dinâmicas sociais, consolidando um espaço cada vez mais central em nossas vidas. No dia 12 de agosto de 2024, celebraremos o 43º aniversário do lançamento do primeiro computador pessoal (PC) pela *International Business Machines* (IBM) em 1981 (G1, 2011). Atualmente, especialmente após o advento da internet, passamos de um cenário de subutilização dos computadores para uma era em que a dependência dessas ferramentas é significativa e abrangente. A tecnologia permeia quase todos os aspectos de nossas vidas, desde a organização de agendas e comunicação até atividades cotidianas como transporte, alimentação e lazer. Estamos imersos

em um ambiente onde diversos aplicativos e plataformas digitais moldam e controlam nossa rotina, evidenciando a magnitude da transformação provocada pela revolução tecnológica.

Um exemplo dessa transformação pode ser visto no documento "Economia da Informação 2017: Digitalização, Comércio e Desenvolvimento", elaborado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) apontou que o Brasil tinha 120 milhões de usuários de Internet em 2015, sendo o quarto país com maior número absoluto de usuários de Internet (ONU, 2017). Atualmente, o Brasil conta com 177,01 milhões de usuários de internet e, apesar de alguns ainda enfrentarem dificuldades de acesso, a conectividade móvel permite que mais de 94% da população online brasileira use a internet diariamente (Statista, 2024).

A República Dominicana ocupa a 82ª posição no Índice Global de Governo Digital das Nações Unidas, evidenciando um notável crescimento de 51% entre 2014 e 2020 (UNESCO, 2024). O país conta com várias plataformas e ferramentas com as quais pode acelerar sua transformação digital cidadã em vários setores, como a saúde, com plataformas de consulta on-line como *Doctari*; e no atendimento ao cliente com plataformas *chatbot* como *Hey Now* e plataformas multi-experiência como *uContact* e *Avaya*, tecnologias que também são perfeitamente aplicáveis ao modelo de educação virtual a ser implementado pelo Ministério da Educação (CDN, 2024).

Com a inserção massiva de dados pessoais na internet, surge a necessidade premente de um tratamento adequado dessas informações, com a devida proteção e responsabilidade pelo seu manejo, para garantir a observância dos direitos fundamentais dos usuários, inclusive após o seu falecimento. As informações fornecidas nas plataformas digitais são armazenadas em bancos de dados públicos e privados e seu uso indevido ou não autorizado pode resultar em graves consequências, como danos à reputação individual e manipulação de informações. Quanto a isso, questiona-se se existe algum aspecto da personalidade *post mortem* que deveria continuar protegido pelo direito, bem como se os dados digitais

podem ser transmitidos como parte de uma herança ou qual é a legitimidade dos herdeiros para reivindicar a proteção e o acesso aos dados pessoais do falecido?

Para abordar essas questões, é fundamental entender o que são dados pessoais, assim como a forma pela qual sua proteção é atualmente regulamentada no sistema jurídico. Além disso, é necessário examinar a possibilidade de transmissão sucessória desses dados, considerando as especificidades e implicações legais envolvidas. Em um mundo no qual a digitalização é crescente, o destino das informações pessoais de um indivíduo após seu falecimento exige uma reflexão profunda, alinhada a pressupostos fundamentais.

## 2 PROTEÇÃO E REGULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Pérez (2021) define dados pessoais como qualquer informação relativa a pessoas singulares identificadas ou identificáveis, que pode ser utilizada para criar um perfil dessas pessoas. Dessa forma, nem toda informação pode ser considerada de natureza pessoal, mas apenas aquela que possa ser associada a uma pessoa específica. Como consequência disso, o autor defende que o direito à proteção dos dados pessoais visa garantir a cada indivíduo a capacidade de controlar o tratamento dos seus dados e impor obrigações àqueles que os processam.

Apesar das recomendações e diretrizes elaboradas por organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), o Fórum de Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC), a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e, regionalmente, a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados[3], a América Latina ainda enfrenta um panorama fragmentado e desatualizado. As normativas nacionais prevalecem e não acompanham a rápida evolução digital.

3 Vide, por exemplo, da Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, o documento "*Directrices para la armonización de la protección de datos en la comunidad iberoamericana*" (REDIPD, 2007).

Segundo Pérez (2020), o nível de desenvolvimento econômico, social e cultural de cada país condiciona o alcance da proteção dos direitos fundamentais. Ele observa que, quanto maior o desenvolvimento, maior o nível de proteção. Essa relação entre desenvolvimento e proteção é especialmente evidente na garantia de direitos fundamentais ao longo da história. Tradicionalmente, direitos como a privacidade, intimidade, inviolabilidade de domicílio e segredo das comunicações são reconhecidos e protegidos constitucionalmente. No entanto, com o avanço das novas tecnologias, muitos países passaram a incorporar em suas legislações a proteção de dados pessoais e o habeas data, visando assegurar essa tutela.

A República Dominicana incluiu a proteção de dados pessoais na Constituição em 2010. No entanto, antes disso, o termo "dados" ou "dados pessoais" já havia sido reconhecido na legislação doméstica, na Lei Geral de Telecomunicações, nº 153, de 1998. O artigo quinto determina que "as comunicações, as informações e os dados transmitidos por meio de serviços de telecomunicações são secretos e invioláveis" (República Dominicana, 1998). A Lei sobre o Comércio Eletrônico, Documentos e Assinaturas Digitais especificou que o termo "dados" se refere a qualquer informação gerada, enviada, recebida, armazenada ou comunicada por meios eletrônicos, ópticos ou similares (República Dominicana, 2002). Além disso, a Lei sobre Livre Acesso à Informação Pública, nº 200-04, incorporou a proteção de dados pessoais como um limite ao acesso à informação pública, permitindo a liberação dessas informações apenas com o consentimento expresso e inequívoco do titular (República Dominicana, 2004).

A primeira definição concreta de "dados de caráter pessoal" na República Dominicana foi estabelecida em 2006, sendo qualquer informação concernente a pessoas naturais identificadas ou identificáveis (INDOTEL, 2006). Porém, somente em 2010, a proteção de dados pessoais foi formalmente reconhecida como um direito autônomo na nova Constituição do país, promulgada em 26 de janeiro daquele ano. O artigo 44.2 da Constituição estabeleceu que:

> Toda pessoa tem o direito de acessar a informação e os dados que sobre ela ou seus bens estejam nos registros oficiais ou privados, bem como conhecer o destino e o uso que se faz dos mesmos, com as limitações estabelecidas por lei. O tratamento dos dados e informações pessoais ou de seus bens deverá ser feito respeitando os princípios de qualidade, licitude, lealdade, segurança e finalidade. Poderá solicitar à autoridade judicial competente a atualização, oposição ao tratamento, retificação ou destruição daquelas informações que afetem ilicitamente seus direitos (República Dominicana, 2010).

Considerando que a proteção de dados envolve a possibilidade de solicitar a modificação, exclusão ou atualização de informações, o *habeas data* foi instituído como uma tutela judicial específica para garanti-la. Como resultado, em 2013, foi promulgada a Lei Orgânica de Proteção de Dados Pessoais Dominicana, nº 172-13, que estabeleceu o procedimento judicial aplicável para exercer o *habeas data* como garantia de proteção desse direito (República Dominicana, 2013).

No Brasil, o direito à privacidade é garantido constitucionalmente. A Constituição Federal de 1988 consagra a inviolabilidade da intimidade e da vida privada no rol de direitos e garantias fundamentais, conforme seu artigo 5°, inciso X (Brasil, 1988).

No Brasil, a proteção à privacidade é igualmente garantida pela Constituição Federal de 1988, que consagra, em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (Brasil, 1988). Conforme Sarlet (2008), os Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988 formam "um conjunto complexo e extremamente heterogêneo de posições jurídicas", que vão desde direitos de resistência perante o Estado até o exercício democrático plural. Essa diversidade de direitos visa garantir "os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana" (Bonavides, 2010).

Para Bonavides (2010), os direitos fundamentais são essenciais para assegurar a dignidade humana, e esse valor está profundamente enraizado na própria estrutura do Estado Democrático de Direito. A

dignidade humana, elevada a fundamento constitucional, é o principal valor que sustenta todas as situações jurídicas, incluindo as de Direito Privado. Esse reconhecimento, como destaca Mulholland (2014), reflete uma escolha sócio-cultural e jurídica por uma sociedade solidária e justa, que proporciona o livre desenvolvimento pessoal de seus cidadãos.

Com a Emenda Constitucional nº 115, de 2022, o Brasil formalizou a proteção dos dados pessoais como um direito fundamental autônomo. O inciso LXXIX do artigo 5º da Constituição agora garante expressamente o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Além disso, o artigo 21, inciso XXVI, estabelece que compete à União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei (Brasil, 2022). Essa inclusão veio consolidar um direito já contemplado indiretamente pela Constituição, mas que, até então, carecia de expressa menção.

Como destaca Rodotà (2008), a proteção de dados não é apenas uma questão de sigilo ou privacidade, mas também um instrumento essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A proteção de dados pode ser vista como a soma de direitos que configuram a cidadania do novo milênio, especialmente em um cenário digital em rápida expansão. A Constituição Brasileira, portanto, agora inclui explicitamente a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, reforçando a necessidade de sua tutela.

Apesar do avanço constitucional, o Brasil foi a última democracia da América Latina a implementar um marco regulatório específico para a proteção de dados pessoais. Em 2014, a necessidade de regulamentar o uso da internet levou à sanção da Lei nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país, com especial ênfase na proteção da privacidade e dos dados pessoais (Brasil, 2014). No entanto, a regulamentação efetiva foi consolidada apenas em 2018, com a promulgação da Lei nº 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que estabeleceu normas abrangentes para o tratamento de dados pessoais

em ambientes digitais e físicos, definindo parâmetros claros de proteção (Brasil, 2018), à luz dos princípios constitucionais elencados na Constituição Federal de 1988.

A LGPD, em seu artigo 5º, inciso X, define "tratamento" como qualquer operação realizada com dados pessoais, abrangendo ações como coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (Brasil, 2018). Essa definição amplia o escopo de proteção, regulamentando o processamento de dados pessoais em diversas situações, a fim de garantir maior privacidade e segurança aos titulares desses dados.

## 3 LIMITES E PERSPECTIVAS DA TRANSMISSÃO DA HERANÇA DIGITAL

Dado o contexto jurídico atual, a proteção dos dados pessoais está razoavelmente garantida em vida. No entanto, surge a necessidade de discutir a possibilidade de transmissão sucessória desses dados, considerando as especificidades e implicações legais envolvidas.

Os dados digitais sobrevivem aos seus titulares, criando uma situação em que a "morte digital" nunca é verdadeiramente absoluta. Isso levanta um dilema importante: o que acontece quando os familiares ou herdeiros do falecido desejam acessar o conteúdo desses dados?

### 3.1 Perspectiva jurídica brasileira

A promulgação da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) marcou um avanço significativo na proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e no livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. No entanto, uma importante oportunidade foi perdida: a de regular a proteção de dados pessoais de titulares falecidos. A LGPD, em seu texto atual, não aborda o tratamento de dados pessoais de indivíduos que já faleceram.

Essa lacuna legal no Brasil gera uma série de questionamentos sobre a herança digital, especialmente em relação à titularidade dos dados pessoais que a compõem e à proteção desses dados após o falecimento. Uma vez esclarecidas essas incertezas, surge a necessidade de discutir o alcance de uma possível tutela legal. É importante lembrar que, mesmo após a morte dos titulares, seus dados pessoais continuam sendo processados por diversos controladores, como órgãos e serviços públicos e empresas com as quais mantinham relações jurídicas. Esses dados, inclusive, podem ser expostos publicamente em aplicativos e redes sociais.

Para tentar responder a essas questões, pode-se recorrer à regra geral do Código Civil, cujo artigo 6º estabelece que a existência da pessoa natural termina com a morte, momento em que o indivíduo deixa de ser sujeito de direitos e obrigações (Brasil, 2002). Isso resulta, por norma, na extinção dos direitos e obrigações de natureza personalíssima e na transmissão aos sucessores dos direitos de natureza não personalíssima, especialmente os de caráter patrimonial. Em outras palavras, a personalidade da pessoa se extingue com a morte, sendo por definição intransmissível, mas seus bens e direitos permanecem.

Essa interpretação é corroborada pelos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil, que legitimam o cônjuge, ascendentes ou descendentes a defender os direitos de personalidade do falecido, como sua honra, boa fama e respeitabilidade, bem como a exploração comercial de sua imagem, voz e escritos.

No sistema brasileiro de tutela dos direitos autorais, a proteção jurídica adquire duplo aspecto – pessoal e patrimonial. Há, assim, dois direitos – um extrapatrimonial, reconhecido como direito moral do autor sobre sua obra, e um patrimonial, que, em contraposição com o primeiro, é disponível (Figueiredo, 2016). Lógica similar pode ser aplicada nesses casos, na medida em que, embora os direitos da personalidade sejam intransmissíveis, não se pode negar que os efeitos patrimoniais decorrentes da repercussão econômica de tais direitos são transmissíveis aos herdeiros (Fachin, 2013).

Nesse sentido, Leal (2018, p. 194) esclarece que:

> [...] não há transmissão *post mortem* dos direitos da personalidade no direito brasileiro, e sim a tutela de um centro de interesses relacionado à personalidade, considerada valor, que pode se operar até mesmo em face de uma violação perpetrada pelos familiares do de cujus.

Leal (2018, p. 194) reforça que "os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspectos existenciais do de cujus". A proposta de transmissão automática das contas digitais do falecido aos herdeiros, portanto, "esbarra na proteção de interesses existenciais", os quais continuam a receber tutela jurídica mesmo após a morte do titular. No entanto, a autora diferencia os conteúdos com caráter patrimonial, como dados vinculados a transações financeiras ou senhas de acesso bancário, que poderiam ser transferidos aos herdeiros, pois se inserem na esfera da patrimonialidade e, assim, passam a ser administrados pelos sucessores.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu, em diversas ocasiões, a legitimidade dos herdeiros para pleitear indenização por danos à honra e à imagem do falecido, uma vez que tais atributos permanecem "perenemente lembrados nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta" (Brasil, 2006).

Em um cenário de crescente debate judicial, a jurisprudência brasileira apresenta decisões divergentes quanto ao tratamento dos bens digitais e à proteção dos dados pessoais *post mortem*. Um dos primeiros casos significativos ocorreu em 2013, no processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110, julgado em Campo Grande/MS, onde o direito da família de excluir o perfil da falecida em redes sociais foi reconhecido, priorizando o sofrimento emocional da família e a preservação da memória (Brasil, 2013). Em contrapartida, no processo n.º 1119688-66.2019.8.26.0100, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão de não reativar o perfil de uma usuária falecida no Facebook, com base

no respeito à privacidade da falecida em vida, seguindo os termos de uso da plataforma (Brasil, 2021).

Além disso, no processo n.º 002337592.2017.8.13.0520, julgado em Minas Gerais, o Juiz Manoel Jorge de Matos Junior negou o acesso de uma mãe aos dados do *iCloud* de sua filha falecida, com base na proteção constitucional da privacidade e do sigilo das comunicações, garantida pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal (Brasil, 2018). A decisão enfatizou que o falecimento da titular não elimina a proteção de sua privacidade, e que a mãe não poderia acessar os dados pessoais sem violar esses direitos.

No processo n.º 5001924-62.2020.8.21.013, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, os desembargadores da 7ª Câmara Cível mantiveram a decisão de primeira instância que indeferiu o pedido de uma mãe para acessar os dados do celular de seu filho falecido (Brasil, 2020). O relator, Desembargador Roberto Lorea, reforçou que permitir o acesso irrestrito às contas e dados do falecido violaria tanto o direito à privacidade dele quanto o de terceiros com quem ele se comunicou, criando uma "devassa injustificada" na vida do falecido. A decisão destacou que o ordenamento jurídico brasileiro protege a privacidade do falecido, mesmo após sua morte, especialmente nos casos em que a comunicação envolve outras pessoas.

No entanto, uma decisão mais recente, no processo n.º 1020052-31.2021.8.26.0562, em Santos/SP, foi favorável ao acesso de um pai aos arquivos armazenados na nuvem de seu filho falecido (Brasil, 2021). O juiz Guilherme de Macedo Soares permitiu a transferência da titularidade da conta Apple ID para o pai, com base no forte interesse emocional e no valor sentimental dos arquivos, como fotos e vídeos. O magistrado observou que, embora o acesso aos arquivos fosse permitido, os dados de terceiros continuavam protegidos e só poderiam ser acessados mediante ordem judicial, conforme previsto na Lei n.º 12.965/2014.

Esses exemplos demonstram a falta de uniformidade nas decisões judiciais envolvendo herança digital no Brasil. A jurisprudência oscila entre a preservação da privacidade do falecido e o reconhecimento

do direito dos herdeiros de acessar os bens digitais, criando um ambiente de insegurança jurídica. Isso revela a urgência de uma regulamentação clara e específica para a herança digital, capaz de conciliar a proteção da intimidade com os direitos patrimoniais, assegurando previsibilidade e segurança às famílias e aos operadores do direito.

Ainda persistem diversas dúvidas quanto ao tratamento *post mortem* de dados pessoais e aos direitos e obrigações relacionados à herança digital. Essas incertezas exigem iniciativas legislativas e regulatórias que eliminem a insegurança jurídica atualmente existente.

## 3.1 Perspectiva jurídica dominicana

O Tribunal Constitucional da República Dominicana, na decisão TC/0653/16, abordou essa questão de maneira geral, ao afirmar que "os sucessores têm o direito de acessar os dados de pessoas falecidas que se encontram em bancos de dados". Esse entendimento foi aplicado no julgamento do recurso de revisão constitucional de *habeas data* interposto por Juan José Taveras Colón contra a sentença n.º 00879/2015, que havia inicialmente rejeitado sua solicitação de acesso às informações sobre os bens de seu falecido pai.

A decisão original foi baseada na premissa de que os dados solicitados pertenciam a outra pessoa e, portanto, não poderiam ser acessados pelo reclamante. Contudo, o Tribunal Constitucional reavaliou a situação, reconhecendo que a legislação, em especial a Lei n.º 172-13, concede ao sucessor legitimidade para solicitar informações patrimoniais de um falecido.

O Tribunal decidiu que o direito à informação não se limita a dados pessoais, mas pode incluir dados patrimoniais relevantes aos herdeiros. Como resultado, a decisão anterior foi revertida, sendo determinada a entrega da certificação solicitada pelo reclamante. O tribunal destacou a importância do *habeas data* como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais (República Dominicana, 2016).

Segundo Pérez (2021), a herança não inclui bens não patrimoniais ou atos relacionados aos direitos da personalidade, como honra e privacidade. Já a Lei n.º 65-00 sobre Direitos Autorais estabelece que direitos morais sobre criações intelectuais também não fazem parte da herança (República Dominicana, 2010).

Assim, os sucessores podem apenas iniciar processos que o falecido poderia ter promovido em vida. No entanto, as consequências patrimoniais desses direitos, como a busca por indenização por danos ou a exploração de obras publicadas, podem ser herdadas. Agora, devemos considerar a existência de dados pessoais armazenados em diferentes meios, tanto físicos quanto digitais, e as complexidades legais que isso acarreta.

No caso de dados pessoais armazenados em suportes físicos, como celulares e computadores, é comum que esses dispositivos estejam na posse dos herdeiros, que podem ter acesso aos dados se conhecem as senhas ou métodos de desbloqueio. A propriedade dos dados, neste contexto, muitas vezes se confunde com a propriedade do dispositivo em si, e os dados tendem a seguir o destino do objeto. No entanto, a posse dos dados não implica em liberdade total para decidir sobre o seu uso. Qualquer ação envolvendo esses dados deve considerar cuidadosamente o impacto na privacidade, imagem e reputação do falecido.

Os herdeiros têm o direito de proteger a imagem do falecido, mas não podem utilizá-la de maneira que altere a percepção pública da pessoa ou que prejudique sua memória. A honra, a intimidade e a imagem do falecido não são transmitidas como parte da herança, mas cabe aos herdeiros zelar por esses aspectos após a morte. Nesse sentido, a Lei n.º 192-19, reforça o respeito à imagem do falecido e prevê ações legais para o caso de desrespeito a essa proteção (República Dominicana, 2019).

Em relação aos dados pessoais armazenados em plataformas digitais, como redes sociais, a situação é mais complexa. Inicialmente, pode-se supor que a titularidade desses dados pertence a quem possui as chaves de acesso, como senhas e logins. A Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 10, concede aos sucessores universais do falecido o

direito de acessar informações e dados que estejam registrados em bancos de dados oficiais ou privados e de conhecer o destino e o uso desses dados (República Dominicana, 2013).

Contudo, há uma contradição notável na legislação: o artigo 4.3 do mesmo texto legal estipula que o regime de proteção de dados pessoais não se aplica a arquivos de dados de pessoas falecidas. Isso cria uma situação conflituosa, na qual o direito de acesso concedido aos sucessores pelo artigo 10 é, em certa medida, negado pelo artigo 4.3, que exclui os dados de falecidos da proteção estabelecida (República Dominicana, 2013).

Essa contradição limita significativamente a capacidade dos sucessores de acessar dados pessoais do falecido. Os direitos relacionados à proteção de dados pessoais, como o acesso, a retificação, o cancelamento ou supressão, a oposição, a portabilidade, o esquecimento e a limitação ao tratamento, não são automaticamente transmitidos após a morte. Isso significa que os sucessores não herdam o direito de acessar esses dados, a menos que circunstâncias específicas permitam tal acesso. Essas circunstâncias podem incluir, por exemplo, políticas contratuais estabelecidas pelos provedores de serviços digitais, que não prevejam a extinção dos dados após a morte do titular, ou a ausência de uma decisão clara do falecido quanto ao destino de seus dados pessoais. Quando o falecido não deixou instruções específicas em vida sobre quem pode acessar seus dados ou como eles devem ser tratados, a legislação atual não oferece mecanismos claros para resolver essas situações.

Adicionalmente, a legislação dominicana não estabelece medidas específicas sobre a conservação, eliminação ou comunicação dos dados pessoais de falecidos. O artigo 40.1 da Lei Geral de Proteção de Dados afirma que os direitos reconhecidos sobre proteção de dados se extinguem com a morte, mas podem ser mantidos provisoriamente em certas situações (República Dominicana, 2013).

Isso significa que os direitos como acesso e supressão não são transmitidos automaticamente aos herdeiros, que, em princípio, não podem exercer esses direitos em nome do falecido. A norma reflete a

natureza intransmissível dos direitos da personalidade, como os relacionados à proteção de dados pessoais, e reconhece que tais direitos, assim como os demais direitos da personalidade, não são transmitidos *mortis causa* (Morón, 2018).

Portanto, na ausência de uma indicação expressa do falecido, a legislação dominicana permite apenas o acesso ao catálogo de bens digitais do falecido, sem conceder pleno direito sobre os dados em si. Se os termos e condições de uso das plataformas digitais não permitem o acesso ou disposição dos bens digitais, a vontade expressa pelo falecido em vida pode prevalecer sobre essas políticas. Se o falecido manifestou a intenção de compartilhar ou ceder seus dados, por exemplo, essa vontade pode ser considerada válida, desde que não haja uma incompatibilidade absoluta com as políticas da plataforma ou com a legislação vigente.

## 4 PERSPECTIVAS FUTURAS: PROJETO DE REVISÃO E ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Diante do contexto de transformação digital e das complexidades envolvidas na proteção de dados pessoais, tanto em vida quanto após a morte, o Brasil se encontra em um momento crucial de revisão legislativa. Em 4 de setembro de 2023, foi instalada a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil Brasileiro, visando apresentar um anteprojeto de lei para a modernização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Brasil, 2023). Esse movimento reflete a necessidade de adaptação das normas jurídicas às novas realidades digitais, que envolvem, entre outros aspectos, a herança digital e a proteção de dados pessoais.

A minuta de texto final ao anteprojeto, apresentada em 26 de fevereiro de 2024, traz inovações significativas, especialmente no campo do Direito das Sucessões. Entre as principais propostas está a inclusão dos artigos 1.791-A, 1.791-B e 1.791-C, que visam definir os bens digitais que compõem a herança, estabelecer os limites de sua transmissão hereditária e regularizar as situações jurídicas que envolvem esses ativos tanto no

inventário judicial quanto no extrajudicial (Brasil, 2024). Essa iniciativa é particularmente relevante em um momento em que o valor dos bens digitais cresce exponencialmente, seja por seu valor econômico, seja por seu valor existencial.

O artigo 1.791-A, por exemplo, tem em vista estabelecer que os bens digitais do falecido, quando tiverem valor econômico apreciável, devem ser considerados parte da herança (Brasil, 2024). Essa inclusão demonstra uma importante evolução no reconhecimento dos bens digitais como patrimônio intangível que merece ser protegido e transmitido aos herdeiros. Além disso, o artigo distingue claramente entre bens digitais de natureza econômica e aqueles de caráter puramente existencial, os quais não são passíveis de transmissão hereditária. Esta diferenciação é crucial para evitar que direitos da personalidade, como privacidade e honra, sejam confundidos com bens patrimoniais.

Adicionalmente, o último parágrafo do artigo 1.791-A estabelece a nulidade de cláusulas contratuais que restrinjam os direitos da pessoa sobre a disposição de seus dados, salvo aqueles que, por sua natureza, estrutura e função, tiverem limites de uso, fruição ou disposição (Brasil, 2024). Esta iniciativa busca combater tentativas de plataformas de tratar bens digitais como pessoais e impedir sua transmissão hereditária. Atualmente, diante da inexistência de regulamentação específica, verifica-se, em larga escala, a tentativa por parte das plataformas de enquadrar situações jurídicas como personalíssimas, de modo a justificar o afastamento da transmissão hereditária.[4] Essa abordagem destaca a importância de uma regulamentação específica que reconheça e proteja os direitos dos herdeiros sobre bens digitais.

Outro avanço significativo é a proposta de alteração do artigo 1.881, que trata do codicilo, admitindo que disposições sobre bens digitais, como vídeos, fotos, livros digitais e senhas de redes sociais, possam ser

4 Exemplos incluem milhas aéreas e itens de jogos online, como ilustrado pela decisão da Terceira Turma do STJ no REsp. 1.878.65/SP, que validou a cláusula de um programa de milhagem que proíbe a transferência dos pontos bônus por ato *causa mortis*, por considerar a obrigação como *intuito personae*.

feitas não apenas por escrito, mas também por meio de gravação audiovisual (Brasil, 2024). Essa flexibilização atende à necessidade de adaptação dos instrumentos tradicionais de planejamento sucessório às novas realidades digitais, facilitando o processo de disposição de bens digitais pelo testador.

A proposta também inclui o artigo 1.918-A, que regula o legado de bens digitais, permitindo que o testador determine a transmissão de dados de acesso a contas de internet, perfis de redes sociais, canais de vídeos, entre outros (Brasil, 2024). A criação da figura do administrador digital, prevista nesse mesmo artigo, permite que esses bens sejam administrados de forma eficaz até a conclusão do processo de partilha, assegurando a continuidade da gestão dos bens digitais e a proteção dos interesses dos herdeiros.

Além disso, o artigo 1.791-B introduz restrições ao acesso dos herdeiros às mensagens privadas do falecido, preservando o sigilo das comunicações, salvo disposição expressa em testamento ou autorização judicial (Brasil, 2024). Essa medida é essencial para garantir que a privacidade do falecido e a de terceiros seja respeitada, evitando a exposição indevida de informações pessoais.

A proposta de revisão do Código Civil, ao incluir essas disposições, sinaliza uma tendência de regulamentação mais abrangente e adaptada às necessidades da era digital, assegurando que tanto os bens digitais de valor econômico quanto os direitos de personalidade sejam protegidos e transmitidos de acordo com princípios jurídicos contemporâneos. Embora ainda haja um longo caminho até a aprovação final dessas reformas, a iniciativa demonstra um esforço significativo em alinhar o direito sucessório brasileiro às exigências de um mundo cada vez mais digital, oferecendo maior segurança jurídica e proteção aos cidadãos.

## 5 CONCLUSÃO

A análise das abordagens jurídicas brasileira e dominicana sobre a herança digital e a proteção de dados pessoais após a morte revelou que

ambos os países enfrentam desafios significativos quanto à regulamentação dessa questão emergente. A legislação de ambos os sistemas ainda não apresenta soluções adequadas para garantir a segurança jurídica tanto no que tange à preservação dos direitos de privacidade do falecido quanto à transmissão dos bens digitais aos herdeiros.

No Brasil, a ausência de disposições claras na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em relação aos dados de pessoas falecidas, somada à falta de uma regulamentação específica sobre a herança digital no Código Civil, gera decisões judiciais díspares e um cenário de incerteza. A jurisprudência, ao lidar com casos concretos, oscila entre a proteção da privacidade post mortem e os direitos sucessórios, sem uma diretriz uniforme. As recentes propostas de reforma do Código Civil, que visam incluir dispositivos específicos sobre a herança digital, oferecem uma perspectiva promissora, mas ainda carecem de efetiva implementação e aceitação no ordenamento jurídico.

Na República Dominicana, a legislação atual reconhece o direito dos sucessores de acessar dados patrimoniais dos falecidos, mas a exclusão expressa da proteção de dados pessoais cria um vazio jurídico significativo. Embora decisões judiciais, como as do Tribunal Constitucional, tenham buscado interpretar a legislação de maneira a ampliar o acesso a dados de falecidos, essas interpretações ainda enfrentam limites, já que a legislação vigente não oferece mecanismos abrangentes para lidar com a herança digital de forma completa e coerente.

Esses resultados apontam para a necessidade de maior clareza legislativa nos dois países, especialmente em face da rápida digitalização das relações patrimoniais. A falta de normas específicas não apenas coloca em risco os direitos dos herdeiros, mas também compromete a proteção da privacidade do falecido, refletindo uma insuficiência dos atuais sistemas jurídicos para lidar com as complexidades da era digital.

Portanto, a pesquisa conclui que tanto no Brasil quanto na República Dominicana, a ausência de regulamentação específica e o tratamento jurídico incipiente da herança digital expõem uma lacuna que

precisa ser preenchida para garantir um equilíbrio eficaz entre os direitos sucessórios e a proteção da privacidade, atendendo às demandas da sociedade contemporânea.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2024].

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Ato do Presidente do Senado Federal n. 11, de 2023**. Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: 04 set. 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721. Acesso em: 09 agosto 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. **Relatório apresentado pelos relatores-gerais no dia 26/02/2024 (7ª reunião da CJCODCIVIL)**: Minuta de texto final ao anteprojeto, conforme art. 10, 52 do regulamento da comissão. Brasília, DF: 26 fev. 2024. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2630&tp=4. Acesso em: 09 agosto 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.878.651/SP**. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Diário de Justiça Eletrônico: DJe 3493, p. 1, 07 out. 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 521.697/RJ**. (2003/0053354-3). Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Diário de Justiça Eletrônico: DJe 2932, p. 1, 20 mar. 2006. Disponível em: https://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=521697&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1. Acesso em: 19 jul. 2024.

CDN. **Isbel promueve la transformación digital ciudadana en República Dominicana**. 07 set. 2020. Disponível em: https://cdn.com.do/nacionales/isbel-promueve-la-transformacion-digital-ciudadana-en-republica-dominicana/. Acesso em: 31 jul. 2024.

Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL). **Resolución núm. 055-06**, de 23 de março de 2006. Disponível em: https://indotel.gob.do/wp-content/uploads/2022/10/resolucion-no-055-06.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007. Disponível em: https://shre.ink/b5sk. Acesso em: 28 abr. 2024.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de autor**: proteção e disposição extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

G1. **Primeiro computador pessoal da IBM completa 30 anos**. 12 ago. 2011. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/08/primeiro-computador-pessoal-da-ibm-completa-30-anos.html. Acesso em: 31 jul. 2024.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. 1ª Vara do Juizado Especial Central da Comarca de Campo Grande. **Processo cível n. 0001007-27.2013.8.12.0110**. Juíza Vania de Paula Arantes. 19 de março de 2013. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf. Acesso em: 13 set. 2023.

MINAS GERAIS. Comarca de Pompeu. **Processo n. 0023375-92.2017.8.13.0520**. Autora: Marilei Maciel de Campos. Réu: Apple Computer Brasil Ltda. Julgado em 08/06/2018. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento.jsp?comrCodigo=520&numero=1&listaProcessos=17002337. Acesso em: 13 set. 2023.

MORÓN, María José Santos. La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado. **Cuadernos De Derecho Transnacional**, v. 10, n. 1, p. 413-438, 8 mar. 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], v. 19, n. 3, p. 159–180, 2018. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603. Acesso em: 31 jul. 2024.

ONU. **Brasil é o quarto país com mais usuários de Internet do mundo, diz relatório da ONU**. 03 out 2017. Disponível em: https://shre.ink/b5s2. Acesso em: 31 jul. 2024.

PÉREZ, Pascal Peña. El derecho a la muerte digital y la protección post mortem de los datos personales: nuevas prerrogativas aplicables al ecosistema digital. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, [S. l.], v. 71, n. 280-2, p. 733–752, 2021. Disponível em: https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/77064. Acesso em: 31 jul. 2024.

PÉREZ, Pascal Peña. La protección de los datos personales como derecho fundamental: su autonomía y vigencia propia en el ordenamiento jurídico estatal. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, [S. l.], v. 70, n. 278-2, p. 915–936, 2020. Disponível em: https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/77065. Acesso em: 31 jul. 2024.

REDE Ibero-Americana de Proteção de Dados (REDIPD). **Directrices para la armonización de la protección de datos en la comunidad iberoamericana.** 2007. Disponível em: https://www.redipd.org/sites/default/files/2020-01/directrices_armonizacion_iberoamerica_seminario_2007.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Constitución de la República Dominicana**, proclamada el 26 de enero. Publicada en la Gaceta Oficial No. 10561, del 26 de enero de 2010. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/

sit_accion_files/constitucion_de_la_republica_dominicana_version_2010.pdf. Acesso em: 10 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley n.º 192-19 sobre Protección de la Imagen, Honor e Intimidad Familiar Vinculados a Personas Fallecidas y Accidentadas**, del 24 de junio de 2019. Disponível em: https://observatoriojusticiaygenero.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/normativas/NOR_LE192_2019.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley General de Telecomunicaciones**, n.º 153-98, de 27 de maio de 1998. Disponível em: https://indotel.gob.do/wp-content/uploads/2022/10/ley-general-de-telecomunicaciones-153-98-d.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley sobre Comercio Electrónico, Documentos y Firmas Digitales**, n.º 126-02, de 29 de setembro de 2002. Disponível em: https://indotel.gob.do/wp-content/uploads/2022/09/exposicion-de-motivos-ley-no-126-02-1.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley General de Libre Acceso a la Información Pública**, n.º 200-04, de 28 de julho de 2004. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dc_leyes_pais_RD_2.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley n.º 172-13**, que tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros públicos, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos destinados a dar informes, sean estos públicos o privados, de 13 de dezembro de 2013. Disponível em: https://migracion.gob.do/wp-content/uploads/2019/10/Ley-172-13-sobre-proteccion-de-datos-personales-de-fecha-13-de-diciembre-de-2013.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA, Tribunal Constitucional, **Sentencia n.º TC/0653/16** del 8 de diciembre de 2016. Disponível em: https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/35039/tc-0653-16_%C3%ADntegra.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

REPÚBLICA DOMINICANA. **Ley n.º 65-00 sobre Derecho de Autor**, del 26 de julio de 2000. Disponível em: https://www.egeda.do/documentos/Ley%20No.65-00%20sobre%20Derecho%20de%20Autor.pdf. Acesso em: 13 jul. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. 7º Câmera Cível. Apelação Cível n. 5001924-62.2020.8.21.013. Rel. Des. Roberto Arriada Lorea. Julgado em 25/11/2020. Disponível em: https://shre.ink/b5sH. Acesso em 13 set. 2023.

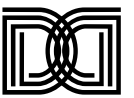
RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÃO PAULO. 2ª Vara Do Juizado Especial Cível da Comarca de Santos. **Processo n. 1020052-31.2021.8.26.0562**. Requerente: Representando João Vitor Duarte Neves. Requerido: Apple Computer Brasil Ltda. Julgado em 07/10/2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/1/98FA45C32CD0EF_decisaoapple2.pdf. Acesso em: 13 set. 2023.

SÃO PAULO. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100**. Rel. Des. Francisco Casconi. Julgado em 09/03/2021. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1179516485/inteiro-teor-1179516507. Acesso em: 13 set. 2023.

STATISTA. **Internet usage in Brazil - Statistics & Facts**. 16 fev. 2024. Disponível em: https://www.statista.com/topics/2045/internet-usage-in-brazil/#topicOverview. Acesso em: 13 jul. 2024.

UNESCO. **Avanço da governança digital por meio de políticas baseadas em evidências na América Latina e no Caribe**. 05 fev. 2024. Disponível em: https://www.unesco.org/pt/articles/avanco-da-governanca-digital-por-meio-de-politicas-baseadas-em-evidencias-na-america-latina-e-no. Acesso em: 13 jul. 2024.



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)