

Valesca Raizer Borges Moschen
Paula Maria All
Tiago Figueiredo Gonçalves
Cláudio Iannotti da Rocha
(organizadores)



GÊNERO, TECNOLOGIA E PROCESSO

Fronteiras em debate

GÊNERO, TECNOLOGIA E PROCESSO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

PAULA MARIA ALL

TIAGO FIGUEIREDO GONÇALVES

CLÁUDIO IANNOTTI DA ROCHA

(ORGANIZADORES)

GÊNERO, TECNOLOGIA E PROCESSO:

FRONTEIRAS EM DEBATE



© 2025 Antíteses

Todos os direitos reservados. A reprodução de qualquer parte da obra, por qualquer meio, sem autorização da editora, constitui violação da LDA nº 9.610/98.

Conselho editorial

Catarina Cecin Gazele, Universidade Federal do Espírito Santo
Daniela Trejos Vargas, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Diana Marcos Francisco, Universidad Católica de Valencia (España)
Douglas Admiral Louzada, Universidade Federal do Espírito Santo
Fernando Meinero, Universidade Federal do Pampa
Flávia Pereira Hill, Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Flora Gaspar da Silva, Universidade Federal do Espírito Santo
Guillermo Palao Moreno, Universidade de Valencia (España)
Inêz Lopes Matos Carneiro de Farias, Universidade de Brasília
Isabela Tonon da Costa Dondone, Universidade Federal do Espírito Santo
Ketilly Christine Boecke da Silva, Universidade Federal do Espírito Santo
Marilda Rosado de Sá Ribeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Martha Lucía Olivar Jimenez, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Paula Maria All, Universidad del Litoral Santa Fé (Argentina)
Rosario Espinosa, Universitat de València (España)
Sebastián Paredes, Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Thiago Gonçalves Paluma Rocha, Universidade Federal de Uberlândia
Valesca Raizer Borges Moschen, Universidade Federal do Espírito Santo

Capa, projeto gráfico e editoração eletrônica
João Carlos Furlani

Revisão
Os autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M895m Gênero, tecnologia e processo: fronteiras em debate / Valesca Raizer Borges Moschen; Paula Maria All; Tiago Figueiredo Gonçalves; Cláudio Iannotti da Rocha (organizadores). Vitória: Antíteses, 2025.

318 p. ; il. ; 23 cm.
Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-83142-08-5

1. Cooperação jurídica internacional 2. Violência de gênero 3. Direito Processual Civil Internacional 4. Resolução de conflitos. 5. Direitos humanos I. Organizadores II. Título.

CDU: 341.9 (343.62)
CDD: 341.77 (364.153)

SUMÁRIO

- 7 Apresentação
 Os organizadores
- 10 Justicia algorítmica con perspectiva de género
 Ana Montesinos García
- 34 Pensar más allá de la territorialidad: la influencia de la
 tecnología *blockchain* en el derecho de la propiedad intelectual
 Rosario María Reyna y Paula María All
- 59 Un reto común de la justicia civil en la Unión Europea y en
 España: las comunicaciones escritas por vía electrónica
 Diana Marcos Francisco
- 83 Un paso imprescindible en la cooperación internacional
 mercosureña: el reconocimiento mutuo de medidas de
 protección para las mujeres en situación de violencia de género
 Paula María All
- 161 O direito internacional como instrumento jurisdiccional de
 combate à violência laboral de gênero
 Claudio Iannotti da Rocha e Laís Lomar de Oliveira
- 185 Cooperação jurídica internacional: as comunicações diretas
 nos casos de subtração internacional de crianças no Brasil
 *Valesca Raizer Borges Moschen, Isabela Tonon da Costa Dondone e
 Ketilley Christine Boecke da Silva*

- Competência concretamente adequada e boa-fé processual:
controle do abuso do *forum shopping*
- 214 *Pothyara Bastos de Araújo, Ketilley Christine Boecke da Silva e
Tiago Figueiredo Gonçalves*
- Além da punição: possíveis contribuições da justiça
restaurativa nos casos que envolvem crimes sexuais
- 230 *Ricardo Gueiros Bernardes Dias, Hian Gualberto e
Amanda Misael Machado*
- A cooperação jurídica entre Brasil e Estados Unidos visando
o combate de crimes cibernéticos contra as mulheres
- 258 *Diego Gomes Dummer, Flora Gaspar da Silva e
Valesca Raizer Borges Moschen*
- A adoção do transporte de técnicas procedimentais pelo
Superior Tribunal de Justiça: uma análise do Recurso Especial
nº. 1.983.478/SP
- 279 *Leticia Roldi Passamani, Roger Gonçalves Saluci e
Tiago Figueiredo Gonçalves*
- Impossibilidade de rediscutir a admissibilidade da ação
monitória por ausência de prova escrita em sede de embargos
monitórios
- 294 *Tiago Figueiredo Gonçalves e Luiz Felipe Martine Dias*

APRESENTAÇÃO

A partir dos debates e apresentações do Seminário Gênero, Tecnologia e Processo: Fronteiras em debate, que ocorreu nos dias 24, 25 e 26 de outubro de 2024, na Universidade Federal do Espírito Santo, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR/UFES), sob coordenação do Grupo de Pesquisa e Extensão Labirinto da Codificação do Processo Civil Internacional (LABCODEX), em colaboração com a Catedra Abierta Latinoamericana de Derecho Internacional Privado, e em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/ES) e a Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ/ES), esta obra se propõe a refletir sobre a interseção entre gênero, tecnologia e processo, que constitui um campo de reflexão essencial para compreender os desafios contemporâneos do Direito em um mundo globalizado e tecnologicamente mediado.

A evolução das inovações tecnológicas, a digitalização dos procedimentos e a ampliação das fronteiras jurisdicionais impõem novas perspectivas sobre os direitos fundamentais, a estrutura do processo e os mecanismos de cooperação jurídica internacional. Este livro se propõe a discutir essas questões a partir de uma abordagem multidisciplinar e comparativa, reunindo pesquisadores de diversas instituições acadêmicas e contextos jurídicos.

A dinâmica entre gênero e tecnologia no Direito revela desafios que vão desde a estruturação dos sistemas de inteligência artificial aplicados à justiça até os impactos da digitalização nos processos jurisdicionais e a cooperação internacional. A crescente adoção de sistemas automatizados levanta questionamentos sobre a imparcialidade, a segurança jurídica e a garantia de direitos fundamentais, exigindo reflexões sobre vieses algorítmicos, desigualdades estruturais e a neces-

cidade de regulamentação adequada. Ao mesmo tempo, a emergência de novas tecnologias, como o blockchain, desafia princípios jurídicos tradicionais, particularmente no campo da propriedade intelectual e da territorialidade dos direitos.

No contexto processual, observa-se uma transformação significativa na forma como os atos jurídicos são conduzidos, com a incorporação crescente da digitalização na tramitação de processos e nas comunicações entre jurisdicionados e tribunais. A cooperação jurídica internacional, por sua vez, torna-se uma ferramenta essencial para a proteção de direitos em um cenário transnacional, especialmente em casos que envolvem subtração internacional de crianças, proteção de vítimas de violência de gênero e mecanismos de solução amistosa em âmbito regional.

Os debates contemporâneos sobre o Direito Processual também envolvem questões cruciais como a escolha abusiva do foro (*forum shopping*), os desafios da competência adequada e os princípios da boa-fé processual. A instrumentalização do processo para fins estratégicos, em detrimento da isonomia e da equidade entre as partes, exige a formulação de critérios claros para o controle da jurisdição e para a prevenção de abusos processuais.

No âmbito dos direitos humanos, a proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade e a incorporação de instrumentos internacionais no ordenamento jurídico interno são temas de relevância crescente. Os acordos de solução amistosa no sistema interamericano demonstram como mecanismos de resolução de conflitos podem ser empregados para garantir a proteção efetiva dos direitos das mulheres e promover políticas de prevenção da violência de gênero. Ademais, a interação entre Direito Internacional e Direito do Trabalho evidencia a necessidade de adoção de normas e protocolos que assegurem um ambiente laboral equitativo, combatendo a discriminação e promovendo a igualdade de gênero.

Ao reunir essas perspectivas, esta obra propõe-se a fomentar um diálogo qualificado sobre os desafios e transformações do Direito

no século XXI. O leitor encontrará aqui um espaço de reflexão crítica e aprofundada, com base em pesquisas sólidas e em experiências comparadas, contribuindo para o desenvolvimento de soluções inovadoras e sustentáveis para as questões emergentes na interface entre gênero, tecnologia e processo.

O seminário e a presente obra são produtos do projeto “Cooperação Jurídica Internacional e o Controle da Violência de Gênero”, vinculado ao Programa Mulheres na Ciência, da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES), sob coordenação da Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen e fruto da pesquisa da área de concentração Justiça, Processo e Constituição e linha de pesquisa Justiça, Constitucionalidade e Tutela dos direitos individuais e coletivos, do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo.

Boa leitura!

Vitória, janeiro de 2025

Os organizadores

JUSTICIA ALGORÍTMICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Ana Montesinos García¹

INTRODUCCIÓN: IA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JUSTICIA

La inteligencia artificial (en adelante, IA²) se ha ido incorporando tímidamente en la Administración de Justicia. Posee la capacidad de generar notables beneficios en términos de eficiencia, eficacia y precisión, pero no se puede obviar que también conlleva riesgos sustanciales para los derechos fundamentales. Precisamente a sus peligros y bondades dedicamos este trabajo, en el que vamos a analizar ambas vertientes desde una perspectiva de género.

Para ello, partiremos de una doble premisa. Por un lado, la IA comienza, aunque todavía de manera incipiente, a instaurarse en la Administración de Justicia. Distintas herramientas computaciona-

1 Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universitat de València y codirectora del Máster en Derecho y violencia de género de la misma Universidad. Investigadora principal del Proyecto “Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género”, PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

2 Aunque somos conocedoras de que no todos los softwares son IA, vamos a utilizar el término IA en sentido amplio, sin ajustarnos a la definición del Reglamento europeo de IA, que es mucho más estricta “Sistema de IA: un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía, que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar información de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales” (art. 3.1).

les, sistemas algorítmicos y softwares informáticos de última generación empiezan a utilizarse para cumplir múltiples objetivos. Desde simples tareas instrumentales de gestión procesal, burocráticas, organizativas y rutinarias (donde inicialmente se han implantado), hasta otras funcionales de mayor complejidad. Entre estas últimas, cabría distinguir aquellas herramientas asistenciales o colaboradoras, de aquellas otras que directamente ofrecen la solución.

Por otro lado, se aboga por la incorporación de la perspectiva de género en la Justicia en aras de remover los obstáculos que dificultan la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres³. Se interpela así a los operadores jurídicos a aplicar la perspectiva de género. De ahí que, como defiende Barona, “una de las claves de desarrollo de la Justicia en el siglo XXI es indudablemente la feminización de la misma”.⁴

Nos encaminamos, por consiguiente, hacia un modelo de Justicia cada vez más digital y algorítmico, cuya transformación debe necesariamente llevarse a cabo desde un enfoque de género, pues solo así podrá garantizarse la igualdad consagrada en las Constituciones de los diferentes países. Sin embargo, la intersección entre la perspectiva de género, la inteligencia artificial y la Justicia, todavía está en ciernes,⁵ por lo que deviene imperativo adoptar medidas y precauciones para prevenir un impacto indeseado sobre los derechos fundamentales, especialmente sobre los derechos a la no discriminación e igualdad.

3 Puede definirse la perspectiva de género como un mecanismo o metodología que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación y la desigualdad en el trato entre hombres y mujeres en aras a implementar acciones positivas con el ánimo de avanzar y alcanzar la tan anhelada igualdad material. *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, Unidad de coordinación de violencia sobre la mujer de la FGE, diciembre 2020.

4 BARONA, S. La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia. In: AAVV. *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 32.

5 NAVAS, S. La perspectiva de género en la inteligencia artificial. *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, n. 48, 8 mar. 2021.

En Europa, tras diversas normas de *soft law*, finalmente ha llegado el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, cuyo objeto principal reside en impulsar la innovación a partir de normas que promuevan la confianza en las tecnologías⁶. En el mismo se clasifican los sistemas de IA en cuatro categorías atendiendo al riesgo potencial que implica su uso: prohibidos, alto riesgo, riesgo medio/bajo y resto de sistemas. En particular, a fin de evitar el riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede a considerar de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos (Considerando 61 y Anexo III punto 8.). A los sistemas de alto riesgo, a los que se dedica la mayor parte del articulado de la norma, se les exige el cumplimiento de toda una serie de requisitos y obligaciones específicas previstas en los capítulos 2 y 3.

Conviene asimismo resaltar la labor llevada a cabo por la UNESCO en esta materia. Especialmente su Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial de 23 de noviembre de 2021⁷, en cuyo ámbito de actuación número 6, que versa sobre género, insta a los Estados para que velen por que se optimice plenamente el potencial de las tecnologías digitales y la IA para contribuir a lograr la igualdad de género, así como por que los estereotipos de género y los sesgos discriminatorios no se trasladen a los sistemas de IA, sino que se detecten y corrijan de manera proactiva (puntos 89 y 90)⁸.

6 D.O.U.E núm. 2024/1689 de 12.7.2024.

7 Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

8 Véase asimismo su informe “Artificial intelligence and gender equality” de 2020, en el que propone que la igualdad de género se constituya en un principio autónomo dentro del elenco de principios éticos de la IA (p. 16) y “I’d Blush if I Could: closing gender divides in digital skills through education” de 2019 (“Me sonrojaría si pudiera: cerrando brechas de género en la esfera digital a través de la educación”; título que proviene de la respuesta proporcionada por Siri al insulto “eres una puta”), en el que aborda el potencial de los

Siendo este el estado de la cuestión, pasamos a analizar en el siguiente apartado algunas de las amenazas que acechan los sistemas de IA.

RIESGOS: EL REFUERZO DE LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Entre las diversas amenazas asociadas al uso de IA en el ámbito de la Justicia, queremos destacar el riesgo de que las herramientas algorítmicas empleadas en los Juzgados puedan contener sesgos que reproduzcan estereotipos que perjudiquen a las mujeres. Precisamente, uno de los principales desafíos vinculados al uso de sistemas de IA en la Justicia reside en la posibilidad de que se generen situaciones discriminatorias que puedan comprometer el principio de igualdad.

Es ya un lugar común admitir que los sesgos algorítmicos reproducen los sesgos humanos⁹. En este sentido, requieren especial atención los sesgos algorítmicos de género que encontramos cuando un sistema informático propone o adopta decisiones erradas que reproducen estereotipos de género.¹⁰ Se entrelazan así, los algoritmos por un lado y, por otro, los estereotipos de género¹¹. Estos

sesgos algorítmicos de propagar y reforzar estereotipos de género. Ambos informes se encuentran disponibles en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374174> y <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416>. page=1. Otra iniciativa a destacar, en este caso privada, ha sido la llevada a cabo por Amnistía Internacional, Access Now y otras organizaciones en 2018 reflejada en la Declaración de Toronto sobre la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación en los sistemas de aprendizaje automático.

9 Un refrán muy conocido entre los informáticos “Garbage in, garbage out” (si entra basura, sale basura), transmite la idea de que cualquier resultado algorítmico discriminatorio procede de prejuicios inyectados en los algoritmos por seres humanos. En otras palabras, y tal y como lo replantea Mayson, “Bias in, bias out”. MAYSON, S. G. Bias In, Bias Out. *Yale Law Journal*, v. 128, p. 2218-2300, 2018.

10 DANESI, C. Sesgos algorítmicos de género con identidad iberoamericana: las técnicas de reconocimiento facial en la mira. *Revista Derecho de Familia*, n. 100, 2021.

11 El Índice de Normas Sociales de Género (GSNI, por sus siglas en inglés) revela la falta de avances en la superación de los prejuicios contra las mujeres

últimos se definen como percepciones generalizadas o prejuicios acerca de los atributos o características que se supone que hombres y mujeres poseen, o deberían poseer, así como las funciones sociales que se espera que desempeñen.¹²

Son tres, principalmente, las etapas clave en las que se pueden introducir los sesgos en los sistemas de IA: (i) cuando se decide el objetivo a alcanzar por el sistema; (ii) cuando se recopilan los datos (que son poco representativos o reflejan prejuicios existentes en la realidad social) y (iii) cuando se seleccionan los atributos que se quiere que tenga en cuenta el algoritmo. Aunque en ciertas situaciones los sesgos algorítmicos responden a un objetivo claramente discriminatorio (discriminación directa), en la mayoría de casos simplemente son provocados por el desinterés hacia su impacto colateral.¹³

Si los sistemas de IA no se diseñan y desarrollan desde una perspectiva de género que sea capaz de detectar, analizar y corregir los sesgos, estos no solo serán susceptibles de ser replicados sino incluso acrecentados y reforzados. Sus efectos podrán ser infinitamente más rápidos y devastadores¹⁴, lo que resulta especialmente preocupante si se augura que en un futuro cercano los jueces van a auxiliarse cada vez más de este tipo de herramientas.

en la última década, ya que aproximadamente 9 de cada 10 hombres y mujeres en el mundo siguen manteniendo en la actualidad un sesgo contra las mujeres. “Una década de estancamiento: el PNUD presenta nuevos datos que muestran la persistencia de los sesgos de género”, Comunicado de prensa, Programa de las naciones unidas para el desarrollo, Nueva York, 12 de mayo de 2023.

12 BELLOSO, N. La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género) ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?”. In: LLANO, F. (dir.). *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*. Murcia: Laborum, 2022, p. 45-78.

13 RIVAS, P. Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio. *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, v. 7, n. 1, p. 52-83, 2022.

14 O’Neil manifiesta que es crucial entender que, bajo la apariencia de neutralidad de los algoritmos, hay decisiones morales que perpetúan y aumentan las desigualdades sociales. Por eso los denomina “armas de destrucción matemática”. O’NEIL, C. *Armas de destrucción matemática*. Madrid: Capitán Swing, 2017.

Existen numerosos ejemplos de discriminación algorítmica hacia las mujeres, como el caso del chatbot “Tay.AI” de Microsoft, los créditos bancarios de Apple Card, el reclutador inteligente de Amazon o los motores de búsqueda de Google, entre otros. Excede de nuestro trabajo profundizar en ellos. No obstante, si vamos a mostrar, a modo de hipótesis, algunos ejemplos que ilustran las nocivas consecuencias del empleo de herramientas algorítmicas sesgadas en el marco de un proceso judicial. Para ello, partiremos de la clasificación, previamente mencionada, de las tres etapas clave en las que se pueden introducir los sesgos.

En primer lugar, los sesgos pueden incorporarse en un sistema de IA desde el momento en el que se establece el objetivo a alcanzar. Trasladado al marco de un proceso penal, imaginemos una herramienta que se diseña con el único fin de detectar y, consiguientemente, perseguir denuncias falsas presentadas por víctimas de violencia de género. La decisión de crear un instrumento específico para este propósito, asumiendo que estas denuncias son tan frecuentes como las denuncias falsas por robo (para las cuales ya se ha desarrollado una herramienta¹⁵), revela una percepción errónea de que las denuncias por violencia de género son más propensas a ser falsas. Este prejuicio podría acarrear repercusiones devastadoras para las víctimas de tales delitos, perpetuar la desconfianza hacia ellas y contribuir a un entorno que desaliente la presentación de denuncias legítimas.

En segundo lugar, las herramientas de IA pueden introducir sesgos que estén presentes en las bases de datos de las que se nutren, bien porque se recopilan datos que son poco representativos bien porque reflejan prejuicios existentes en la realidad o tejido social. Probablemente este sea el supuesto más común en la práctica.

15 Nos referimos a Veripol, herramienta utilizada por la policía en España que estima la probabilidad de que una denuncia por robo con violencia e intimidación sea falsa. El sistema identifica el delito basándose en el texto de la denuncia. Utiliza el procesamiento del lenguaje natural y la IA para analizar y calcular las combinaciones de palabras más comunes cuando se miente ante un policía.

Los softwares de reconocimiento facial son un buen ejemplo de cómo este tipo de herramientas pueden tener consecuencias perjudiciales en la justicia penal. De hecho, se alerta constantemente acerca de su potencial discriminatorio, dado que muchos de estos sistemas se entrenan con conjuntos de datos que están sesgados en términos de representación. Fundamentalmente porque sobre-representan a hombres caucásicos e infrarrepresentan a mujeres. El resultado que ofrecen, por consiguiente, puede ser un reconocimiento facial menos preciso y más propenso a cometer errores cuando se aplica a mujeres de piel oscura. Este sesgo en los datos de entrenamiento puede llevar a disparidades en el trato, ya que las personas pertenecientes a los grupos infrarrepresentados pueden enfrentarse a tasas más altas de falsas identificaciones¹⁶.

Por otro lado, los datos contenidos en las bases que alimentan el sistema de IA también pueden reflejar prejuicios existentes en nuestra sociedad. Pensemos, de nuevo, un ejemplo que podría darse en un proceso judicial. El juez se auxilia de una herramienta de IA para resolver el caso que le proporciona argumentos a favor y en contra. La herramienta, que se nutre de un repertorio de sentencias previas que han resuelto casos de agresiones sexuales, podría aprender y replicar los prejuicios y estereotipos contenidos en las mismas sobre el comportamiento que se espera de una víctima (resistir de determinada manera, denunciar inmediatamente o mantenerse alejada de la vida social). Esto podría llevar al dictado de una resolución que resuelva que la violencia no ha existido, además de reflejar juicios sesgados y discriminatorios que contribuyen a la perpetuación de desigualdades en el sistema judicial¹⁷. Ello inevi-

16 Vid. European Union Agency for fundamental rights, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, 2020 y European Parliamentary Research Service, *Regulating facial recognition in the EU*, septiembre 2021, Bruselas.

17 Como señala Gil, existe el pensamiento generalizado de que una víctima que no cuenta desde el principio que sufrió abuso o agresión sexual, y lo cuenta después, no está diciendo la verdad; o que la víctima se pierda o desordene fechas o momentos en que suceden los hechos denota que tampoco dice la verdad: o que recuerde con mayor nitidez unos u otros momentos implica un

tablemente podría comportar consecuencias perjudiciales para las mujeres que intervienen en los procesos judiciales, así como favorecer automáticamente la desconfianza hacia sus declaraciones.

En tercer y último lugar, los sesgos también pueden provenir del modo en que se entrena al algoritmo, a la hora de seleccionar los atributos que deben tenerse en cuenta.

Veamos el ejemplo ficticio planteado por Martínez, Borges y Simó.¹⁸ Se crea un software para ayudar al juez a valorar la declaración de la víctima y ese algoritmo ha sido entrenado bajo el criterio de que la tardanza en denunciar es relevante para valorar su credibilidad, fruto de un estereotipo humano vigente en los tribunales. Ante un supuesto en el que la víctima denunciara los hechos inmediatamente después de que ocurrieran, su nivel de credibilidad sería alto. Sin embargo, si la víctima tardara meses en denunciar, el algoritmo le reportaría al juez un grado de credibilidad mínimo. Estaríamos rotundamente ante un supuesto de discriminación algorítmica. Lo mismo ocurriría si se entrena al algoritmo pautándole que si la víctima no recuerda los detalles, no quiere declarar o quiere retirar la denuncia contra su pareja, entonces debe entenderse que es falsa.

Un último ejemplo podríamos hallarlo en las herramientas algorítmicas de evaluación de riesgos que, al entrenarse con datos históricos, reflejan y perpetúan estereotipos de género existentes

testimonio poco fiable; o que no haya precisado atención psiquiátrica indica que quizá lo que relata no ocurrió; o que una víctima que efectúa su relato con entereza y sin llorar o con buena apariencia física, ya parece que no es víctima. Estos prejuicios son los que planea sobre los testimonios de las víctimas. Son una muestra de los estereotipos que existen y persisten en nuestra sociedad, y en el ámbito concreto de la justicia; además denota las enormes carencias que hay en la formación de los operadores jurídicos. Es no entender como un acto violento de estas características produce bloqueo en las víctimas, sentimientos de vergüenza o de culpabilidad. GIL, P. La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género. In: AAVV. *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 238.

18 MARTÍNEZ, E.; BORGES, R.; SIMÓ, E. Inteligencia artificial y perspectiva de género en la justicia penal. *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, n. 47, 20 ene. 2021.

en los casos anteriores de los que se nutre. Supongamos que, en el pasado, las denuncias de ciertos tipos de violencia contra las mujeres fueron consideradas de menor gravedad. Si el algoritmo se entrena con esos datos, podría aprender patrones sesgados y asignar automáticamente menores niveles de riesgo a casos similares en el futuro, lo que podría afectar negativamente a la atención y recursos asignados a las víctimas.

Vistos estos ejemplos, no podemos sino concluir que hay que esforzarse por procurar que no se reproduzcan sesgos históricos de género con herramientas algorítmicas empleadas en el marco de la Justicia. La tecnología no puede convertirse en un vehículo que facilite la vulneración de los derechos que principian el proceso, concretamente, el de igualdad. El riesgo de que estos instrumentos puedan discriminar resulta inaceptable. No olvidemos que estamos ante sistemas de alto riesgo dado que se destinan a auxiliar a los jueces, por lo que pueden tener efectos importantes sobre los derechos fundamentales, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. De manera que resulta crucial trabajar para mejorar la detección de los sesgos algorítmicos y poner en marcha las medidas necesarias para neutralizarlos. Esto implica la adopción de medidas tanto de índole política como jurídica^{19,20}.

En este contexto, resulta imprescindible que los algoritmos sean auditados y controlados tanto de manera previa a su puesta en marcha como de forma periódica. Para ello, los programas, en

19 BELLOSO, N. La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género) ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?”. In: LLANO, F. (dir.). *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*. Murcia: Laborum, 2022, p. 45-78.

20 Se propone la incorporación de una mayor presencia femenina en los equipos que diseñan estas herramientas. Además, que se trate de equipos formados capaces de introducir la perspectiva de género desde el diseño (*gender-by-design*) del propio sistema de IA. “La perspectiva de género en la inteligencia artificial”, cit., p. 10. Como señalan, Ortiz y Guevara, la diversidad en los equipos puede ofrecer nuevas perspectivas y traer a colación experiencias que permitan reconocer los sesgos y trabajar para corregirlos. ORTIZ, L.; GUEVARA, A. *Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE, Suecia y España*. *Fundación Alternativas*, n. 101, 2021.

la medida de lo posible, tendrán que ser transparentes y explicables. Solo así se podrá mitigar el problema de los sesgos, en tanto en cuanto se permitirá, *a priori*, su corrección y perfeccionamiento.²¹

BONDADES: IA AL SERVICIO DE LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES.

A pesar de haber expuesto los riesgos de que se refuercen y perpetúen los sesgos, debe al mismo tiempo reconocerse que los sistemas de IA bien diseñados pueden ayudar a identificarlos y, por ende, a corregirlos. En este sentido, la Carta ética europea sobre el uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno, hace referencia a su capacidad para revelar la discriminación existente. Por ello, no podemos desatender las virtudes y ventajas que la IA puede ofrecernos²².

Como señalan Xenidis y Senden,²³ si bien los algoritmos aumentan los problemas de discriminación en algunos casos, también ofrecen la oportunidad de reducir la arbitrariedad mediante una mayor explicabilidad de los procedimientos de toma de decisiones. Mientras que las decisiones humanas podrían asimismo calificarse de “caja negra” por su naturaleza opaca y no reproducible, los algoritmos de aprendizaje automático ofrecen la posibilidad de una toma de decisiones más responsable, siempre que se cumplan ciertos requisitos de transparencia. Las decisiones humanas, a diferencia de las decisiones algorítmicas, no pueden reproducirse cambian-

21 MACCHIAVELLI, N. La violencia de género y el uso de algoritmos como herramienta efectiva para la protección de los derechos fundamentales. *AFD*, v. 38, 2022.

22 Interesantes resultan al respecto las reflexiones vertidas por Simó, que propone el uso de modelos de *machine learning* para la detección de estereotipos de género en las sentencias. SIMÓ, E. *Estereotipos de género en procesos por violencia sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

23 XENIDIS, R.; SENDEN, L. EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination. In: BERNITZ et al. (ed.). *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2020.

do un factor para comprobar de dónde procede la discriminación. Por lo tanto, ciertos principios como la transparencia, la explicabilidad y la rendición de cuentas son fundamentales para desarrollar aplicaciones de IA si el objetivo es convertir los riesgos existentes de discriminación en una oportunidad para aumentar la igualdad.

Del mismo modo, aunque hemos visto que la IA ha facilitado el surgimiento de nuevos modos de violencia contra las mujeres, no podemos obviar la otra cara de la moneda. La IA también puede emplearse en la lucha contra el mayor exponente de la desigualdad, como es la violencia de género. Entre otras, con herramientas que ayuden a proteger a las víctimas, a investigar determinados delitos, así como a prevenir su ejecución mediante técnicas predictivas que estimen la probabilidad de reincidencia. Así las cosas, se entiende que la IA tiene un enorme valor para mitigar ciertos aspectos de este tipo de violencia^{24,25}. Veamos a continuación algunas de las bondades que puede brindarnos.

Tecnologías para atender a las víctimas

En los últimos años se han creado diversas herramientas “inteligentes” que pueden ser utilizadas para atender o auxiliar a las mujeres víctimas de violencia.

En España, ya en el año 2004 se puso en marcha Atenpro (Servicio Telefónico de Atención y Protección para víctimas de violencia contra las mujeres), un servicio de teleasistencia que ofrece a las víctimas un dispositivo móvil a través del cual pueden recibir asistencia inmediata durante las 24 horas del día los 365 días del

24 MACCHIAVELLI, N. Perspectiva de género en las nuevas tecnologías. El problema de los sesgos. *Diario Suplemento Derecho y Tecnología*, n. 84, 2021.

25 Vid. asimismo Llorente que analiza el empleo de la IA en la lucha contra otras formas de violencia como la trata, pornografía infantil, agresores sexuales en serie, etc. LLORENTE, M. La inteligencia artificial como nueva estrategia de prevención en los delitos de violencia sexual. In: COLOMER, I. (dir.). *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 259-282.

año. Atenpro, que se basa en la utilización de tecnologías de comunicación telefónica móvil, permite que las mujeres puedan entrar en contacto en cualquier momento con un Centro atendido por personal específicamente preparado para responder a sus necesidades, incluso en situaciones de riesgo con carácter de urgencia²⁶. Durante muchos años este servicio apenas se ha modernizado. Sin embargo, recientemente se ha informado que va a incorporar IA para mejorar la protección de las usuarias y crear un sistema integral de seguimiento. Por un lado, los nuevos dispositivos se compondrán no solo de dispositivos móviles, sino también de relojes inteligentes y pulsadores que permiten a la policía la geolocalización de la víctima por GPS en caso de emergencia. Por otro lado, para mejorar su potencialidad, se pretende crear una aplicación informática dotada con IA que mejore la prevención y atención. Entre otras, la aplicación permitirá clasificar a las víctimas en función del nivel de riesgo, de forma que el personal de Atenpro contacte más con aquellas mujeres con mayor riesgo de ser agredidas.

En Bangladesh se ha creado PROTOBADI con el objetivo de proporcionar seguridad a las mujeres. Se trata de una aplicación para teléfonos inteligentes que crea mapas “calientes” que determinan las zonas con mayor probabilidad de producirse acoso sexual hacia las mujeres. Cuenta con un botón en la pantalla, que al ser presionado enciende una alarma muy ruidosa y a continuación, envía mensajes de texto a los contactos de la mujer indicando su ubicación y solicitando ayuda. Además, como hemos mencionado, permite recopilar los datos para configurar un mapa que señale las áreas más peligrosas, así como una especie de blog donde las usuarias pueden compartir sus experiencias²⁷. Al igual que PROTOBADI, existen otras muchas aplicaciones destinadas a proteger a las

26 <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/recursos/servicioTecnico/home.htm>

27 El término Protobadi significa “alguien que protesta” en bengalí. MARKS, P., Bangladesh: Sex harassment app helps women map abuse, *NewScientist*, mayo 2014.

mujeres en diversas partes del mundo, tales como: Eyewatch SOS for Women, SpotnSave Feel secure, iGoSafely, bSafe, Chilla, etc.

Otras tecnologías que están utilizando IA para atender y ayudar a las víctimas de violencia de género son los chatbots. Entre otros, *MySis Bot*, desarrollado en Tailandia, proporciona información, ayuda de emergencia, asistencia jurídica y acceso a diversos servicios (centros de llamadas sin ánimo de lucro, policía o juzgados de familia) a las mujeres que han sufrido violencia. La aplicación se descarga en el propio teléfono y permite a las usuarias mantener una conversación en tiempo real durante la cual reciben la asistencia que necesitan. O el chatbot holandés elaborado por la Universidad de Maastricht que, con el fin de atender a las víctimas de acoso y agresión sexual, les permite contar su historia con libertad y ofrece a continuación consejos del lugar al que se debe acudir en función de cada caso (comisaría, hospital, psicólogo o refugio)²⁸. Por su parte, en América Central se ha desarrollado el chatbot o asistente virtual inteligente Sara²⁹, diseñado con IA, que orienta a las mujeres sobre el riesgo de sufrir o haber sufrido violencia y proporciona información acerca de donde denunciar, los derechos que le asisten, etc.³⁰.

En lo que a nuestro país respecta, se están desarrollando algunos proyectos, como el programa *Improve (Improving Access to Services for Victims of Domestic Violence by Accelerating Change in Frontline Responder Organisations)*, financiado por la Unión Europea (*Horizon Europe*). Este robot conversacional multilingüe con IA, ofrecerá a las víctimas, si prefieren no acudir a una comisaría o llamar a la policía, asesoramiento inmediato, evaluación de riesgos además de orientarles sobre los servicios y recursos disponibles.

28 <https://eldiariofeminista.info/2019/10/11/chatbot-para-victimas-de-acoso-sexual/>

29 <https://chatbotsara.org/>

30 Desarrollado por el Proyecto Regional Infosegura, iniciativa del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en colaboración con la Agencia de los EEUU para el Desarrollo Internacional.

Son otras muchas las tecnologías que pueden proporcionar ayuda a las víctimas de violencia de género y que se están desarrollando en todo el mundo. Desde herramientas que analizan imágenes de vídeo para detectar comportamientos agresivos o violentos hacia las mujeres hasta análisis de llamadas de emergencia realizadas por mujeres con base en el tono de su voz y el lenguaje utilizado o identificación de publicaciones en redes sociales que contengan contenido de acoso.

IA en la investigación de un proceso penal

La IA puede resultar extremadamente útil en la investigación criminal, especialmente por lo que respecta a la mejora de los métodos de trabajo de las autoridades policiales.

Es evidente que la investigación penal está experimentando una transformación³¹. Las diligencias de investigación tecnológicas comienzan a incorporar, en mayor o menor medida, sistemas de IA para el esclarecimiento y descubrimiento de los delitos. Así, la policía empieza a emplear tecnologías de reconocimiento facial (por ejemplo, para buscar en bases de datos de sospechosos e identificar a víctimas de trata de seres humanos o abuso y explotación sexual infantil), de identificación por voz, reconocimiento del habla, análisis autónomos de bases de datos identificadas, técnicas predictivas (actuación policial predictiva y análisis de puntos críticos de delincuencia), herramientas avanzadas de autopsia virtual para ayudar a determinar la causa de la muerte, vigilancia de las redes sociales (rastreo [scraping] y recopilación de datos para detectar conexiones), etc³².

31 Como señala Barona, las ciencias forenses, la criminalística, han mutado; los métodos empleados se sostienen sobre algoritmos, software, que han introducido técnicas idóneas para ubicar, analizar, e introducir evidencias y pruebas en el proceso penal. BARONA, S. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*. De la inteligencia artificial a la Smart Justice. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 502.

32 Vid. en este sentido, el Considerando M. de la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, sobre la inteligencia artificial en el Derecho

La implementación de sistemas de IA puede optimizar considerablemente algunas diligencias de investigación ya preexistentes. Pensemos, entre otras, en la práctica del agente encubierto informático. Podríamos recurrir a la IA generativa, es decir, a sistemas que generan imagen, audio y vídeo para simular la identidad del agente e incluso para crear el material necesario para intercambiar el archivo ilícito.³³ De este modo, podría ponerse la técnica de los *deepfakes* al servicio de la investigación de determinados delitos y, por ejemplo, crear material “ultrafalso” pornográfico con la intención de desarticular una red criminal, ganándose la confianza de sus miembros.³⁴ Algo similar es lo que ha hecho la holandesa *Sweetie*, de la ONG *Terre des Hommes*, que a través de un bot que se hace pasar por una niña, persigue la pornografía infantil en la red y ha conseguido localizar a miles de pederastas. A pesar de sus logros, la polémica está servida. Se plantean numerosas dudas acerca de su legalidad: presupuestos de legitimidad en la utilización de un agente encubierto robótico, los efectos jurídicos asociados a la provocación del delito, así como las dificultades para reconocer el derecho a la indemnidad sexual en un robot³⁵.

Como señala Llorente,³⁶ el escenario en el que se desarrollan determinados delitos (abuso y explotación sexual infantil) resulta

penal y su utilización por las autoridades policiales y judiciales en asuntos penales (2020/2016(INI)).

33 GONZÁLEZ, I. El uso de la inteligencia artificial generativa en la investigación de la ciberdelincuencia de género: ante el auge de los *deepfakes*. *Ius et Scientia*, v. 9, n. 2, p. 157-180, 2023.

34 BLÁZQUEZ, R. *Deepfakes* en el procedimiento probatorio. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, v. 35, n. 3, p. 223-256, 2023, p. 231.

35 Sea como fuere, la utilización de *Sweetie* ha sido asociada a la ventaja que proporciona, no ya como herramienta de investigación, sino para paliar los negativos efectos que los delitos de pornografía infantil producen en los agentes que los investigan. Los agentes infiltrados que operan en chats con el objetivo de localizar pedófilos tienen que soportar una fuerte carga psicológica por la exposición continuada a contenidos de esta pornografía, por lo que han de ser sustituidos cada cierto tiempo y pueden tener secuelas psicológicas, problema que se eliminaría si fuera un robot el que tratara con esos contenidos (MARCHENA, 2022).

36 LLORENTE, *op. cit.*, p. 274.

propicio a los sistemas de IA que pueden convertirse en una tecnología clave para hacer frente a los mismos. La autora cita algunos ejemplos, como el software denominado iCOP que permite identificar pederastia en la red; las herramientas creadas por Google y Apple (Neural Match) con el objetivo de luchar contra este tipo de delitos; C-SEX que analiza el comportamiento de los usuarios en el entorno de la pornografía infantil, etc. En nuestro país, la Secretaría de Estado de seguridad ha impulsado un proyecto para implementar una versión española de la herramienta *Chat Analysis Triage Tool* (CATT) para casos de *online child grooming*. Su objetivo es identificar, mediante el análisis del discurso y las tácticas utilizadas por los groomers en los chats, a aquellos abusadores que pretenden tener un encuentro físico con el menor, y diferenciarlos de aquellos que solo buscan satisfacer sus fantasías sin buscar un contacto real. De manera que se prioricen los recursos policiales en los primeros supuestos.³⁷

Sin duda alguna, la IA va a repercutir en el aumento de la eficacia de la lucha contra determinados delitos, entre los que destacamos, la explotación sexual en línea. Pero también debemos ser conscientes de los riesgos que implica. De ahí que nos cuestionemos, junto a Marchena,³⁸ los límites que hay que imponer para que la investigación de esos delitos por el Estado no desborde los presupuestos que legitiman el ejercicio del *ius puniendi*. Como señala el magistrado, la necesidad de actualizar la metodología de la investigación penal no puede ser cuestionada. Sin embargo, la constatación de ese hecho no debe llevarnos a legitimar, al amparo de las ventajas técnicas de la IA, una investigación en la que todo vale, sin reparar en la intensa injerencia estatal y consiguiente sacrificio del espacio de intimidad que cada ciudadano dibuja frente a los poderes públicos y a terceros. Por eso la importancia de que la regulación

37 GONZÁLEZ, J. L.; SANTOS, J.; CAMACHO, M. Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros. *Behavior & Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 26-41, 2020.

38 MARCHENA, M. *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*. Discurso con motivo de su ingreso como Académico de Número de la Real Academia de Doctores de España el 26 de octubre de 2022. Separata de la Real Academia de Doctores de España, Madrid.

de estas diligencias ligadas a las nuevas tecnologías sea encabezada por una referencia a los principios de especialidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En definitiva, no podemos olvidar que el empleo de sistemas de IA en el seno de una investigación judicial entraña numerosos riesgos que pueden afectar seriamente a los derechos y garantías constitucionales que deben presidir el proceso. La eficiencia no puede en modo alguno anteponerse o ir en detrimento de los mismos. Deben, por tanto, necesariamente salvaguardarse los derechos de las personas investigadas. En este sentido, si bien no se prohíben en el Reglamento europeo de IA, se supedita su utilización al cumplimiento de determinados requisitos (previstos en los artículos 8 y ss) dado que, como ya hemos adelantado, se califican de alto riesgo. Entre otros, se exige garantizar un nivel de transparencia suficiente, permitir una efectiva supervisión humana y contar con un nivel adecuado de precisión, solidez y ciberseguridad.

LOS INSTRUMENTOS DE VALORACIÓN DEL RIESGO DE REINCIDENCIA

Tanto en el seno del proceso penal como en el ámbito penitenciario, asistimos al empleo de instrumentos de valoración del riesgo de reincidencia (*risk assessment instruments*, conocidos por sus siglas, RAIs). Estas herramientas estructuradas de valoración del riesgo han ido evolucionando hasta alcanzar su automatización y digitalización con un elevado grado de sofisticación. De hecho, las más novedosas se asisten de algoritmos para emitir el pronóstico, incluso recurriendo a sistemas inteligentes computarizados para su tratamiento,³⁹ con el fin de conjurar el riesgo de reiteración delicti-

39 ROMEO, C. M. Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n. 13, p. 165-179, jul./dez. 2018.

va basándose en la información que obra en los expedientes y en las informaciones estadísticas de casos previos.⁴⁰

Los instrumentos de valoración del riesgo pueden ser útiles en el asesoramiento al juez acerca del riesgo de reincidencia del presunto maltratador. Este riesgo, recordamos, es determinante en la adopción de las órdenes de protección u otras medidas cautelares para proteger a las víctimas de violencia de género (medidas de alejamiento, prohibición de comunicación, etc.)⁴¹. En este sentido, estas herramientas pueden auxiliar al juez a la hora de adoptar su decisión. Eso sí, solo como un elemento más, que deberá en todo caso ser corroborado por otros datos o circunstancias.

El carácter crónico y repetitivo de la violencia contra la pareja, así como la relación de afectividad existente entre la víctima y el agresor, conlleva un riesgo adicional para las víctimas de violencia de género que difiere del de otros delitos, y muestra una urgente necesidad de protección frente a una posible reincidencia. De ahí que, en los últimos tiempos, los instrumentos de valoración del riesgo de violencia contra la pareja se hayan multiplicado. Entre otros, destacan: SARA (*Spousal Assault Risk Assessment*), DASH (*Domestic abuse, stalking y harassment and honour-based violence*) y SVR-20 (*Sexual Violence Risk Assessment*⁴²).

En España se cuenta desde el año 2007 con el sistema VioGén (Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género). Esta herramienta informática permite el seguimiento y protección de las víctimas de violencia de género y de sus hijos/

40 SIMÓN, P. *Justicia Cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Barcelona: Bosch, 2021.

41 Como refiere Magro, nos encontramos ante un fenómeno claramente repetitivo y con un aspecto conductual que se reproduce en el tiempo, que tiene unos parámetros de actuación homogéneos en la mayoría de los casos y con un carácter predecible en cuanto a los hechos que han ocurrido y a la protección a las víctimas de lo que pueda ocurrir. Pocas materias existen en la actualidad en donde el mimetismo conductual se reproduce con tanta repetición como en la violencia de género. MAGRO, V. La inteligencia artificial para mejorar la lucha contra la violencia de género. In: CALAZA, S.; LLORENTE, M. (dir.). *Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 398.

42 Esta herramienta valora el riesgo de violencia sexual.

as. Entre sus objetivos, destaca la realización de valoraciones policiales del riesgo de las víctimas denunciantes de sufrir una nueva agresión, y en función del resultado, poder protegerlas. Para dicha tarea se sigue un Protocolo en el que se emplean dos instrumentos complementarios: la Valoración Policial del Riesgo (VPR4.0) para realizar una estimación inicial y la Valoración Policial de la Evolución del Riesgo (VPER4.0) para el seguimiento del caso. Si bien VioGén se diseñó inicialmente para evaluar el riesgo de reincidencia de una agresión, posteriormente se creó otro algoritmo para valorar la posibilidad de sufrir violencia letal (formulario VPR5.0).

De manera que, cuando una víctima de violencia de género interpone una denuncia, deviene preceptiva la realización por parte de la policía de un análisis de la valoración del riesgo al que se encuentra sometida. Para ello, se le formulan una serie de preguntas y se cumplimenta por los agentes policiales el formulario VPR. Los datos introducidos se someten a un algoritmo que, tras valorar automáticamente cada ítem, establece uno de los cinco niveles de riesgo que presenta la víctima de sufrir una nueva agresión a corto plazo: “extremo”, “alto”, “medio”, “bajo” y “no apreciado”. En función del resultado asignado, se llevan a cabo de forma inmediata las medidas provisionales de protección policial aparejadas a cada nivel de riesgo⁴³. El informe obtenido se incluirá en el atestado (junto al resto de diligencias policiales) y servirá para informar al juez a la hora de decidir las medidas de protección de la víctima que deben adoptarse en cada caso. Efectuada la valoración inicial, la estimación del riesgo debe mantenerse actualizada. Para ello, la policía cumplimenta el segundo formulario (VPER) que, mediante valoraciones periódicas, permite la monitorización de las víctimas⁴⁴.

43 Adviértase que el agente puede modificar (al alza) el riesgo apreciado si estima que existen razones para ello.

44 Conviene dejar claro que el sistema VioGén, al igual que otras herramientas actuariales de valoración del riesgo, no puede considerarse IA en sentido estricto. Ciertamente es que la conexión con la IA es evidente, pero la IA va más allá. Como señala Simón, es una diferencia sutil, puesto que casi todas las herramientas actuariales tienen una parte automática y automatizable, o digital, como es el cálculo de la probabilidad, pero esto no en realidad motivo bastante

Sin negar la utilidad de esta herramienta, no podemos obviar que puede fallar. Muestra de ello, es la Sentencia de 30 de septiembre de 2020 de la Audiencia Nacional española, que ha condenado al Estado español por la deficiente protección que la Guardia Civil proporcionó a una mujer que solicitó una orden de protección. El sistema VioGén asignó el nivel de “no apreciado” y sin mayores indagaciones, a pesar de la existencia de indicios suficientes de maltrato, las autoridades policiales calificaron el caso en este sentido, lo que determinó que el juez denegara la orden solicitada y su consecuente trágico final por el que la mujer murió asesinada a manos de su marido⁴⁵.

Son muchas las voces que advierten acerca de las falencias de este sistema⁴⁶. Entre otras, se critica que actualmente VioGén se rige por unos parámetros que han quedado arcaicos, no siempre se ajustan a la realidad, y en ocasiones arroja resultados poco adecuados.⁴⁷ Se ha evidenciado que el sistema necesita una mejora. De ahí que, tal y como se ha anunciado, el Área de Violencia de Género, Estudios y Formación de la Secretaría de Estado de Seguridad ha incorporado la plataforma analítica de la empresa de software SAS Iberia, que va a “facilitar actualizaciones mucho más rápidas y eficaces del Protocolo VPR del Sistema VioGén, ponderando mejor los actuales indicadores de riesgo de reincidencia e identificando nuevas variables

para considerarlo por si solo IA. SIMÓN, *Justicia Cautelar*, op. cit., p. 94; MIRÓ, F. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, p. 87-130, 2018. 45 Advértase, que no se condena por error judicial, sino por no recibir una adecuada información de la Guardia Civil acerca de cuál era la situación real del riesgo de la víctima, que fue determinante a la hora de orientar al juez en el (no) dictado de una orden de protección.

46 Como alerta el Informe de auditoría externa del Sistema VioGén llevado a cabo en el año 2022 por la Fundación Ana Bella (p. 26), el sistema se basa en el supuesto de que las mujeres entienden y responden con claridad a los 35 puntos del formulario VPR y los agentes de policía transforman objetivamente las declaraciones de las mujeres en respuestas binarias (presente/no presente). Pero en la realidad, el proceso rara vez funciona de este modo idealizado. Esto significa que la calidad de los datos introducidos podría verse comprometida durante la fase de generación de datos, lo que daría lugar a posibles fuentes de sesgo y tergiversación.

47 LLORENTE, op. cit.

que ayuden a afinar aún más esa valoración de riesgo mediante análisis automatizados y en tiempo real de grandes cantidades de datos”⁴⁸.

CONCLUSIÓN

La transformación digital de la Justicia debe realizarse desde una perspectiva de género. Solo así podrá promoverse una justicia que garantice el respeto del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad.

El empleo de herramientas y aplicaciones de IA puede tener un impacto negativo significativo en la justicia, si no se identifican, abordan y afrontan los posibles sesgos algorítmicos que refuerzan estereotipos de género. Debemos, por tanto, establecer medidas de índole política, jurídica y tecnológica adecuadas para prevenirlos.

A pesar de los riesgos mencionados, no podemos dejar de reconocer las bondades que las nuevas herramientas algorítmicas pueden ofrecer a la justicia en términos de colaboración o auxilio. Especialmente, cuando nos enfrentamos ante uno de los mayores exponentes de la desigualdad como es la violencia de género. Estas herramientas pueden utilizarse para apoyar a las víctimas, investigar delitos y prevenir la reincidencia mediante sistemas de evaluación del riesgo, siempre y cuando no se menoscaben los derechos y garantías que deben presidir un proceso.

En definitiva, si bien la IA tiene el potencial de mejorar la eficiencia, efectividad e incluso, la calidad de la justicia, deviene imprescindible abordar los riesgos asociados a las misma. Para ello, la integración de la perspectiva de género no solo en su diseño y desarrollo sino también en su aplicación por parte de nuestros Juzgados resulta fundamental en aras de garantizar su impacto positivo y su alineación con el principio de igualdad.

48 La Moncloa. Interior 15.12.2020, disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2020/151220-inteligencia.aspx>.

REFERENCIAS

- BARONA, S. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia*. De la inteligencia artificial a la Smart Justice. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- BARONA, S. La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia. In: AAVV. *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 29-70.
- BELLOSO, N. La problemática de los sesgos algorítmicos (con especial referencia a los de género) ¿Hacia un derecho a la protección contra los sesgos?”. In: LLANO, F. (dir.). *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*. Murcia: Laborum, 2022, p. 45-78.
- BLÁZQUEZ, R. Deepfakes en el procedimiento probatorio. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, v. 35, n. 3, p. 223-256, 2023.
- DANESI, C. Sesgos algorítmicos de género con identidad iberoamericana: las técnicas de reconocimiento facial en la mira. *Revista Derecho de Familia*, n. 100, 2021.
- GIL, P. La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género. In: AAVV. *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 229-248.
- GONZÁLEZ, I. El uso de la inteligencia artificial generativa en la investigación de la ciberdelincuencia de género: ante el auge de los deepfakes. *Ius et Scientia*, v. 9, n. 2, p. 157-180, 2023.
- GONZÁLEZ, J. L.; SANTOS, J.; CAMACHO, M. Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros. *Behavior & Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 26-41, 2020.
- LLORENTE, M. La inteligencia artificial como nueva estrategia de prevención en los delitos de violencia sexual. In: COLOMER, I. (dir.). *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 259-282.

- MACCHIAVELLI, N. La violencia de género y el uso de algoritmos como herramienta efectiva para la protección de los derechos fundamentales. *AFD*, v. 38, 2022.
- MACCHIAVELLI, N. Perspectiva de género en las nuevas tecnologías. El problema de los sesgos. *Diario Suplemento Derecho y Tecnología*, n. 84, 2021.
- MAGRO, V. La inteligencia artificial para mejorar la lucha contra la violencia de género. In: CALAZA, S.; LLORENTE, M. (dir.). *Inteligencia artificial legal y Administración de Justicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 397-415.
- MARCHENA, M. *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*. Discurso con motivo de su ingreso como Académico de Número de la Real Academia de Doctores de España el 26 de octubre de 2022. Separata de la Real Academia de Doctores de España, Madrid.
- MARKS, P. Bangladesh: Sex harassment app helps women map abuse. *New Scientist*, mayo 2014.
- MARTÍNEZ, E.; BORGES, R.; SIMÓ, E. Inteligencia artificial y perspectiva de género en la justicia penal. *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, n. 47, 20 ene. 2021.
- MAYSON, S. G. Bias In, Bias Out. *Yale Law Journal*, v. 128, p. 2218-2300, 2018.
- MIRÓ, F. Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 20, p. 87-130, 2018.
- NAVAS, S. La perspectiva de género en la inteligencia artificial. *Diario La Ley*, Sección Ciberderecho, n. 48, 8 mar. 2021.
- O'NEIL, C. *Armas de destrucción matemática*. Madrid: Capitán Swing, 2017.
- ORTIZ, L.; GUEVARA, A. Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE, Suecia y España. *Fundación Alternativas*, n. 101, 2021.

- RIVAS, P. Sesgos de género en el uso de inteligencia artificial para la gestión de las relaciones laborales: análisis desde el derecho antidiscriminatorio. *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, v. 7, n. 1, p. 52-83, 2022.
- ROMEO, C. M. Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n. 13, p. 165-179, jul./dez. 2018.
- SIMÓ, E. *Estereotipos de género en procesos por violencia sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- SIMÓN, P. *Justicia Cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Barcelona: Bosch, 2021.
- XENIDIS, R.; SENDEN, L. EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination. In: BERNITZ et al. (ed.). *General Principles of EU Law and the EU Digital Order*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2020.

PENSAR MÁS ALLÁ DE LA TERRITORIALIDAD: LA INFLUENCIA DE LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN EL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Rosario María Reyna¹

Paula María All²

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos frente a una problemática que reviste una complejidad sin precedentes en el plano jurídico, y plantea un cambio de paradigma en innumerables aspectos a partir del surgimiento de una tecnología disruptiva. La *Blockchain* es una base de datos *pública* que permite revisar las transacciones históricas de activos realizadas en su *software*, cómo se originaron y cómo se fueron transmitiendo. Técnicamente, es definida como “un registro digital de información que se almacena de forma distribuida en una red de nodos con la garantía de archivos idénticos

1 Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ayudante de cátedra en la asignatura “Fundamentos de Derecho Privado” de la carrera de Abogacía de la FCJS - UNL. Cursando la Especialización en Derecho de Daños en la misma institución.

2 Profesora Titular de Dedicación Exclusiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas, UNL. Presidenta de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

en cada una de ellas”³. Su nota distintiva es la descentralización, lo cual brinda importantes beneficios en términos de transparencia y seguridad, ya que el mundo entero tiene acceso a sus registros.

El objeto de nuestra investigación es analizar la interacción entre esta nueva herramienta, surgida en el marco de una posible Cuarta Revolución Industrial y caracterizada por la utilización de sistemas físico-ciberneticos (o *Cyber Physical Systems*), con un área “tradicional” del Derecho: la Propiedad Intelectual (DPI). Mi investigación se lleva a cabo en el marco del CAI+D “*Derecho Internacional Privado y Tecnología: ¿Un nuevo paradigma de reconstrucción material y procesal?*” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

DESARROLLO

Objetivo general y metodología

Corresponde, previo a adentrarnos en el desarrollo de la presente investigación, realizar algunas precisiones con respecto a su objetivo general y la metodología empleada. En relación al primero, pretende explicar el impacto de la tecnología *Blockchain* en la gestión de los Derechos de la Propiedad Intelectual, analizando las diversas aplicaciones —y oportunidades— de esta innovación en términos de identificación y registración. Y desde allí, abordar la contraposición entre la característica de descentralización de la *Blockchain* y el principio de territorialidad aplicado en términos de DPI.

La metodología utilizada ha sido la deductiva, a través del cual se realizó un análisis cualitativo de la documental y normativa —instrumentos de *hard law* de fuente nacional e internacional, y

3 UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. CAI+D 2020: Plan de trabajo del proyecto “*Derecho Internacional Privado y Tecnología: ¿Un nuevo paradigma de reconstrucción material y procesal?*”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 2020.

de *soft law* producidos por organismos internacionales y grupos de trabajos expertos— que nos permitió encontrar argumentos acerca de la influencia de la *Blockchain* en materia de PI y su impacto en el principio de territorialidad imperante en esta área del Derecho. Para ello, se utilizó el marco conceptual elaborado a través del análisis de la bibliografía específica que explicita los supuestos conceptuales y la construcción de protocolos de análisis de las diferentes unidades informantes identificadas. La técnica operativa de recolección de esos datos fue la documental.

Dicho esto, es necesario poner de relieve que, para analizar críticamente las potenciales soluciones que esta tecnología plantea, debemos partir de una concepción del Derecho como un complejo entramado de normas y reglas jurídicas, sustanciales y procesales, nacionales e internacionales, que se encuentran en permanente interrelación y que son creadas por gran diversidad de operadores jurídicos⁴.

El marco normativo argentino

En Argentina, el punto de partida y fuente imprescindible del análisis normativo es el reconocimiento constitucional, a través del artículo 17 de su Carta Magna, de la Propiedad Intelectual. Ir hacia la cúspide de la pirámide debe ser el primer paso para comprender sistemáticamente la regulación interna de la temática, siguiendo la tendencia a la constitucionalización del Derecho Privado plasmada en la reforma constitucional de 1994 y fortalecida a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015. Los motivos son claros: La Constitución Nacional, en conjunto con los Tratados Internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad argentino, son la fuente última que sienta las bases de nues-

⁴ En el tratamiento de esta temática se entrecruzan regulaciones de los Estados nacionales, de organismos internacionales e instrumentos de creación normativa impulsados por los particulares.

tro ordenamiento jurídico y embeben toda consideración acerca de cada una de sus ramas. Es bajo esta concepción y férrea convicción que estructuramos el desarrollo del presente trabajo académico.

En este sentido, la Constitución Nacional argentina establece que “[...] Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. También aborda la temática dentro de la enumeración de las facultades del Poder Legislativo en el artículo 75 inc. 19, disponiendo que a este corresponde “[...] Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Dentro del marco legislativo interno, existen diversas normas que abordan la temática, enumerándose a título ejemplificativo la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual, Ley N° 24.481 y modificatorias para patentes de invención y modelos de utilidad, Ley N° 22.362 de marcas y designaciones comerciales, Decreto-Ley N° 6673/63 para protección de modelos y diseños industriales, Ley N° 25.380 de denominaciones de origen, entre otras.

Sin embargo, en Argentina el Derecho de la Propiedad Intelectual no sólo es abordado a través de normas internas, ya que a ello se adicionan diversos instrumentos internacionales —incluso algunos con jerarquía constitucional— dirigidos a su consagración y protección. De hecho, ha expresado LIPSZYC (2006) que la problemática del derecho de autor, particularmente, ha sido incorporada en el campo de los Derechos Humanos⁵.

Destacamos, entonces, su inclusión y reconocimiento en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio de Berna para la Protección de

5 LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavallia, 2006, p. 12.

Obras Literarias y Artísticas (1886) y los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1996).

Así, la propiedad intelectual constituye, sin dudas, una manifestación de la creatividad del ser humano cuya protección no debe ser soslayada, en razón de la significación que reviste para el desarrollo cultural y económico. El resguardo de la producción del conocimiento es un valor que genera terreno fértil para que los individuos puedan desenvolverse en este ámbito con libertad.

Por otro lado, en relación a la tecnología *Blockchain* existen diversas iniciativas legislativas de *hard law* y *soft law* para la regulación de herramientas que surgen de su aplicación, como los criptoactivos⁶. En Argentina, existen instrumentos normativos aislados que abordan la temática, aunque sin una metodología particular ni mucho menos una sistematización.

Entre ellos identificamos: a) Decreto N° 796/21, que grava las criptomonedas con el impuesto a los créditos y débitos bancarios; b) la Resolución N° 300/14 de la Unidad de Información Financiera, que establece la obligación de determinados sujetos como bancos y agentes del mercado de valores de informar a dicho organismo todas las transacciones que involucren monedas virtuales; c) la Ley N° 27.430, que dispuso la incorporación de las “monedas digitales” dentro del alcance del Impuesto a las Ganancias; entre otras.

Asimismo, desde julio de 2017 las ediciones electrónicas del Boletín Oficial de la República Argentina se certifican mediante la

6 SITIO OFICIAL DEL BANCO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. “[...] Esquemas operados por agentes privados que permiten la transferencia de activos digitales e información mediante un registro público de las operaciones sincronizado y compartido entre todos los participantes del esquema sin la necesidad de sistemas centralizados de emisión, registro, compensación y liquidación (Tecnología de Registros Distribuidos o DLT, por su sigla en inglés). Estos activos pueden ser almacenados en cualquier dispositivo computacional y transferidos por internet con un alcance global en períodos muy cortos de tiempo, bien sea de manera completamente descentralizada (persona a persona) o con el apoyo de intermediarios especializados”. Disponible en: <https://www.banrep.gov.co/es/publicaciones/documento-tecnico-criptoactivos>. Acceso en: 18 oct. 2024.

utilización de la *Blockchain* Federal Argentina, cuyo funcionamiento —si bien presenta aspectos criticables⁷— es un pequeño avance con respecto a la utilización de este recurso.

Sin perjuicio de ello, no podemos ignorar el hecho de que la mayoría de las regulaciones al respecto de herramientas vinculadas a la *Blockchain* en Argentina versan sobre cuestiones impositivas. Aún más escaso es el abordaje normativo de la particular vinculación entre *Blockchain* y Propiedad Intelectual, así como las utilidades que podría originar en diferentes áreas. Es necesario entonces que el proceso de creación normativa se concentre más específicamente en la profundización del desarrollo y aprovechamiento de esta tecnología, desde una visión más holística y coherente —y no como un simple activo más a gravar por parte del Estado.

Normativa europea

Un camino a seguir es el trazado por la Unión Europea. Dentro de la normativa de *hard law* podríamos identificar la Quinta Directiva de la Unión Europea N° 2018/843 para la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, que plasma un abordaje preventivo del uso indebido con fines delictivos de las “monedas virtuales”. Por su parte —y en el marco de *soft law*— la Comisión Europea ha emitido, en el año 2021, un estudio titulado “*Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a Law + Technology Approach*”⁸, donde se establece que el despliegue de Contratos Inteligentes en el ámbito europeo podría hacer más fluidas las transacciones económicas, sin comprometer la fortaleza del Mercado Único Digital.

7 La Blockchain Federal Argentina ha sido criticada en razón de que se encuentra controlada por el Estado argentino, lo que entra en contradicción con la nota característica de descentralización de esta tecnología.

8 COMISIÓN EUROPEA. *Smart Contracts and the Digital Single Market Through the Lens of a Law + Technology Approach*. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/node/10412>. Acceso en: 18 oct. 2024.

Cabe resaltar también la publicación “Artificial intelligence, blockchain and the future of Europe: How disruptive technologies create opportunities for a green and digital economy” del European Investment Bank (2021), que pone sobre relieve el potencial de la Inteligencia Artificial y la tecnología *Blockchain* para revolucionar numerosos aspectos de nuestra vida cotidiana. Allí desarrolla una visión general de la conjugación de ambas tecnologías, realizando recomendaciones dirigidas a que la Unión Europea despliegue todo su potencial en lo concerniente a su desarrollo, de cara a la obtención de beneficios desde una perspectiva sustentable y moderna.

No sólo ello, sino que la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) ha puesto en funcionamiento en 2021 la primera plataforma europea basada en *Blockchain* para la registración de Propiedad Intelectual, en el marco de su Plan Estratégico 2025. De esta manera, *TPView* y *DesignView*, como servicios de búsqueda de marcas y diseños de la EUIPO, utilizan tecnología de cadena de bloques. Incluso, más recientemente —desde diciembre de 2023— los usuarios pueden acceder a estas plataformas y descargar certificados de derechos de propiedad intelectual con autenticación basada en *Blockchain*.

Los avances en esta materia resultan sumamente prometedores, teniendo en consideración que la EUIPO ha informado que, hasta enero de 2024, el registro de PI a través de *Blockchain* ya había sido adoptado por diez oficinas europeas de propiedad intelectual (v.gr.: Portugal, Polonia, Italia, Letonia, Estonia, entre otras)⁹.

Se encuentra en desarrollo además el “Foro de Infraestructura Blockathon de la UE contra la Falsificación (EBSI-ELSA)” (en inglés, *Anti-Counterfeiting Blockathon Forum*) de la EUIPO, como red de organizaciones cuyo fin es la colaboración para el transporte

9 OFICINA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA. *Estonia se ha incorporado al Registro de la PI basado en la cadena de bloques*. Disponible en: <https://www.euipo.europa.eu/es/news/portugal-joins-the-ip-registers-in-blockchain>. Acceso en: 18 oct. 2024.

y verificación de productos auténticos como estrategia contra la falsificación a través de tecnologías basadas en *Blockchain*. Según el organismo

[...] la plataforma EBSI-ELSA autentificará productos e intercambiará datos entre todas las partes de la cadena de suministro y logística, vinculando las soluciones de rastreo de productos con los sistemas de análisis de riesgos de cumplimiento y las herramientas de la EUIPO (TMview, DesignView, IPEP y Registro de Propiedad Intelectual en Blockchain)¹⁰.

Por su parte, el Departamento de Derechos Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo ha publicado en 2022 el informe “Derechos de propiedad intelectual y tecnología de registro de distribución con enfoque en las artes de los NFTs y tokens”¹¹ (*Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*), donde se plantea el interrogante de cómo abordar normativamente la cuestión de los NFTs y el problema de la aplicación de las normas existentes a los registros distribuidos. Incluso se pregunta qué sucede en los casos en los que “[...] el principio del derecho internacional privado de *lex rei sitae* falla cuando se trata de registros distribuidos”¹².

Estas son sólo algunas de las iniciativas de regulación impulsadas en el marco de la Unión Europea —hemos tratado de sintetizar algunas de las más relevantes¹³—, existiendo además di-

10 OFICINA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE LA UNIÓN EUROPEA. *EU Anti-counterfeiting Blockathon Infrastructure (EBSI-ELSA) Forum*. Disponible en: <https://www.euipo.europa.eu/en/news/observatory/eu-anti-counterfeiting-blockathon-infrastructure-ebsi-elsa-forum>. Acceso en: 18 oct. 2024.

11 EUROPEAN PARLIAMENT THINK TANK. *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2022\)737709](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)737709). Acceso en: 18 oct. 2024.

12 EUROPEAN PARLIAMENT THINK TANK. *Intellectual Property Rights and Distributed Ledger Technology with a focus on art NFTs and tokenized art*. Ibidem.

13 Entre otras normas de la Unión Europea que nutrieron el presente trabajo

versas propuestas que, si bien aún no se encuentran en vigor, constituyen elementos útiles para la creación de un marco normativo internacional que aborde integralmente las numerosas aristas de esta temática (v.gr.: vinculación con la Inteligencia Artificial, consecuencias en el sistema financiero, desarrollo de la tecnología *Blockchain* desde una perspectiva sostenible, etc.).

La *Blockchain*

Habiendo realizado un breve desarrollo acerca de las soluciones contenidas en reglas de *hard law* y *soft law* aplicables, nos adentraremos en el estudio y análisis de algunos aspectos básicos vinculados específicamente a la tecnología *Blockchain*, su funcionamiento y utilidades.

La *Blockchain* es

[...] un registro digital de información que se almacena de forma distribuida en una red de computadoras (nodos) con la garantía de archivos idénticos en cada una de ellas, [...] un tipo específico de tecnología de contabilidad distribuida que organiza los datos en bloques, los cuales están encadenados cronológicamente por una función criptográfica (hash) y confirmados por un mecanismo de consenso¹⁴.

de investigación, podemos enunciar, por ejemplo: el Consejo para las instituciones de la Unión Europea (Comisión, Consejo y Parlamento) sobre ofertas iniciales de monedas y criptoactivos del año 2019, el Dictamen del Banco Central Europeo del 28 de abril de 2021 acerca de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado (CON/2021/15), y el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de un Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva 2019/1937 de la UE.

14 UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. CAI+D 2020: *Plan de trabajo del proyecto “Derecho Internacional Privado y Tecnología: ¿Un nuevo paradigma de reconstrucción material y procesal?”*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 2020.

Es una base de datos pública y transparente, ya que es posible acceder libremente a los datos de todas las transacciones realizadas en toda su existencia y verificar públicamente que sean fidedignas. Existe una trazabilidad de cada transacción desde su origen que permite observar todas las vicisitudes de un producto insertado en esta red.

Es descentralizada, ya que se encuentra almacenada en una red dispersa de nodos, cada uno de ellos compuesto de *hardware* y *software* aportado por diferentes sujetos que, a cambio de una contraprestación, participan en el sistema y lo controlan. Ello quiere decir que no existe ninguna entidad pública o privada que tenga la potestad de modificar o manipular el almacenamiento de datos de la *Blockchain*.

Las transacciones se registran como un bloque de datos cuya autenticidad no la verifica un tercero sino una red de nodos —ordenadores conectados a la red— independientes e iguales entre sí que la inspeccionan y validan a cambio de una contraprestación en *bitcoin*. En otras palabras, es un sistema de consenso distribuido utilizado para confirmar aquellas transacciones que pretendan incluirse en la cadena de bloques. De esta manera, nadie la controla completamente ni tiene la posibilidad de manipularla a su propio beneficio. A ese sistema se le denomina “*proof of work*”.¹⁵

Después de que un nodo minero encuentra el *nonce*¹⁶ que permite cerrar un bloque, este es transmitido a toda la red, siendo

15 Jakobsson y Juels dicen: “Este es un protocolo en cual un comprobante demuestra a un verificador que ha gastado un cierto nivel de esfuerzo computacional en un intervalo de tiempo específico. Aunque no se definieron como tales ni se trataron formalmente, las pruebas de trabajo se han propuesto como un mecanismo para varios objetivos de seguridad, incluida la medición del acceso al servidor, la construcción de cápsulas de tiempo digitales y la protección contra el envío de correo no deseado y otros ataques de denegación de servicio”. *Proofs of work and bread pudding protocols (extended abstract)*. JAKOBSSON, M.; JUELS, A. Proof of work and bread pudding protocols (extended abstract). 1999. Disponível em: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-0-387-35568-9_18.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.

16 Siglas en inglés para “*number that can only be used once*” o “número que

formalmente incorporado a la *Blockchain*. Una vez incorporado un registro a esta red, no puede ser eliminado.

Así, si asimilamos el complejo funcionamiento de la cadena de bloques, podremos comprender que se trata de mucho más que un medio para registrar criptoactivos y sus transferencias. Si realmente logramos conocer cómo opera la *Blockchain*, nuestra mente se abrirá a todas sus posibilidades y potenciales aplicaciones. Esto abona precisamente al objeto del presente trabajo, creando terreno fértil para abordar las utilidades de la tecnología *Blockchain* en diversos campos.

En la actualidad, sus potencialidades están siendo aprovechadas en la industria financiera, contabilidad, *stock trading*, ejecución de *smart contracts* —como “protocolos de transacción computarizados que ejecutan los términos de un contrato” (SZABO, 1994)¹⁷—, entre diversas otras.

***Blockchain* y Propiedad Intelectual**

Esto nos lleva a su aplicación específica al campo de la Propiedad Intelectual. Hasta el momento, la cuestión de “la influencia de la tecnología *Blockchain* en el DPI” no ha sido ampliamente tratada por parte de la doctrina argentina, sino que su desarrollo se ha comenzado a dar en el ámbito de la doctrina extranjera y de grupos de estudios de organismos internacionales. En este sentido, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un

solo puede ser usado una vez”. Es un número arbitrario que se emplea en criptografía dentro de los protocolos de autenticación. En una red *Blockchain* sustentada en *proof of work*, el *nonce* se combina con el *hash* para constituir elementos de control que evitan la manipulación de la información contenida en los bloques.

17 SZABO, N. *Smart contracts*. 1994. Disponible en: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter-school2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>. Acceso en: 18 oct. 2024.

espacio primordial para el anclaje de opinión jurídica en cuanto a la relación *Blockchain*-Propiedad Intelectual, y donde es factible localizar la mayor cantidad de contenido teórico al respecto.

En nuestra opinión, la *Blockchain* supone una oportunidad única para la gestión de DPI. Así lo ha enunciado CLARK, destacando algunas de sus aplicaciones en el ámbito de la PI:

[...] prueba de paternidad y autenticación de origen, registro y gestión de los derechos de PI; control y seguimiento de la distribución de los DPI, registrados o no; prueba de uso efectivo o primer uso comercial; gestión electrónica de los derechos [...]. También se puede utilizar con fines de autenticación y determinación del origen en los procesos de detección o recuperación de mercancías falsificadas, robadas y de importación paralela”¹⁸.

Si bien la autora ha enfatizado en la utilidad de la *Blockchain* específicamente en materia de marcas, esta tecnología podría ser aplicada en términos de protección, registración e identificación de, tanto la Propiedad Industrial —v.gr.: Invenciones patentables y modelos de utilidad, marcas, modelos y diseños industriales—, como la PI en el sentido estricto —derechos de autor y conexos.

Además, se habilitarían mayores facilidades en términos probatorios, ya que la creación de un sistema de esta índole permitiría obtener prueba fidedigna acerca de fecha y hora de uso de los DPI, frecuencia de uso efectivo, e incluso para determinar el carácter distintivo de una marca o la originalidad de una obra literaria o artística. Así sería más sencillo abordar la prueba de derechos no registrados, como el derecho de autor, y dificultaría la falsificación a través de la trazabilidad de los derechos.

18 CLARK, B. La tecnología de la cadena de bloques y el Derecho de propiedad intelectual: ¿una pareja perfecta en el criptoespacio? *WIPO Magazine*, 2018. Disponible en: https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2018/01/article_0005.html. Acceso en: 18 oct. 2024.

En esta línea, entendemos que la utilización de la *Blockchain* en este área permitiría un abordaje centralizado y extraterritorial de los DPI, habilitando la posibilidad de creación de un registro inmutable de las diferentes vicisitudes de un derecho durante su existencia. Es decir, se podría evolucionar hacia una forma de registración que vaya más allá de las determinaciones administrativas de cada Estado, lo cual podría brindar mayor seguridad jurídica y transparencia.

NFTs y Propiedad Intelectual

Otra cuestión que creemos necesario abordar es la creciente tendencia al desarrollo e intercambio de NFT's —*Non Fungible Tokens*— y su influencia en la PI. Un *token* es una unidad de valor basada en criptografía y emitida por una entidad privada en una *Blockchain* y puede utilizarse para representar la propiedad de objetos únicos como, por ejemplo, obras de arte. De hecho, observamos que numerosos artistas digitales están tokenizando sus obras a través de su transformación en NFT's. Si bien esto no impide la reproducción de estas obras, sí dota al archivo original de una firma que lo hace único. Es decir, ya se están viendo formas en las que, en la práctica, se utiliza la red *Blockchain* para la protección de los derechos de autor y, en sí, de los DPI.

Sin embargo, con los beneficios de esta tecnología también están surgiendo conflictos. En febrero de 2022, surgió el litigio “*Nike INC. v. StockX LLC.*”¹⁹ —siendo este último un importante revendedor de mercadería en línea con base en Detroit, Estados Unidos— donde estaba involucrada la cuestión de los NFTs y su posible colisión con una marca registrada. StockX ha comenzado

19 UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Nike, Inc. (Plaintiff) v. StockX LLC (Defendant)*. Case No. 22-cv-983. Disponible en: <https://heitnerlegal.com/wp-content/uploads/Nike-v-StockX.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2024.

a incursionar en el mercado de los NFT, permitiendo a sus clientes adquirir calzado de diferentes marcas, incluyendo Nike, pero sin tocar el artículo físico. De esta manera, los NFT, que muestran imágenes del producto, certifican la propiedad de ítem físico y pueden ser intercambiados por él.

A raíz de ello, Nike ha interpuesto una demanda ante la Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York²⁰ con el objetivo de prohibir a StockX el uso no autorizado de su marca registrada a través de sus NFT para competir con Nike en el mercado, además de la reparación del daño. Allí afirma que StockX “se estaba aprovechando descaradamente” de las marcas comerciales de Nike. Dentro de sus argumentos, la actora alega violación a la normativa en materia de marcas, falsa designación de origen, competencia desleal, daños a la reputación de la empresa, entre otras. Además, manifiesta que los consumidores podrían incurrir en confusión al creer que los NFT creados por la demandada se encuentran autorizados por Nike, cuando en la realidad no lo están.

StockX respondió que existía una caracterización errónea del servicio que se proporciona a través de su experiencia NFT, a través de la cual únicamente se plasma una prueba de propiedad de bienes físicos particulares. Exponen que los clientes utilizan este recurso como herramienta para intercambiar productos en calidad de inversión, sin los costos de los envíos repetidos. Aquí surge el cuestionamiento de si el NFT es meramente un medio para identificar un producto, como plantea StockX, o es un producto que posee valor por sí mismo.

El *Michelson Institute for Intellectual Property* ha analizado el caso planteando que,

20 UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Nike, Inc. (Plaintiff) v. StockX LLC (Defendant)*. Case No. 22-cv-983. Ibidem.

[...] si el Tribunal fallase a favor de Nike, los NFTs podrían ser concebidos como productos independientes que deben seguir estrictas regulaciones en materia de marcas registradas, lo que significaría que se necesitarían licencias y permisos para usar imágenes y nombres de marcas en sus NFTs”²¹ (traducción propia).

Por otro lado, analizan que, en caso de que StockX saliera victorioso de la disputa,

[...] prevalecería la idea de que los NFT pueden funcionar como recibos digitales para productos físicos, creando nuevas oportunidades para en el mercado de memorabilia, ofreciendo [...] una forma segura y transparente de comprar, vender e intercambiar coleccionables²² (traducción propia).

Esta controversia aún se encuentra en curso.

Otro ejemplo de disputa legal en relación a los NFT y la propiedad intelectual es el caso “*Hermès International and Hermès of Paris, INC. v. Mason Rothschild*”²³. En enero de 2022, Hermès inició acciones legales contra el artista Mason Rothschild por una serie de NFT denominados “MetaBirkin”, que son representaciones digitales similares al icónico Bolso Birkin de la marca Hermès, aduciendo la existencia de riesgo de confusión de los consumidores con su marca comercial.

21 MICHELSON INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY. *Nike vs. StockX: shaping the future of NFTs in sports*. 2024. Disponible en: <https://michelsonip.com/nike-vs-stockx-shaping-the-future-of-nfts-in-sports/>. Acceso en: 18 de octubre de 2024.

22 MICHELSON INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY. *Nike vs. StockX: shaping the future of NFTs in sports*. Ibidem.

23 UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Hermès International and Hermès of Paris INC. (P.) v. Stockx LLC (D.)*. 2024. Disponible en: <https://www.documentcloud.org/documents/21181175-hermes-international-vs-mason-rothschild?responsive=1&title=1>. Acceso en: 18 de octubre de 2024.

El caso fue resuelto en febrero de 2023, condenándose a Rothschild a reparar los daños y perjuicios causados a Hermès en razón de haber infringido sus derechos de marca y por *cybersquatting* —relacionado al registro del dominio de internet “MetaBirkins.com”—, desestimando por ende el argumento del demandado basado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, la decisión ya ha sido apelada por Rothschild, e incluso una coalición liderada por el colectivo artístico “MSCHF” y organizaciones ligadas a la defensa de la libertad de expresión han presentado un *amicus* en apoyo al artista²⁴.

Aún es un interrogante cómo continuará resolviéndose esta cuestión en los tribunales, pero lo cierto es que se presentan cada vez más casos a medida que continúa avanzando su desarrollo. Ya constituye una necesidad que reclama la modernización y, además, que el DPI se adapte continuamente a estos avances.

Interrogantes y desafíos

En consecuencia, debemos cuestionarnos cómo resulta viable compatibilizar el interés de los Estados en concentrar la registración de DPI con las amplias oportunidades que ofrece utilizar la tecnología *Blockchain* para su protección. Nuestro análisis no pierde de vista que muchos países en materia de PI establecen normas de jurisdicción exclusiva en relación al litigio de ciertos aspectos vinculados a la PI, industrial y derechos análogos.

Consideramos necesario plantear múltiples interrogantes, como, por ejemplo: ¿Resignarían los Estados sus jurisdicciones locales para propiciar la creación de un sistema descentralizado y global de registración y protección de PI? ¿Dejarían de lado la mera territorialidad para avanzar hacia un reconocimiento más amplio?

24 CENTER FOR ART LAW. JOHNSON, Harper. *Case review: Hermès International v. Rothschild*. 2024. Disponible en: <https://itsartlaw.org/2024/05/07/case-review-hermes-v-rothschild/>. Acceso en: 18 de octubre de 2024.

¿Hasta qué punto y a través de qué instrumentos se podría tender hacia una mayor homogeneización de la normativa de fondo? Sin dudas, resolver todo ello implicará, como bien enuncia el título del CAI+D en el que se enmarca este trabajo, “*un nuevo paradigma de reconstrucción material y procesal*”.

En este sentido, el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) se ve íntimamente relacionado con estos interrogantes y con la utilización de esta tecnología disruptiva en el ámbito de la Propiedad Intelectual. Esta conclusión a la que hemos arribado se sustenta en la naturaleza intrínsecamente transfronteriza de la cadena de bloques, y en su característica deslocalización y descentralización. Teniendo esto en consideración, resulta fundamental estudiar la interacción de la *Blockchain* con las normas de DIPr que, a las claras, entrarán en juego a la hora de emplear dicha tecnología.

Podríamos afirmar que la *Blockchain* plantea importantes desafíos para el DIPr puesto que, en gran medida, opera al margen del ordenamiento jurídico y pone en jaque el tradicional monopolio legislativo del Estado. Por ello es que, si bien el DIPr en su estado actual podría dar respuesta a numerosas problemáticas que podrían surgir en el marco de la utilización de la *Blockchain*, sería aconsejable emprender un proceso de adaptación de sus normas para *agiorarlas* a las particularidades derivadas de la introducción de la cadena de bloques al tráfico jurídico.

Recordemos que el objeto del DIPr es:

[...] ordenar normativamente las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales [...] La vida internacional de las personas da lugar a conductas relacionadas con diversos territorios nacionales y, por tanto, con diversos territorios jurídicos, pues resulta obvio que cada Estado nacional organiza su propio derecho interno. Debido a la vinculación del caso con una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, aquél aparece social y normativamente multinacionalizado²⁵.

25 BOGGIANO, A. *Curso de derecho internacional privado: derecho de las rela-*

Surge evidente entonces que la naturaleza transfronteriza de la *Blockchain* redundante en la concreta posibilidad de que su utilización propicie el surgimiento de casos iusprivatistas multinacionales, a cuya solución más justa se deberá arribar a través de las herramientas que el DIPr proporciona.

Ruiz Rodríguez plantea que:

[...] gran parte de la doctrina afirma que el empleo de la cadena de bloques será suficiente por sí mismo para considerar como ‘internacional’ una determinada operación celebrada a través de dicha cadena [...], la tecnología utilizada va a conectar la situación con cada uno de los Estados extranjeros en los cuales se localice uno de los nodos de la red. Dicha circunstancia, por tanto, permite afirmar que estamos ante una tecnología intrínsecamente ‘internacional’²⁶.

Las incertidumbres jurídicas que nacen a partir de la naturaleza transfronteriza de la *Blockchain* deberán ser abordadas desde la perspectiva del DIPr, a raíz de la inexistencia de normas sustantivas internacionales que puedan aplicarse a las operaciones realizadas en dicha red, ya sea de forma directa o por analogía. Todo ello sobre la base de la consideración de las particularidades de esta tecnología y el sinfín de operaciones no previstas normativamente que alberga.

Entendemos que el camino es el desarrollo de normas que procuren garantizar la seguridad jurídica, pero también preservando un equilibrio entre regulación e innovación tecnológica. De hecho, algunos organismos internacionales se encuentran analizando desarrollar instrumentos de regulación de la *Blockchain*, tales como UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del

ciones privadas internacionales. 16. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

26 RUIZ RODRÍGUEZ, R. *Blockchain y Derecho Internacional Privado*. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 43, p. 1-30, junio 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/126186/1/Ruiz-Rodriguez_2022_REEI.pdf. Acesso em: [data de acesso].

Derecho Privado) y UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Asimismo, la Unión Europea está impulsando iniciativas regulatorias en diversos campos, algunos de los cuales ya hemos mencionado.

No obstante, es necesario tener en cuenta algunos aspectos concretos a la hora de legislar en esta materia. Resulta primordial, por ejemplo, encontrar un equilibrio entre innovación tecnológica y protección de los derechos de los particulares, y entre la descoordinación en la velocidad en que se producen el desarrollo tecnológico y el normativo.

El objetivo sería propiciar la uniformización de la normativa, pero buscando aprovechar al mismo tiempo las cualidades de eficiencia, rapidez y rendimiento de estas tecnologías, y sin dejar de proporcionar protección, seguridad y certeza a sus operadores a través de herramientas de carácter transfronterizo. Empero, la experiencia demuestra lo complejo que resulta emprender la armonización del Derecho sustantivo en el plano internacional. Por ello es que dicha innovación sustantiva debe tener al DIPr como protagonista.

Este proceso de uniformización tiene sus riesgos. Partiendo de la premisa de la velocidad que caracteriza al desarrollo tecnológico, el legislador —a través de la creación normativa— podría terminar creando medidas confusas, divergentes y desactualizadas con respecto a los impetuosos avances de esta tecnología.

A su vez, si se interviene demasiado anticipadamente, se podría llegar a resultados contraproducentes, ya que dicha normativa podría rápidamente convertirse en obsoleta. Entendemos que sería recomendable entonces respaldar los esfuerzos autorreguladores de los particulares y esperar a que esta tecnología adquiriera cierto rodaje previo a legislar.

Desde nuestra visión, frente a la ausencia de un cuerpo legislativo uniforme, el camino está en la jerarquización del principio de autonomía de la voluntad conflictual, a través del cual las partes establecerían claramente la ley aplicable a sus relaciones jurídicas,

garantizando un mínimo de seguridad jurídica. Esta propuesta se complementa con el valor de la libertad individual, que es el fundamento filosófico mismo de la *Blockchain*.

De esta manera, resultaría conveniente dejar la mayor amplitud de acción posible a la autonomía de la voluntad y promover la elección de ley por parte de los usuarios de esta tecnología. En subsidio, a falta de elección de ley, sería plausible la aplicación de la *lex fori* cuando la deslocalización de la transacción impida establecer la ley del país con las conexiones más estrechas con el caso. En palabras de López Rodríguez:

[...] es preferible que el legislador adopte una postura más flexible, que favorezca la autorregulación y dé más libertad a las empresas para elegir la alternativa más favorable para cumplir con la regulación, siendo en último término el mercado el que seleccione la solución más viable comercialmente²⁷.

Más allá de dicha posibilidad, la ausencia de elección de ley evidencia las limitaciones de las normas existentes en el contexto deslocalizado de la *Blockchain*, fundamentalmente cuando no existe un elemento “físico”, un contrato o cualquier relación fuera de la red en la que se encuentre respaldada la transacción virtual. Esta circunstancia tiene similares implicancias en lo atinente a jurisdicción y la eficacia extraterritorial de las decisiones. En un caso de este estilo, no sería factible la aplicación de la ley del país con vínculos más estrechos, teniendo en cuenta que la *Blockchain* opera en esta arquitectura descentralizada.

Es otras palabras, resulta necesario analizar especialmente el caso de relaciones jurídicas que se encuentran sometidas a un grado más alto de autorregulación, ya que se desenvuelven exclusivamente en la red. En estas circunstancias, la defensa de los intereses públicos y generales es aún más compleja. Esta sería una oportuni-

27 LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*

dad para que el Derecho Internacional Privado se erija como garante de la seguridad jurídica y, primordialmente, de los mecanismos de protección de los consumidores, de los inversores, de la competencia, aunque siempre fomentando la creación de las mejores soluciones legislativas e incentivando la innovación tecnológica. En este contexto, el DIPr tendría una función tuitiva de las partes más débiles de estas relaciones jurídicas.

Ruiz Rodríguez juzga más adecuada la regulación a través de instrumentos de *soft law*, como “[...] recomendaciones, leyes modelo o guidelines”²⁸ con el objetivo de ofrecer pautas básicas de orientación de la política legislativa estatal, propiciando la armonización normativa con estos criterios como parámetro. Dichos instrumentos serían necesarios con el objetivo de determinar qué autoridad será competente para entender en los casos que involucren operaciones realizadas en la *Blockchain* y para decidir una ley aplicable que pueda solucionar las problemáticas que surgen a partir de la utilización de esta tecnología.

Se ha sostenido además que

[...] algunos autores vaticinan que los algoritmos terminarán por desplazar al Derecho y a jueces y tribunales marcado por la aparición de un nuevo cuerpo de normas independientes de la ley estatal. Es lo que se denomina *Lex Cryptographia*, entendida como un conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas”²⁹.

Así, los agentes del tráfico propician la creación de la *Lex Cryptographia* para autorregular sus relaciones jurídicas de una manera que responda específicamente a las necesidades del tráfico y comercio internacional, “[...] al margen del monopolio legislativo del Estado”³⁰.

28 RUIZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*

29 LÓPEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*

30 *Id.*, *ibid.*

El desarrollo de la *Lex Cryptographia*, no obstante, debería conjugarse con la intervención del Derecho estatal, que cumpliría un rol de actuación ante situaciones en las que la tecnología encuentre un límite, como los errores de programación o *hackeos*.

Por otra parte, en lo relativo a la jurisdicción, se acentúa aún más la prescindencia de intermediarios, por ejemplo, a través de la autoejecución de operaciones y acuerdos por medio de *smart contracts*. Observamos que no sólo se está comenzando a plantear la posibilidad de que el avance de la *Blockchain* desplace instrumentos normativos existentes, sino también que modifiquen trascendentalmente las formas tradicionales de resolución de conflictos.

No obstante, entendemos que, al día de hoy, y teniendo en consideración el nivel de desarrollo de la normativa y de esta tecnología, no resulta factible prescindir completamente de los mecanismos clásicos de solución de controversias, ya sean arbitrales o estatales. En primera instancia, la eventual utilización de herramientas tecnológicas jurisdiccionales tendría complicaciones en lo atinente al abordaje de supuestos de responsabilidad extracontractual, o en razón de la existencia de fallas en la autoejecución de las obligaciones en los *smart contracts*, errores de programación, entre otras vicisitudes.

No resulta menor considerar, además, que la interpretación de las relaciones jurídicas requiere, en la mayoría de los casos, una ponderación que supera las capacidades de la programación, donde sería difícil para una máquina —al menos por el momento e independientemente de los enormes avances en el campo de la Inteligencia Artificial— descifrar y sacar conclusiones en función de conceptos jurídicos abiertos como, por ejemplo, la “buena fe”, las “buenas costumbres”, la “razonabilidad”, el “buen hombre de negocios”, y demás.

Además, la ejecución automática a través de la programación presenta obstáculos en torno a lo atinente al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Conforme las normas de DIPr, para que una sentencia o laudo tenga plenos efectos en un Es-

tado determinado, los/as interesados/as deben solicitar su reconocimiento en sus tribunales, con el objetivo de que dichas autoridades corroboren que el instrumento cumpla con los estándares de orden público internacional del foro. Sin embargo, la autoejecutabilidad “*esquiva dicho control de legalidad y podría implicar incluso la vulneración de la normativa relevante, por ejemplo, en materia de derecho de la competencia*”³¹, o de cualquier principio fundamental que sustente el ordenamiento jurídico de un Estado determinado.

Pensamos que el arbitraje podría erigirse como alternativa para la resolución de controversias acaecidas en el marco de operaciones realizadas en la *Blockchain*, teniendo en consideración que —ante las deficiencias del sistema jurídico y el aún leve estado de maduración de normativa de DIPr uniforme acerca de esta temática— sería conveniente que el acento se coloque una vez más en los agentes del tráfico y los particulares.

CONCLUSIÓN

Los Estados, la comunidad internacional y, fundamentalmente, los particulares deberán adaptarse a estas circunstancias, y comenzar a aunar esfuerzos para engendrar normas jurídicas en el marco del DIPr que se *aggiornen* a las necesidades actuales en términos de innovación.

Ello requiere un fino equilibrismo por parte de los operadores jurídicos, concentrado en preservar la seguridad jurídica, pero sin ceder en la libertad individual característica de la *Blockchain*.

Desde nuestra visión, el camino es a través de la creación de instrumentos de *soft law* en el seno de organizaciones que nucleen a los agentes del tráfico, que son quienes tienen en claro sus necesidades y, además, los beneficios y limitaciones de esta tecnología en sus operaciones. Esta concepción aplica a todos los campos del

31 RUIZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*

Derecho en los cuales la *Blockchain* puede ser aprovechada, encontrándose contemplado el ámbito de la Propiedad Intelectual, que ha sido el principal objeto de la presente investigación.

Si bien el potencial de esta tecnología resulta innegable, entendemos que al momento carece de desarrollo suficiente para hacer de su implementación la regla, teniendo en cuenta los desafíos jurídicos que implica y las dificultades en la transición de la teoría a la práctica.

Sin embargo, los resultados de la búsqueda de alternativas para la aplicación de la *Blockchain* al Derecho —y a la Propiedad Intelectual, en particular— dependerán de la medida de los esfuerzos de la comunidad internacional de cara a eventuales avances normativos. Aquí será esencial el rol del DIPr como arquitecto de la red de contención que se precisa para garantizar la seguridad jurídica necesaria para que esta tecnología prospere, y como orientador de dichos esfuerzos de creación normativa.

Es claro: el camino a transitar en el análisis de la sinergia entre tecnología *Blockchain* y DPI es arduo y complejo, pero de insospechada importancia para la vida colectiva e individual, lo cual lo convierte en una aventura apasionante, no solo desde la perspectiva del análisis del fenómeno en tiempos de gobernanza global —donde la soberanía territorial de la PI se redefine—, sino porque el mismo principio actúa como paradigma de proyección y protección de varios derechos que actúan en conjunto.

REFERENCIAS

- BOGGIANO, A. *Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- BRITAIN, B. StockX strikes back at Nike in NFT lawsuit. *Thomson Reuters Magazine*, 2022. Disponible em: <https://www.reu->

- ters.com/legal/litigation/stockx-strikes-back-nike-nft-laws-uit-2022-03-31/ Acesso em: 18 nov. 2023.
- CARBALLO PINEIRO, L.; KRAMER, S. The role of private international law in contemporary society: global governance as a challenge. *Erasmus Law Review*, n. 3, 2018.
- CLARK, B. Blockchain and IP Law: A Match made in Crypto Heaven? *WIPO Magazine*, 2018. Disponível em: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0005.html. Acesso em: 18 nov. 2023.
- EMERY, M. A. *Propiedad intelectual. Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2019.
- JAKOBSSON, M.; JUELS, A. Proof of work and bread pudding protocols (extended abstract). 1999. Disponível em: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/978-0-387-35568-9_18.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.
- LIPSZYC, D. *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía, 2006.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M. Ley aplicable a los smart contracts y Lex Cryptographia. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 13, n. 1, 2020, p. 441-459.
- RUIZ RODRÍGUEZ, R. Blockchain y Derecho Internacional Privado. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 43, p. 1-30, junio 2022. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/126186/1/Ruiz-Rodriguez_2022_REEI.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.
- SZABO, N. Smart contracts. 1994. Disponível em: <www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature>.

UN RETO COMÚN DE LA JUSTICIA CIVIL EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA: LAS COMUNICACIONES ESCRITAS POR VÍA ELECTRÓNICA

Diana Marcos Francisco¹²

INTRODUCCIÓN

La pandemia del COVID-19 ha demostrado que los medios electrónicos son muy eficaces y eficientes y muy especialmente en lo que a actos de comunicación se refiere. Antes de la pandemia ya se utilizaban los medios electrónicos para determinados actos de comunicación en los procesos o procedimientos judiciales. Pero fue la lamentable pandemia la que constituyó el *turning point* (punto de inflexión) que hizo ver la gran utilidad que pueden llegar a tener las conocidas como TIC (tecnologías de la información y comunicación) -a la vez que dejó ver sus falencias- y aceleró reformas legislativas en los distintos países para fomentar el uso de medios electrónicos en todos los ámbitos y, en particular, en el de la Administración de Justicia. Pensemos en que fruto de

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género”, PID-2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y se corresponde con la conferencia impartida en el Congreso Internacional “Gênero, tecnologia e processo. Fronteiras em debate”, celebrado en la UFES (Brasil) los días 24 a 26 de octubre de 2024.

2 Profesora Titular de Derecho Procesal - Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

la Tercera Revolución Industrial, que ya hace años -en la década de 1950- comenzaba a transformar paulatinamente la sociedad analógica en digital, llegaron medidas como la sustitución del documento en papel por el documento electrónico, las comunicaciones por correo electrónico, la práctica de pruebas mediante videoconferencia e, inclusive, la celebración completa de vistas virtuales telemáticas o *virtual hearings* -algo que en principio era impensable y que, como consecuencia del COVID-19, pasó a ser casi la regla en los tribunales españoles³-.

Pues bien, estamos en los inicios de la -que el economista KLAUS SCHWAB llamó- Cuarta Revolución Industrial (4.0), que implica una sociedad en la que todo gira en torno a la tecnología (donde la inteligencia artificial tiene un papel protagonista) y en la que se produce una verdadera metamorfosis a nivel tecnológico en incontables sectores o ámbitos de la vida⁴ -también el de la justicia-, y que, por tanto, requiere de bases normativas que generen seguridad jurídica y, por ende, confianza en los usuarios de las tan avanzadas tecnologías. En este sentido, y en relación con la disruptiva inteligencia artificial, cabe citar el reciente Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n°

3 Al respecto puede verse GARCÍA SANZ, J. y GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA, J., “Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración”, *Diario la Ley*, 16 de junio de 2020 (edición electrónica); y SANCHIS, C., “Vistas telemáticas y plataformas digitales: algunas cuestiones”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, 2022, p. 364-401.

4 Como bien indica BARONA VILAR, estamos ante “una sociedad basada, diseñada y estructurada desde y con la tecnología; una sociedad en la que ocupan lugares privilegiados las redes sociales, la nube, el internet de las cosas (IoT), la inteligencia artificial, los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, la biotecnología, el *big data*, la *machine learning*, el *deep learning*, y un largo etcétera que nos encaminan hacia un mundo inteligente” (vid. “Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿Solución o problema?”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, p. 21. Vid. también p. 22).

168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

Dejando de lado la disruptiva IA, pero continuando con los medios digitales, medios que nos guste o no han venido para quedarse, en muchos países e, inclusive, en la propia UE, se está legislando con dos finalidades o adoptando dos tipos de medidas fundamentales, a saber:

1^a) que quienes se relacionen con ocasión de procesos judiciales lo hagan de forma electrónica, remitiendo por esta vía los datos⁵, escritos o documentos correspondientes;

2^a) y fomentar el uso de la videoconferencia, también con ocasión de procesos judiciales, ya sea para practicar determinados medios probatorios orales (p. ej., interrogar a las partes, testigos o peritos) ya sea para celebrar vistas.

Hablando coloquialmente, “para muestra, un botón”. Basta con estar al reciente Reglamento (UE) 2023/2844, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial. Este Reglamento, por un lado, se aplica a los procedimientos de cooperación judicial para facilitar la comunicación electrónica escrita en procesos judiciales civiles, mercantiles y penales transfronterizos, tanto entre las propias autoridades competentes como entre ellas y las personas físicas o jurídicas que ya sean parte en dichos procesos; y, por otro lado, establece normas sobre el uso de videoconferencia u otras tecnologías de comunicación a distancia para fines distintos a la práctica y obtención de pruebas confor-

5 La seguridad en la transmisión de los datos es quizá el mayor reto de la implantación de las TIC en los órganos judiciales. *Vid.* PÉREZ ESTRADA, M. J., “Los principios del nuevo proceso judicial civil tras la reforma del RD-Ley 6/2023”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, p. 232.

me al Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas), esto es, sobre la celebración de vistas de forma telemática en materia civil, mercantil y penal⁶. Instrumentos jurídicos como estos dos Reglamentos citados se consideran esenciales para contribuir a la plena consolidación de un mercado único en general (y, en particular, digital). Y ello porque todas estas nuevas normas (sobre todo necesarias para poder llevar a cabo actos procesales en Estados distintos al que conoce del proceso judicial dado que el ejercicio de función jurisdiccional deriva de la soberanía de cada Estado) pretenden mejorar la legislación vigente y conseguir procedimientos judiciales más baratos, rápidos y seguros, lo que redundará en una mayor confianza en los sistemas judiciales de resolución de conflictos transfronterizos y, por ende, en un incremento de transacciones internacionales.

Y algo similar cabe decir con respecto a la legislación española, la cual apunta a igual doble dirección, especialmente tras las modificaciones operadas por el reciente Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo⁷.

6 Coetáneo a este Reglamento es el Reglamento (UE) núm. 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos), otra muestra del reseñado fomento del uso de medios electrónicos. Sobre el mismo puede verse PALAO MORENO, G., “El Reglamento (UE) núm. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, p. 190-223.

7 BOE núm. 303, de 20 de diciembre de 2023. De hecho, tal Real Decreto-Ley 6/2023 llega a plantear el uso de inteligencia artificial y la automatización de actuaciones procesales. En este sentido autores como PARDO IRANZO,

Pues bien, no hay duda de que la transformación digital con medidas como la aludida comunicación electrónica de datos escritos y el uso de la videoconferencia o similares para transmitir datos (en este caso, sobre todo, de forma oral), y que está presente mucho más allá de las fronteras de la Unión Europea⁸, “es un paso esencial para mejorar el acceso a la justicia y la eficiencia, calidad y transparencia de los sistemas judiciales”⁹. Por consiguiente, tales medidas se encuentran en perfecta concordancia con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, que “pretende promover sociedades pacíficas e inclusivas, facilitar el acceso a la justicia para toda la población y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles”¹⁰.

Así las cosas, seguidamente me centraré en el presente trabajo en analizar algunas importantes normas que recientemente se han dictado para fomentar y conseguir un mayor uso de las TIC con ocasión de procesos o procedimientos judiciales civiles tanto en el seno de la Unión Europea como en España. Y ello en lo que se refiere a la remisión de información escrita o documentos con trascendencia procesal.

V., afirman “que ha emergido una nueva regla del procedimiento -el principio de automatización-”. Vid. su obra “Los principios del procedimiento en tiempos de justicia digital e inteligencia artificial: la regla de la automatización y sus consecuencias”, en CALAZA LÓPEZ, S. y ORDENANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Next Generation Justice: Digitalización e Inteligencia Artificial*, La Ley, 2024, p. 115-144, donde analiza las nuevas actuaciones procesales (automatizadas), su forma y consecuencias.

8 Así, puede verse RAIZER BORGES MOSCHEN, V., “A harmonização do Direito Internacional Privado na era digital: o guia de boas práticas em matéria de cooperação jurisdicional para as Américas”, *Atualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, p. 240-263. Como indica dicha autora, ya “em 2021, na 98ª sessão ordinária, de 5 a 9 de abril, o Comitê Jurídico Interamericano (CJI) aprova a inclusão em sua agenda de trabalho do tema “As novas tecnologias e sua relevância para a cooperação jurídica internacional”.

9 Vid. Considerando 7 del Reglamento (UE) 2023/2844.

10 Vid. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>, consultada el 08.10.24.

LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LA TRANSMISIÓN DE DATOS ESCRITOS EN LA UNIÓN EUROPEA: EL REGLAMENTO (UE) 2023/2844

Centrándonos en el ámbito de la jurisdicción civil, este Reglamento se aplica a los procedimientos de cooperación judicial en materia civil y mercantil¹¹ para facilitar la comunicación electrónica escrita tanto entre los propios órganos jurisdiccionales (u otras autoridades competentes)¹² de los distintos Estados miembros de la Unión Europea (comunicación regulada en el art. 3) como entre ellas y las personas físicas o jurídicas que sean o vayan a ser parte en dichos procedimientos judiciales (comunicación regulada en el art. 4). Pero no se aplica a toda cooperación judicial que se pueda llevar a cabo con ocasión de cualesquiera procesos o procedimientos judiciales civiles, sino únicamente a aquella que se realice al amparo de la Directiva¹³ y los doce Reglamentos¹⁴ que contine su

11 Nótese que este y otros instrumentos de cooperación judicial en la UE son esenciales para garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de su Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009) y en el art. 24.1 CE.

12 Repárese en que, a efectos del Reglamento, en lo que a estas comunicaciones electrónicas en la transmisión de escritos se refiere, también puede ser “autoridad competente” “una fiscalía, una autoridad central y otras autoridades competentes definidas, designadas u objeto de notificación de conformidad con los actos jurídicos enumerados” en el Anexo I (art. 2.1).

13 A saber, Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

14 A saber: 1) Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; 2) Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; 3) Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; 4) Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; 5) Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Con-

Anexo I, que es el aspecto fundamental que concierne directamente al objeto de estudio abordado en el presente trabajo¹⁵.

Se trata, por tanto, en primer lugar, de permitir -y hacer obligatorio- el contacto digital o electrónico entre autoridades competentes de los Estados miembros. En este sentido, estas en principio se deberán relacionar *ex art.* 3.1 por medio de un sistema informático descentralizado “seguro, eficaz y fiable”¹⁶ (ya no será posible uti-

sejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; 6) Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; 7) Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil; 8) Reglamento (UE) 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil; 9) Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia; 10) Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; 11) Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas; 12) y Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

15 El Reglamento, como sabemos, también se aplica a la cooperación en el ámbito penal, siendo el Anexo II el que recoge los instrumentos jurídicos (Reglamentos, Decisiones Marco y Directivas) en dicho ámbito.

16 La idea es que se generalice el uso de este sistema electrónico, incluso entre las propias autoridades nacionales con ocasión de los procedimientos transfronterizos mencionados, que también podrán utilizarlo (*vid.* apartado 6). Pero este mismo precepto recoge en sus apartados 2 a 4 los casos excepcionales en que se podrá hacer uso de medios de comunicación alternativos, a saber: 1) cuando falle o se interrumpa el sistema informático; 2) cuando no lo permita la naturaleza de lo que deba transmitirse; 3) por causas de fuerza mayor; 4) o, en general, cuando el sistema informático no resulte el adecuado atendiendo a las circunstancias del caso (lo que en ningún caso podrá entenderse sucede

lizar cualquier medio que los órganos jurisdiccionales consideren adecuado¹⁷), basado en e-CODEX (sistema de comunicación para la justicia digital mediante intercambio electrónico de datos)¹⁸, que conecta electrónicamente los sistemas judiciales nacionales de los Estados miembros, permitiendo el envío y recepción electrónica de documentos o información escrita. El carácter descentralizado del sistema permite un intercambio directo de datos entre autoridades competentes de distintos Estados sin que ningún órgano de la Unión Europea deba intervenir.

Y, en segundo lugar, se trata de posibilitar las relaciones *online* entre personas físicas o jurídicas (o sus representantes) que sean parte -o vaya a serlo- en los distintos procedimientos transfronterizos civiles y las autoridades competentes de los Estados miem-

para transmitir los formularios al uso previstos en los instrumentos jurídicos a los que resulta aplicable el Reglamento). Y es que hay que tener en cuenta que, tal y como reza el Considerando 25, en ciertos casos puede resultar más adecuada una comunicación personal directa entre autoridades competentes, como sucede al amparo de los Reglamentos (UE) 215/848 y (UE) 2019/1111; casos en que podría ser conveniente utilizar vías de comunicación tales como el correo electrónico o, incluso, la videoconferencia. Pensemos, p. ej., en “averiguar si hay medidas de protección disponibles para el niño u otro progenitor en el Estado al que se deba restituir; averiguar si el tribunal extranjero ha dictado una resolución sobre las mismas partes e idéntico objeto; verificar si el tribunal extranjero ha constatado la existencia de violencia doméstica; verificar si será pertinente una transferencia de competencia al juez mejor situado para conocer del asunto; para la evaluación del interés superior del menor y de su derecho a ser oído; para la ayuda en la gestión de los procedimientos de retorno de menores; recabar soporte de la mediación internacional; y, en general, cualquier asunto en que la situación lo requiera”. *Vid.* DE BLAS JAVALOYAS, J. R., “Las videoconferencias transfronterizas como medio de simplificación y aceleración de la obtención de pruebas en los procesos de Derecho de familia en la Unión Europea”, *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 142, 2023, p. 21.

17 Como ha venido siendo al amparo del Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015.

18 Su base jurídica se establece en el Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, relativo a un sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal. Entre sus objetivos se encuentra el de hacer que la cooperación judicial entre los Estados miembro de la UE sea *digital by default*.

bros (incluidas las autoridades centrales¹⁹), para lo cual se creará un punto de acceso electrónico europeo en el Portal Europeo de e-Justicia. Estamos ante una nueva forma de comunicación alternativa o yuxtapuesta a las ya existentes en los distintos Estados miembros, tanto de forma tradicional en papel como vía electrónica.

Este punto permitirá a personas físicas y jurídicas presentar demandas y otras solicitudes, enviar y recibir información procesal, y comunicarse con las autoridades competentes o recibir notificaciones y traslados de documentos judiciales o extrajudiciales; punto a través del cual tales autoridades competentes recibirán las comunicaciones y para cuyo uso será esencial contar con el consentimiento expreso de dichas personas físicas o jurídicas. Tal consentimiento deberá otorgarse *ad hoc* para el concreto procedimiento, lo que debe poder hacer la persona física o jurídica que presente la demanda u otra solicitud de inicio de un procedimiento en este mismo acto (*vid.* art. 4, apartados 4 a 6). Pensemos, p. ej., en la presentación de una demanda de juicio monitorio europeo o de proceso europeo de escasa cuantía²⁰: en éstas deberá poder la parte manifestar su consentimiento de comunicarse mediante el punto de acceso electrónico europeo²¹, para lo cual será preciso modificar los formularios que actualmente están previstos en los Reglamentos que regulan estos dos procesos y en otros instrumentos jurídicos que también anexas formularios de inicio a instancia de la parte (persona física o jurídica) interesada. Lo que no aclara -como debería haber hecho- el Reglamento con respecto al consentimiento es cómo deberá prestarlo

19 Es el caso de los Reglamentos (CE) 4/2009 y (UE) 219/1111 (art. 4.2.f). Dicho esto, no hay que perder de vista que también es posible que las autoridades competentes -en el ámbito de tales Reglamentos- se relacionen excepcionalmente de forma directa haciendo uso de otros medios, como podría ser la videoconferencia. *Vid.* Considerando 23 del Reglamento (UE) 2023/2844.

20 En realidad, esto (firmar y presentar electrónicamente los distintos formularios en materia de proceso monitorio europeo y de escasa cuantía a través del portal <https://e-justice.europa.eu/>) ya ha venido siendo posible desde que está en uso el sistema e-CODEX.

21 Es más, conforme al art. 4.6 de debe poder prestar el consentimiento “por separado a efectos de comunicación, notificación y traslado de documentos”.

el destinatario de las primeras comunicaciones electrónicas cuando él no haya llevado la iniciativa en el procedimiento. Pensemos, a modo de ejemplo, en la notificación por el punto de acceso electrónico al deudor del escrito de incoación del procedimiento para obtener un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en la notificación al demandado de la petición de requerimiento europeo de pago en el proceso monitorio o en la notificación al demandado de la demanda de proceso europeo de escasa cuantía.

En definitiva, estamos ante toda una serie de posibles relaciones electrónicas futuras²² con ocasión de los procedimientos regulados en distintos instrumentos jurídicos; algunos de los cuales ha tenido que modificar el Reglamento ahora comentado para incorporar el uso del sistema informático descentralizado y del punto de acceso electrónico europeo (que no es más que una parte de aquél). Las concretas modificaciones que tal Reglamento ha operado en el ámbito de la cooperación judicial civil y mercantil son:

1) Modificación del Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. En concreto, se reforma su art. 13.1 para permitir que el escrito de incoación o documento equivalente pueda notificarse al deudor por los medios electrónicos establecidos en los arts. 19 y 19 *bis* del Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo (en este sentido se añade la letra e) al precepto). Por tanto, y por lo que al empleo de instrumentos digitales se refiere, además de per-

22 Las relaciones electrónicas previstas en el Reglamento (UE) 2023/2844 deberán ser posibles y observarse en los procedimientos que se inicien “desde el primer día del mes siguiente al período de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de los actos de ejecución correspondientes, a que se refiere el artículo 10, apartado 3, por los que se establezca el sistema informático descentralizado para cada uno de los actos jurídicos enumerados en los anexos I o II” (art. 26.3 y 4). De ello se infiere que hasta dentro de unos 7 años no podremos hablar de comunicaciones electrónicas plenas en relación con todos los Reglamentos, Directivas y Decisiones Marco a que aluden los Anexos I y II del Reglamento.

mitir la notificación al deudor “por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor” (letra d), se permite mediante medios electrónicos garantistas admitidos por el Estado del foro para notificar documentos nacionales y también mediante el punto de acceso electrónico europeo.

2) Modificación del Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. En particular, se reforman los arts. 7.5 y 6, 13 y 16, siendo lo fundamental permitir que la petición de requerimiento europeo de pago y el escrito de oposición se presenten por los medios de comunicación electrónica establecidos en el art. 4 del Reglamento (UE) 2023/2844, esto es, a través del punto de acceso electrónico europeo, y que el requerimiento de pago se pueda notificar electrónicamente conforme a los citados arts. 19 y 19 *bis* del Reglamento (UE) 2020/1784. Por tanto, además de la posibilidad previa -al Reglamento 2023/2844- existente de emplear los medios electrónicos aceptados por el Estado miembro de origen y disponibles en el órgano jurisdiccional de origen para presentar el escrito de petición y de oposición y de notificar el requerimiento europeo de pago “por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el demandado” (letra d) del art. 13), se añaden los indicados.

3) Modificación del Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. En concreto, se modifican los arts. 4.1, 13.1, letras a) y b), se añade la letra c), 13.2 y 15 *bis*.2, siendo también la novedad fundamental posibilitar el uso, junto a los medios electrónicos que ya se permitían, del punto de acceso electrónico europeo, para la presentación de documentos por las partes, tales como la demanda (formulario A), la contestación (formulario C) y la reconvencción (formulario A), y para las

notificaciones a las partes de actos por el órgano jurisdiccional del foro, como son la demanda (que deberá notificarse al demandado) y la sentencia (a ambas partes).

Al respecto es reseñable el -por lo menos aparente- error en que ha incurrido el legislador europeo. Y ello porque es redundante la remisión que el nuevo art. 13 efectúa al art. 19 *bis* del Reglamento (UE) 2020/1784 y art. 4.1 del Reglamento (UE) 2023/2844: dicho art. 19 *bis* se remite, a su vez, a tal art. 4.1.

4) Modificación del Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. En particular, se reforman los arts. 8.2 y 11.4 para incluir en ellos, respectivamente, la posible notificación del certificado a la persona causante del riesgo que resida en el Estado miembro de origen de acuerdo con los arts. 19 y 19 *bis* del Reglamento (UE) 2020/1784 y la posible notificación de la misma forma a la persona causante del riesgo que resida en el Estado miembro requerido (antes no se contemplaba ninguna vía de notificación electrónica).

5) Modificación del Reglamento 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. En particular, se reforman los arts. 8.4, 17.5, 29 y 36.1 y 3 con la finalidad fundamental de permitir la presentación de la solicitud de orden de retención, la remisión al acreedor de la resolución sobre la solicitud, el escrito de interposición de los recursos indicados en los arts. 33, 34 y 35 y las alegaciones a éstos a que alude el art. 36.3 por los medios de comunicación electrónica establecidos en el art. 4 del Reglamento (UE) 2023/2844, esto es, a través del punto de acceso electrónico europeo, y la transmisión de documentos entre autoridades en los términos del art. 3 de igual Reglamento, esto es, haciendo uso del sistema informático descentralizado creado al efecto basado en e-CODEX. Antes del

Reglamento 2023/2844, para presentar la solicitud, los recursos y alegaciones indicados era posible emplear los medios electrónicos que fueran admisibles con arreglo a las normas procesales del Estado miembro en el que se presentaban y, aunque la normativa no se refiriera expresamente al posible uso de medios electrónicos en los restantes casos, al amparo de ella también era posible.

6) Modificación del Reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia. En particular, se reforman los arts. 42.3, 53 y 57.3 para prever la posible cooperación entre autoridades haciendo uso del sistema informático descentralizado previsto en el art. 3 del Reglamento (UE) 2023/2844 y el derecho a presentar los créditos por los acreedores extranjeros por medio del punto de acceso electrónico europeo, también en los términos de este último Reglamento. Antes de este no se hacía mención expresa al posible uso de medios electrónicos, pero era posible emplear en la cooperación los medios que el órgano jurisdiccional considerase adecuados (entre ellos, los telemáticos) y los créditos podían presentarse “por cualquier medio de comunicación aceptado por el Derecho del Estado de apertura del procedimiento” (por tano, también de forma telemática si lo permitía el Estado en que se hubiera abierto el procedimiento).

7) Y modificación del repetido Reglamento 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. En concreto, se modifican sus arts. 12.7 (a los efectos de incluir en él el posible uso del punto de acceso electrónico europeo), 13.3 (para dejar fuera del ámbito de aplicación de este precepto, sobre la fecha de notificación o traslado, las comunicaciones realizadas por el punto de acceso electrónico europeo), se añade el ya citado art. 19 *bis* para posibilitar la notificación y traslado electrónico de documentos judiciales a personas mediante el punto de acceso elec-

trónico europeo y se modifica el art. 37 (al que se añade un tercer apartado que contempla la fecha en que comenzará a aplicarse el art. 19 *bis*).

A las anteriores modificaciones hay que añadir la modificación de la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, también prevista en el mencionado Anexo I del Reglamento (UE) 2023/2844. El art. 13.4, 2º de dicha Directiva ha sido reformado por la Directiva (UE) 2023/2843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023 (dictada a fin de garantizar la adaptación de toda una serie de Directivas y Decisiones Marco al estudiado Reglamento) a los efectos de introducir el sistema descentralizado como el medio de comunicación entre las autoridades competentes en su ámbito de aplicación (antes de la reforma no se indicaba cómo debía remitirse la solicitud de justicia gratuita).

SU OBLIGATORIEDAD PLENA EN ESPAÑA EXCEPTO PARA LAS PERSONAS FÍSICAS

El art. 152 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), sobre la “forma de los actos de comunicación”, en su apartado 2 ya establecía antes de la pandemia desde la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC²³, que “los actos de comunicación se practicarán por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en

23 Esta Ley pretendió “generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel”, con la finalidad de conseguir “una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos” y un “ahorro de costes al Estado y a los ciudadanos” (párrafo 3º del apartado I de su Preámbulo).

la Administración de Justicia conforme al artículo 273, o cuando aquéllos, sin estar obligados, opten por el uso de esos medios, con sujeción, en todo caso, a las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia”²⁴, como ha venido siendo la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de información y la comunicación en la Administración de Justicia²⁵ (TIC), derogada por el citado Real Decreto-Ley 6/2023 (*vid.* su Disposición derogatoria única)²⁶.

La novedad fundamental del repetido Real Decreto-Ley 6/2023 no es establecer la obligatoriedad de relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia (ya fue introducida por la ya derogada Ley 18/2011, de 5 de julio²⁷)²⁸, sino en prever que tam-

24 Previsión que resultaba aplicable desde el 1 de enero de 2017, conforme a su Disposición final duodécima, apartado 2, 2º.

25 Este mismo apartado 2 excepcionaba y matizaba en su párrafo 2º: “No obstante, los actos de comunicación no se practicarán por medios electrónicos cuando el acto vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico o así lo disponga la ley”. Y en su párrafo 3º rezaba: “El destinatario podrá identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico que servirán para informarle de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones. En tal caso, con independencia de la forma en que se realice el acto de comunicación, la oficina judicial enviará el referido aviso. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida”.

26 Y no olvidemos que la LEC tiene carácter supletorio y se aplica en defecto de regulación en las leyes reguladoras de los demás órdenes jurisdiccionales, es decir, de los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares (art. 4 LEC).

27 Por su parte, la Ley 42/2015 amplió la obligatoriedad para las personas jurídicas y entes sin personalidad. Lo que sí hace el Real Decreto-Ley 6/2023 es ampliar subjetivamente la obligatoriedad de relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia a quienes -personas físicas, hay que entender- se obliguen contractualmente. Estamos ante una posibilidad, inaplicable a contratos de adhesión y de trabajo, de dudosa practicidad.

28 Están obligados, de acuerdo con el art. 273 LEC, los profesionales de la justicia (apartado 1) y, en todo caso, los siguientes sujetos (apartado 3): “a) Las personas jurídicas. b) Las entidades sin personalidad jurídica. c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia

bién los primeros actos de comunicación (citación o emplazamiento del demandado o requerimiento del ejecutado) se practicarán de forma electrónica con los sujetos obligados (esto es, cuando sean demandadas o ejecutadas personas jurídicas o entes sin personalidad), lo que desde luego puede no garantizar que el acto de comunicación llegue a buen puerto por desconocimiento del demandado y, por ende, al no cumplir su fin se acabe vulnerando el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución Española). Me consta que en muchos tribunales no se está cumpliendo con esta medida pese a su entrada en vigor el 20 de marzo de este año²⁹.

Y es que el nuevo art. 155 LEC reza que “si el acto de comunicación tuviese por objeto el primer emplazamiento o citación, o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se procederá a su publicación por la vía del Tablón Edictal Judicial Único conforme a lo dispuesto en el artículo 164”³⁰ (apartado 1, 2º). El enorme peligro radica

en ejercicio de dicha actividad profesional. d) Los notarios y registradores.

e) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia. f) Los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo”.

29 *Vid.* apartado 2, 2º de la Disposición final novena del Real Decreto-Ley 6/2023.

30 Y lo mismo cabe decir con respecto a la primera comunicación con el ejecutado cuando el proceso ejecutivo no vaya precedido de un proceso declarativo previo. Así, pensemos en el primer requerimiento de este conforme al art. 581 LEC, que se notifica junto con el auto despachando ejecución. Y es que, tras la reforma operada por el Real Decreto 6/2023, el nuevo art. 582 LEC permite efectuar el requerimiento de pago “[a] través de la sede judicial electrónica en el caso de que el ejecutado esté obligado a intervenir con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos”. O pensemos en los no pocos procedimientos de ejecución hipotecaria contra personas jurídicas, dado que el 2º párrafo del art. 682.2, 2º LEC, tras la modificación realizada por el Real Decreto-Ley 6/2023, dispone que “los actos de comunicación se practicarán siempre por medios electrónicos cuando sus destinatarios tengan obligación, legal o contractual, de relacionarse con la Administración de Justicia por dichos medios”. En tales casos, de acuerdo con lo previsto en el art. 155.1. 1º LEC re-

en haber aprobado y entrado en vigor una normativa tan disruptiva sin haberse adoptado previamente las necesarias garantías para verdaderamente conseguir que el acto de comunicación llegue a su destino cuando se demande a una persona jurídica o ente sin personalidad o se les requiera en ejecución. Así, debería haberse hecho una campaña publicitaria o informativa, similar a las efectuadas por la Agencia Estatal Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, avisando de los cambios normativos que se iban a implementar en la práctica de estas primeras notificaciones mediante el uso de medios “tradicionales” (en papel) que aseguraran que el destinatario (persona jurídica o ente sin personalidad) recibiese tal notificación y conociese los cambios. Al igual que debería preverse en el art. 152.2 *in fine* LEC un aviso obligatorio por mensajería o correo electrónico -so pena de nulidad del acto de comunicación- que informara de la puesta a disposición del destinatario de tal acto de comunicación, esto es, de haber recibido un mensaje en el buzón electrónico asociado a la Carpeta Justicia, Sede Judicial Electrónica o DEHú³¹ (mediante las que puede comparecer el destinatario *ex* art. 50.1 del Real Decreto-Ley 6/2023).

Al haber apostado este Real Decreto-Ley 6/2023 sin reservas por la eficiencia digital y no haber adoptado las medidas oportunas para garantizar que el acto de comunicación cumpla su función y, a la postre, salvaguardar el derecho fundamental a una tutela judicial

sulta de aplicación, no el régimen de comunicación establecido en el art. 155.1, 2º LEC, sino en el art. 162 LEC. En consecuencia, cuando se haya remitido correctamente el acto de comunicación por medios electrónicos, y “transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos” (art. 162.2, 1º).

31 Como bien ha apuntado, CATALÁN CHAMORRO, M. J., “La revolución procesal para la ciudadanía tras el RDL 6/2023 a través de las aplicaciones de la Administración de Justicia digital”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, p. 40, con respecto a la regulación del Real Decreto-Ley resulta criticable la existencia de tal amalgama de aplicaciones, entre las cuales puede llegar a perderse el ciudadano.

efectiva, queda en entredicho la constitucionalidad del precepto³². Ante la ausencia de medidas que constituyan un contrapeso suficiente que salvaguarde la posible defensa del destinatario del acto de comunicación, debería el prelegislador haber previsto “la comunicación por remisión personal al domicilio de los litigantes para el caso de que transcurrieran tres días sin que el destinatario accediera a su contenido como paso previo a la publicación en el TEJU”: así se respetaría la jurisprudencia constitucional sobre el aludido derecho fundamental³³.

Si se desea seguir apostando por la eficiencia digital será necesario adoptar medidas como las *supra* indicadas -siguiendo la máxima “más vale tarde que nunca”-, a las que podría añadirse la de instaurar la obligatoriedad de darse de alta en el servicio de alertas del TEJU para recibir avisos cuando se publique en él información que afecte a personas jurídicas y entes sin personalidad, informando a éstos previamente en una campaña al respecto del cambio de normativa y notificándolo en papel para que esta pudiera tener validez.

Dicho todo lo anterior, hay algo fundamental para conseguir estas plenas relaciones electrónicas: me refiero a la interoperabilidad. Resulta esencial que los sistemas informáticos empleados por los distintos tribunales sean capaces de intercambiar datos e información -esto es la interoperabilidad según el Anexo de definiciones del Real Decreto 6/2023-, entre otros motivos porque con ocasión de un mismo procedimiento judicial es posible que los ciudadanos

32 Y no hay que olvidar que “el fin no justifica los medios, pese a que nos quiera convencer de ello el legislador”. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “El nuevo sistema de comunicaciones y notificaciones en el proceso civil”, en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, La Ley, 2024, p. 171.

33 *Vid.* MARCOS FRANCISCO, D., “El carácter electrónico del primer emplazamiento o citación del demandado. ¿Eficiencia versus garantías? El antes y el después del Real Decreto-Ley 6/2023”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 21, 2024, p. 181, obra en la que puede encontrarse numerosa jurisprudencia constitucional y del TS.

acaben relacionándose con distintos tribunales (pensemos, p. ej., en la interposición de recursos devolutivos). Y habrá ocasiones en que los justiciables deban relacionarse con órganos jurisdiccionales de distintas Comunidades Autónomas (incluidas las que hayan asumido competencias en esta materia, esto es, en medios materiales y personales en este ámbito), al igual que estos órganos jurisdiccionales entre sí. Y es en esta interoperabilidad autonómica donde nos encontramos con uno de los grandes caballos de batalla de la Administración digital en España dado que las Comunidades Autónomas emplean, en uso de sus competencias, distintos sistemas de gestión procesal³⁴ y de comunicación entre los tribunales y los profesionales de la justicia (abogados y procuradores en el ámbito civil)³⁵. Estamos ante un caballo de batalla que no es nuevo (su origen se remonta a la citada Ley 18/2011) y que, pese a la dicción de la Disposición adicional primera del Real Decreto 6/2023 (que fija en cinco años el plazo para que todos los sistemas informáticos sean “interoperativos”, algo que ya hacía la Ley 18/2011 si bien esta fijaba un plazo de cuatro años), cabe esperar que tampoco se

34 Actualmente existen la aplicación del Ministerio de Justicia (Minerva), aplicable a las Comunidades Autónomas que no tienen transferidas las competencias de “administración de la Administración de justicia” (Balears, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, Murcia y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.), y las aplicaciones de *Adriano* (Andalucía), *Atlante* (Canarias), *Cicerone* (Valencia), *Justizia. eus* (País Vasco), *Libra* (Madrid), *e-justicia.cat* en Cataluña tras su renovación por la anterior *Themis*, *Avantius* (Navarra), *Vereda* (Cantabria). En el resto de Comunidades Autónomas también se emplea *Minerva*. Vid. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Servicios-informaticos/Ministerio-de-Justicia-y-CCAA/>, consultada el 21.10.24.

35 Además de la plataforma estatal (*LexNET*), existen otras cuatro, a saber: *Avantius* (Navarra y Aragón), *Justicia.cat* (Cataluña), *Vereda* (Cantabria) y *Justizia.sip* (País Vasco). Ello dificulta enormemente su interoperabilidad. Y por lo que respecta a la aplicación del Ministerio Fiscal que permite registrar y tramitar electrónicamente causas y procedimientos judiciales en su ámbito, la herramienta *Fortuny* está implantada en el Territorio Ministerio (Balears, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Ceuta, Extremadura, Melilla y Región de Murcia) y en las Comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia de Andalucía, Asturias, Galicia, La Rioja, Madrid y Valencia. Vid. <https://www.administraciondejusticia.gob.es/-/soluciones-fortuny>, consultada el 20.10.24.

cumpla lo ordenado, y más si tenemos en cuenta que “la norma no viene acompañada de un Plan y de una memoria económica dirigidos a implementar esa interoperatividad”³⁶.

BREVES REFLEXIONES FINALES

En lo que se refiere a las comunicaciones electrónicas escritas para el envío de datos o documentos con ocasión de procesos judiciales civiles, la legislación española es mucho más estricta o exigente y clara -lo que no significa que sea pertinente- que la regulación que prevé el Reglamento (UE) 2023/2844. Y ello por dos motivos, a saber:

1º) Porque mientras en España se obliga a las personas jurídicas e inclusive a las entidades sin personalidad a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia a través del punto de acceso general de la Administración de Justicia (PAGAJ, que contiene el directorio de sedes judiciales electrónicas), el citado Reglamento guarda silencio con respecto a los entes sin personalidad y, aunque aboga por fomentar el uso de TIC en caso de personas jurídicas (*vid.* Considerando 29³⁷), lo cierto es que -alejándose de dicho Considerando- les da la opción de elegir tanto a las personas físicas como jurídicas si desean relacionarse mediante el punto de acceso electrónico europeo (para lo cual se requiere su consentimiento expreso) o mediante las otras formas que hasta ahora han

36 BANACLOCHE PALAO, J., “Las claves del Real Decreto-Ley 6/2023: justificación, estructura, contenido básico y aplicación en el tiempo”, en BANACLOCHE PALAO, J. y GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*, La Ley, 2024, p. 48. En esta obra el autor realiza unas pertinentes reflexiones sobre los problemas interpretativos que plantean las Disposiciones transitorias y adicionales de tal Real Decreto-Ley, consecuencia de la premura y la falta de un correcto análisis en su elaboración.

37 Según éste se debe fomentar el uso de medios digitales “por defecto”, lo que significa que automáticamente la comunicación de las personas jurídicas con autoridades competentes debería ser electrónica, si no se elige otra opción.

venido contemplando los distintos instrumentos jurídicos de la UE. Llama la atención que otros instrumentos jurídicos también se alejen de este principio del uso de medios electrónicos por parte de las personas jurídicas *by default*, como es el caso del Reglamento (UE) 2020/1784, cuyos arts. 19 y 19 *bis* exigen consentimiento expreso en todo caso, sin distinguir si el destinatario del documento judicial que se debe notificar o trasladar es persona física o jurídica³⁸; preceptos que, como vimos, resultan aplicables a otros instrumentos jurídicos por la remisión que estos hacen a aquellos preceptos.

2º) Porque en España inclusive se prevé -obligatoriamente- la primera comunicación con personas jurídicas y entes sin personalidad de forma electrónica por el PAGAJ (art. 155.1, 2º LEC). Y, aunque es verdad que también el Reglamento (UE) 2023/2844 parte de esta posibilidad -aunque consentida- con respecto al punto de acceso electrónico europeo (de ahí que, tras las modificaciones que opera de distintos instrumentos sea posible notificar al demandado la petición de requerimiento europeo de pago en el proceso monitorio o la demanda de proceso europeo de escasa cuantía, por poner dos ejemplos, mediante tal punto), lo cierto es que no indica cómo es posible que las personas físicas o jurídicas lo consientan expresamente. Según el art. 4.6 del Reglamento (UE) 2023/2844 las autoridades competentes sólo podrán comunicarse electrónicamente con personas físicas o jurídicas cuando así hayan consentido éstas previa y expresamente para cada procedimiento, consentimiento que está claro -como indica el propio precepto- se podrá otorgar en el mismo acto iniciador del procedimiento. Pero resulta más difícil prestar un consentimiento cuando aún no se ha intervenido en el

38 Estamos ante un propósito que, aunque casa bien con la intención de incrementar las garantías de defensa, supedita la eficiencia de los cauces electrónicos a que el destinatario del documento desee hacer uso de ellos. *Vid.* AGUILERA MORALES, M., “El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022, p. 26. En dicho trabajo la autora trata pertinentemente toda una serie de inconsistencias y problemas interpretativos que plantea tal Reglamento (UE) 2020/1784.

procedimiento, salvo que este se otorgue por otra vía al margen de los actos del propio procedimiento. Deberá, por tanto, la UE concretar esta otra vía.

Convergen, sin embargo, tanto España como la Unión Europea en considerar que para poder garantizar que la brecha digital existente no aumente es necesario permitir a las personas físicas elegir entre la comunicación electrónica y la “tradicional” en papel. Es posible que en cuestión de años o, quizás, décadas, las personas jurídicas e, inclusive, físicas deban relacionarse electrónicamente a través del PAGAJ y del punto de acceso electrónico europeo. Aunque soy consciente de que no es tarea fácil que esto suceda, sobre todo en el ámbito de la UE, dadas las grandes diferencias que actualmente existen entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros y la resistencia de muchos a deshacerse del papel en los expedientes judiciales³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M. El Reglamento (UE) 2020/1784 sobre notificación y traslado transfronterizo de documentos: novedades e implicaciones internas. *Revista General de Derecho Europeo*, n. 57, 2022, p. 6-36.

BANACLOCHE PALAO, J. Las claves del Real Decreto-Ley 6/2023: justificación, estructura, contenido básico y aplicación en el tiempo. In: BANACLOCHE PALAO, J.; GASCÓN INCHAUSTI, F. (Dir.). *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*. [Local]: La Ley, 2024, p. 31-50.

39 Y ello dejando de lado los problemas que también pueden darse a la hora de implantar las nuevas tecnologías en las distintas regiones de un mismo país. Es lo que sucede en nuestro Estado de Autonomías, donde cabe hablar del desarrollo de la justicia, incluso digital, a 17 velocidades o de una “Torre de Babel digital en la Administración de Justicia española”. Vid. CATALÁN CHAMORRO, M. J., *La justicia digital en España. Retos y desafíos*, Tirant lo Blanch, 2023, p. 82 y 83.

- BARONA VILAR, S. Inteligencia artificial o la algoritmización de la vida y de la justicia: ¿Solución o problema? *Revista Boliviana de Derecho*, n. 28, 2019.
- CATALÁN CHAMORRO, M. J. La revolución procesal para la ciudadanía tras el RDL 6/2023 a través de las aplicaciones de la Administración de Justicia digital. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 21, 2024, p. 16-41.
- DE BLAS JAVALOYAS, J. R. Las videoconferencias transfronterizas como medio de simplificación y aceleración de la obtención de pruebas en los procesos de Derecho de familia en la Unión Europea. *Familia y Sucesiones: cuaderno jurídico*, n. 142, 2023, p. 18-26.
- GARCÍA SANZ, J.; GONZÁLEZ GUIMARAES-DA SILVA, J. Las «vistas telemáticas» en el proceso civil español: visión comparada, regulación y cuestiones prácticas que suscita su celebración. *Diario La Ley*, 16 jun. 2020. (Edição eletrônica).
- MARCOS FRANCISCO, D. El carácter electrónico del primer emplazamiento o citación del demandado. ¿Eficiencia versus garantías? El antes y el después del Real Decreto-Ley 6/2023. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 21, 2024, p. 148-189.
- PALAO MORENO, G. El Reglamento (UE) n. 2020/1784 y su contribución al impulso de la digitalización de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 21, 2024, p. 190-223.
- PARDO IRANZO, V. Los principios del procedimiento en tiempos de justicia digital e inteligencia artificial: la regla de la automatización y sus consecuencias. In: CALAZA LÓPEZ, S.; ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.). *Next Generation Justice: Digitalización e Inteligencia Artificial*. Buenos Aires: La Ley, 2024, p. 115-144.
- PÉREZ ESTRADA, M. J. Los principios del nuevo proceso judicial civil tras la reforma del RD-Ley 6/2023. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 21, 2024, p. 224-239.

RAIZER BORGES MOSCHEN, V. A harmonização do Direito Internacional Privado na era digital: o guia de boas práticas em matéria de cooperação jurisdicional para as Américas. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 21, 2024, p. 240-263.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L. El nuevo sistema de comunicaciones y notificaciones en el proceso civil. In: BANACLOCHE PALAO, J.; GASCÓN INCHAUSTI, F. (Dir.). *Los procesos judiciales tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2023*. Buenos Aires: La Ley, 2024, p. 129-133.

UN PASO IMPRESCINDIBLE EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL MERCOSUREÑA: EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Paula María All¹

INTRODUCCIÓN: DE LABERINTOS, MUROS Y FRONTERAS

Margaret Atwood en *El cuento de la criada* escribía: alguien “que está dentro de un laberinto es libre de ir a cualquier sitio, siempre que permanezca dentro del laberinto”². Pero, y si saliera de ese territorio. ¿Estaría protegida? La citada escritora, en *Oryx & Crake*, decía: “¿Por qué tiene la sensación de que se ha traspasado una línea, de que se ha transgredido una frontera? ¿Cuánto es demasiado? ¿Cuándo se ha ido demasiado lejos? Aquellas paredes y aquellos barrotes están allí por una razón [...]. La humanidad necesita rejas en ambos casos [...]”³.

La violencia de género no conoce de fronteras ni de límites geográficos. Diana Maffia explora y utiliza una metáfora, “la del

1 Profesora Titular de Dedicación Exclusiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas, UNL. Presidenta de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

2 ATWOOD, M., *El cuento de la criada*, Barcelona, Salamandra, 2017, p. 150.

3 ATWOOD, M., *Oryx & Crake*, New York, Random House, Inc., 2003, p. 242.

cuerpo como frontera”. Así, parte de la idea de que “el concepto de ‘frontera’ se identifica con algo físico que separa espacios geográficos. Pero más allá de la cartografía, hay una dimensión simbólica de la frontera: un límite que reordena dimensiones de la vida como el tiempo, el espacio, los comportamientos y los deseos. [...] El concepto de frontera tiene en general una interpretación geográfica, considerándose como la demarcación del confín o el límite entre Estados. Una línea física, arbitraria o natural, que le da a la espacialidad una intención, un ‘adentro’ y un ‘afuera’ de la frontera, una separación entre lo propio y lo ajeno”⁴. También existen los “muros” que en muchos casos necesitan ser derribados para que la protección no sea una mera locución declamatoria sino algo realmente efectivo. ¿Hay “límites” para la lucha contra la violencia de género?

Nadie pone en discusión que la violencia de género constituye un fenómeno universal, complejo, multicausal y multidimensional que afecta a todas las clases sociales⁵. Para tomar conciencia del panorama a escala global, regional y local basta con mirar las cifras de la *Global Database on Violence against Women* de Naciones Unidas⁶. Sin ir más lejos, en Argentina, al igual que en muchos países de la región y del mundo, las cifras son realmente sobrecogedoras⁷.

4 MAFFIA, D., Los cuerpos como frontera. Conferencia. Disponible en: <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Los-cuerpos-como-frontera.pdf>

5 Ver MENÉNDEZ, S.; PÉREZ, J.; LORENCE, B. (2013), “Partner violence against women in Spain: Quantification and characterization of the problem, victims, aggressors, and the social and professional context”, *Psychosocial Intervention*, v. 22, 2013, p. 41-53.

6 Ver <https://evaw-global-database.unwomen.org/en>. En los últimos años, la disponibilidad de datos sobre la violencia contra las mujeres y las niñas ha aumentado de manera significativa. En la actualidad existen datos disponibles sobre la incidencia de la violencia de pareja para, al menos, 106 países. Al menos 158 países han aprobado leyes sobre la violencia en el ámbito doméstico, y 141 cuentan con legislación sobre el acoso sexual en el lugar de trabajo. Sin embargo, aun en los países en los que existen leyes de este tipo, no siempre son armonizadas con las normas y recomendaciones internacionales. Ver: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>

7 En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dos organismos dedicados a la violencia de género. Por un lado, la Oficina de

Afirmar que la violencia de género es un fenómeno en aumento es riesgoso; sería mejor decir que el rechazo al fenómeno, y por tanto su visibilidad, han aumentado”, sostienen Cabrera Ullivarri y Cristi Contreras⁸. Ya hace 15 años, en el folleto informativo “Unidos para poner fin a la violencia contra las mujeres” de la campaña del Secretario General de Naciones Unidas, se afirmaba que las mujeres entre 15 y 44 años tenían más riesgo de sufrir violaciones o violencia doméstica que cáncer, malaria o accidentes de vehículos⁹.

Violencia Doméstica -OVD-, creada en 2006 (mediante Acordada N. 39/2006) para brindar atención a las víctimas y recolectar datos de la ciudad de Buenos Aires y, por otro, la Oficina de la Mujer, dedicada al estudio, sistematización y divulgación de información a nivel nacional. Los registros son confeccionados por la Oficina de la Mujer a partir de los aportes solicitados a los Superiores Tribunales, a las Cortes provinciales, a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y a las Cámaras Federales. Por decisión del máximo Tribunal, la OVD funciona todos los días del año durante las 24 hs. en la ciudad de Buenos Aires, Ver, en este sentido los datos estadísticos de la OVD en: <https://www.ovd.gov.ar/ovd/estadisticas>. En este sentido, cabe destacar que en el Informe estadístico del tercer trimestre de 2022, crecieron un 32 % las denuncias por violencia doméstica (<https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=6862>). En dicho trimestre, se recibieron 2690 denuncias y se dispusieron por parte de la Justicia civil 9244 medidas de protección. Del total de casos atendidos en la OVD durante el tercer trimestre de 2022, 99,7% tuvo derivaciones¹² a la Justicia Nacional en lo Civil, 19% a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, 66% al Fuero Penal Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, y 39% al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (GCBA). Asimismo, se derivaron 176 casos al Programa Proteger (GCBA) y 6 casos a la Justicia Nacional de Menores. La OVD efectuó el seguimiento judicial del total de casos derivados a la Justicia Nacional en lo Civil (2.690). Las principales medidas preventivas ordenadas fueron: prohibición de acercamiento a la persona denunciante (71%); prohibición de todo tipo de contacto (incluye telefónico, por correo, etc.) (67%); otorgamiento de botón antipánico (31%); cese en los actos de perturbación e intimidación (31%), entre otras. Puede consultarse, asimismo, el Informe del Registro único de casos de violencia contra las mujeres resultados 2013 – 2018, del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de marzo de 2019. Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_19.pdf

⁸ Ver CABRERA ULIVARRI, M.; CRISTI CONTRERAS, P.N., “La silenciosa muerte de mujeres: nota sociológica para la ampliación de los estudios de femicidios”, *Polémicas Feministas*, n. 1, 2011, p. 49.

⁹ Ver <https://www.un.org/es/events/endviolenceday/2008/factsheet.shtml>. El Folleto informativo inicia con la siguiente frase de Ban Ki-moon, Secretario General de las Naciones Unidas: “Lo más grave es que la violencia contra

Con manifestaciones y características diferentes de acuerdo a los entornos culturales y sociales, la misma ha existido a lo largo de la historia en todas las sociedades del mundo¹⁰. En realidad, “la violencia basada en el género es una categoría analítica moderna que entró al universo epistemológico gracias a los cambios sociales contemporáneos. Su posicionamiento creciente en los análisis políticos, médicos, sociológicos y psicológicos obedece a una transformación social que ha permitido ver e interpretar esta forma de violencia de acuerdo con los nuevos paradigmas de relaciones entre los géneros y con los cambios en los roles de las mujeres a finales del siglo XX”¹¹. En un estudio publicado por *The Lancet* en 2022¹² - financiado por el Departamento para el Desarrollo Internacional del Reino Unido a través del Programa Conjunto ONU-Mujeres-OMS para el Fortalecimiento de los Datos sobre la Violencia contra las Mujeres, y el Programa Especial de Investigación, Desarrollo y Capacitación en Investigación sobre Reproducción Humana del PNUD-Fondo de Población de las Naciones Unidas-UNICEF-OMS-Banco Mundial (programa copatrocinado y ejecutado por la OMS)-, se da cuenta de las estimaciones mundiales, regionales y nacionales sobre la prevalencia de la violencia contra la mujer. Los estudios allí

las mujeres y las niñas persiste sin disminución en todos los continentes, todos los países y todas las culturas, con efectos devastadores en la vida de las mujeres, sus familias y toda la sociedad. La mayor parte de las sociedades prohíben esa violencia, pero en la realidad frecuentemente se encubre o se tolera tácitamente”.

10 Ver MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional* (Premio Rafael Martínez Emperador 2003), Madrid, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2004, p. 33 ss.

11 Ver Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) - Parte de ONU mujeres. Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia, 2010. Disponible en: http://www.mdgfund.org/sites/default/files/GEN_ESTUDIO_Colombia_Tolerancia%20social%20e%20institucional%20a%20la%20violencia%20de%20genero.pdf

12 Ver SARDINHA, L.; MAHEU-GIROUX, M.; STÖCKL, H.; MEYER, S. R.; GARCÍA MORENO, C., “Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018”, *Lancet*, v. 399, 2022, p. 803-813. Disponible en: <https://bit.ly/3sNJAhF>

incluidos se realizaron entre 2000 y 2018 y fueron representativos a nivel nacional o subnacional, incluyendo a mujeres de 15 años o más; se utilizaron mediciones basadas en actos de violencia física o sexual, o ambas, de la pareja íntima. La base de datos comprende 366 estudios elegibles, capturando las respuestas de 2 millones de mujeres. Se obtuvieron datos de 161 países y áreas, que cubren el 90% de la población mundial de mujeres y niñas (15 años o más). A nivel mundial, se estima que el 27 % de las mujeres de 15 a 49 años que alguna vez tuvieron pareja han experimentado violencia física o sexual, o ambas, por parte de su pareja íntima en algún momento de su vida, con un 13 % (10– 16%) experimentándolo en el último año antes de ser encuestados. Esta violencia comienza temprano y afecta a las adolescentes y mujeres jóvenes, con un 24% de mujeres de 15 a 19 años y un 26% de mujeres de 19 a 24 años que ya han experimentado esta violencia. al menos una vez desde los 15 años. La publicación señala que existen variaciones regionales, con países de bajos ingresos que informaron una mayor prevalencia de por vida y, aún más pronunciada, una mayor prevalencia del último año en comparación con los países de altos ingresos. Estas cifras evidencian que en pleno siglo XXI las vulneraciones no solo no han cesado, sino que han aumentado de manera exponencial, “cruzando linderos de inhumanidad, en los que muchas mujeres mueren o han de sobrevivir a violencias cotidianas y violencias extremas”¹³.

Históricamente, la problemática de la violencia contra las mujeres ha sido confinada al ámbito de lo privado, de lo familiar. Sin embargo, la visibilización del tema desde una perspectiva de género y a luz del paradigma de los derechos humanos ha rendido sus frutos y se ha instalado (para quedarse y consolidarse) en la agenda política pública no sólo de los Estados individualmente considerados, sino también de los organismos internacionales otorgándole

13 Ver LONDOÑO TORO, B.; RUBIO, L. O.; CASTRO, J. F. Estudio comparativo de las normativas colombiana y española en materia de violencia de género (2004-2014). *Revista Derecho del Estado (Universidad Externado de Colombia)*, n. 38, p. 127-154, 2017, esp. p. 128-129.

toda la seriedad que merece su tratamiento por las variadas implicancias que tiene. Así, con mayor o menor profundidad, a veces en la centralidad y otras en los márgenes, la violencia de género ha sido y sigue siendo un tema de las agendas de los foros de codificación universal, regional y subregional, y forma parte también de las políticas de los procesos de integración y de los Estados individualmente considerados¹⁴.

Ahora bien, más allá de los desarrollos y avances que existan en otras regiones del mundo, si nos situamos dentro del espacio de integración mercosureño, cabe preguntarse qué sucede cuando una ciudadana argentina, por ejemplo, que ha obtenido en el país una orden de protección de quien fue denunciado y comprobado como su agresor, viaja a Paraguay, a Uruguay o a Brasil por motivos de estudio, de trabajo, de vacaciones o para establecer allí su residencia. ¿Tiene el derecho de acreditar esa orden de restricción y que la misma sea reconocida y ejecutada también en ese/esos país/ses? Tal como lo planteara Blanco-Morales Limones, “la gravedad y la complejidad de los problemas que plantea la violencia de género se agudizan cuando las resoluciones judiciales que se adoptan para castigarla y prevenirla deben desplegar sus efectos en más de un Estado. En una sociedad marcada por los flujos migratorios y por la libre circulación de personas, el reconocimiento de efectos a las medidas de protección se afronta con un sistema jurídico arduo, complicado y en continua evolución, integrado por fuentes de diferente origen”¹⁵.

La finalidad de las líneas que siguen es plantear cómo se ha abordado el tema en nuestra región y qué sucede con el reconoci-

14 Ver RIVAS MONJE, F.; ZUNINO FOLLE, M., “Violencia de género contra las mujeres en América Latina: una reflexión crítica en torno a las agendas de género en la integración regional. Los casos MERCOSUR y SICA, *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, Año XXV, n. 41, 2019. Disponible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/aportes/article/view/9323/8292>

15 Ver BLANCO-MORALES LIMONES, P., “La eficacia internacional de las medias de protección en materia de violencia de género”, *Diario La Ley* (Madrid), n. 8427, 2014.

miento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género, haciendo particular énfasis en la regulación del Acuerdo que, sobre este tema, ha sido suscripto por los Estados Partes del MERCOSUR y Estados asociados el 10 de junio de 2022. Este instrumento generará seguramente interrogantes, debates, interpretaciones, pero sin duda consideramos que resulta necesario analizarlo para avanzar y seguir construyendo disposiciones sobre cooperación jurídica internacional en un tema tan vital como la violencia de género contra las mujeres.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LOS ÚLTIMOS 40 AÑOS

Sería una actitud que pecaría de absolutamente simplista no reconocer la línea histórica y los hitos de la reivindicación feminista, o incluso la metáfora de las llamadas “olas del feminismo”¹⁶. La historia del feminismo es ardua y compleja -tanto como teoría y como movimiento social. No ha sido una tarea exenta de obstáculos “redefinir la violencia contra las mujeres como un problema

16 Ver MÁRQUES PADORNO, M., “Las olas del feminismo, una periodización irreconciliable con la Historia”, *Historia y comunicación social* (Ediciones Complutense), v. 27, n. 2, 2022, p. 381-387. La autora señala que el “incierto camino entre las olas que engloba algo menos de dos siglos y que se divide en cuatro apartados muy descompensados en contenido cronológico y no siempre con fechas concretas: una primera etapa de ciento veinte años –1948- 1968 (1970)–, una segunda de treinta y cuatro –1968-1992 (1996)–, la tercera de veintiún años –1992-2013 (2020)– y una cuarta de siete o nueve años según se siga la tendencia que la considera todavía inconclusa o la que cierra este cuarto periodo en 2020 con la llegada de una quinta, aún en vigor”. Véase también, entre otros, GARRIDO-RODRÍGUEZ, C., Repensando las olas del Feminismo. Una aproximación teórica a la metáfora de las “olas”, *Revista de Investigaciones Feministas*, v. 12, n. 2, 2021, p. 483-492. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/68654/4564456558417>; AGUILAR BARRIGA, N., “Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola”, *Femeris*, v. 5, n. 2, 2020, p. 121-146. Disponible en: <http://www.uc3m.es/femeris>; AMOROS, C.; DE MIGUEL, (Eds.), *Teoría feminista. De la Ilustración a la Globalización (Estudios sobre la mujer)*, Madrid Minerva Ediciones, 2013.

social y político”¹⁷. Por razones que exceden a este trabajo no nos detendremos en ello, pero, sin embargo, quisiéramos mencionar someramente lo sucedido en los últimos 40 años en la región.

En plena década de los 70 en la Argentina una marca de cigarrillos mostraba en una publicidad la trayectoria de la mujer en el camino de su liberación dentro de una sociedad marcada por criterios patriarcales: “Has recorrido un largo camino, muchacha”. Sin lugar a duda, más allá de lo anecdótico, la frase fue mucho más que un eslogan de marketing audiovisual. Daba cuenta no solo de los movimientos de las sufragistas, el acceso a las mujeres a la enseñanza pública, la abolición de la venia paterna o marital para la participación activa en la vida pública y la consecución de conquistas como la libertad que seguirían en el tiempo con más batallas y frutos en pos de los derechos de las mujeres y se extenderían a otros colectivos. Los años 70 estuvieron marcados por una intensa agitación política en los que bajo el lema “lo personal es político”, el movimiento feminista identificó centros de poder y de dominación, y lo que hasta ese momento había quedado en la esfera privada empezó a trascender a la órbita pública; de esta forma, temas “tan sumamente enraizados y al mismo silenciados en nuestra sociedad como la violencia de género se pusieron encima de la mesa [...]. Si lo personal es político, las leyes no se pueden quedar a la puerta de casa”¹⁸.

Mucha agua ha pasado bajo el puente y la igualdad de género¹⁹ es, en la actualidad, una temática recurrente a nivel interna-

17 DE MIGUEL A., “La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género”, *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 18, 2005, p. 235.

18 Ver VARELA, N. , *Feminismo para principiantes*, Barcelona, Penguin, 2018, p. 105. Véase, asimismo, MOORE, C., “Women and domestic violence: the public/private dichotomy in international law”, *The International Journal of Human Rights*, v. 7, n. 4, 2003, p. 93-128.

19 Como señala Rita Segato, “cuando hablamos habitualmente de género abarcamos de forma imprecisa todos estos niveles. Pese a todo, y según cuál sea la cultura de que se trate, ellos serán representados como más o menos fijamente vinculados entre sí, y su articulación en una única identidad de género estará sometida a un mayor o menor grado de vigilancia y coerción. Con

cional e interno, tanto desde la óptica privada como desde la pública²⁰. En esta línea, no constituye un dato menor que la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas sea un objetivo de 193 países del mundo, que lo aprobaron en 2015 en la Asamblea General de las Naciones Unidas como el quinto Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) en la Agenda 2030²¹. Y no sólo eso. También decidieron que dicho objetivo debía tenerse en cuenta y hacérselo efectivo al trabajar cada uno de los restantes ODS. Como bien ha señalado Segato, “cada sociedad humana o época tiene, de manera manifiesta, un núcleo de preocupaciones o temas alrededor de los cuales se construyen aspectos importantes de sus sistemas simbólicos”²². En esa línea, resulta evidente cuánto se ha avanzado en las últimas casi 5 décadas y cuánto camino queda aún por recorrer. Pero lo cierto es que la Agenda de la Igualdad de Género tiene, en la actualidad, una centralidad y un consenso -tanto a nivel regional como internacional- que resulta innegable. Ahora bien, desde la perspectiva de los derechos humanos, como ha puesto de relieve Facio, la igualdad no se refiere a la semejanza de capacidades y méritos o a cualidades físicas de los seres humanos, sino que es un derecho humano autónomo y, como tal, ha sido consagrado en casi totalidad de instrumentos de derechos humanos; en este senti-

todo, el psicoanálisis tiene dificultades en concebir como desvinculadas estas capas que componen la experiencia de género del sujeto. Ver SEGATO, R.L., *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2003, p. 78-79.

20 Acerca de los distintos instrumentos jurídicos producidos en el ámbito internacional, ver, entre otros: ZURITA BAYONA, J., “La lucha contra la violencia de género”, *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, n° 9, 2013, p. 63 ss.; MAGARIÑOS YÁÑEZ, J.A.: *El Derecho contra la violencia de género (Análisis de la respuesta del ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. Enfoque multidisciplinar del problema)*, Madrid, Montecorvo, 2007, p. 42 ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, Comares, 2001, p. 15 ss.

21 Ver http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf

22 Ver SEGATO, R.L., *Las estructuras elementales de la violencia Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, ob. cit., p. 181.

do, la igualdad no resulta descriptiva de la realidad, “es decir, no se presenta en términos de ser, sino de deber ser” ; de allí que “la gran innovación introducida por la doctrina de los derechos humanos es haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica”, “un valor establecido precisamente ante el reconocimiento de la diversidad humana”²³.

El vocablo género proviene del inglés “*gender*” y, como lo pone de manifiesto Lousada Arochena “ni en inglés ni en español, la utilización del término género en las modernas teorizaciones feministas se emparenta con la división lingüística entre el género masculino y el género femenino, ni tampoco es consecuencia de un supuesto empeño puritano para evitar la utilización de la palabra sexo con todas sus connotaciones sexuales. A lo que se alude con el término género es al conjunto de estereotipos sociales y culturales asociados al sexo de una persona, y, con este significante, se puede considerar como un neologismo [...]. La violencia de género no solo está causada por los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo femenino, sino que, además, los transmite y los perpetúa de la manera más reprobable, o sea de manera violenta. Género y violencia resultan, en consecuencia, dos conceptos de muy estrecha conjugación en el doble sentido de que el género crea más violencia y de que la violencia crea más género”²⁴. Según Lamas, uno de los problemas que se presentan para utilizar la categoría “género” es que el término en inglés *gender* “tiene una concepción que apunta directamente a los sexos mientras que en castellano se refiere a la clase, especie o tipo a la que pertenecen las cosas, a un grupo taxonómico, a los artículos o mercancías que son objeto de comercio y a la tela”; por tanto, referirse a “género” en relación a los sexos, en castellano puede resultar críptico para quienes no cuentan con

23 FACIO, A., “El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”, p. 67. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>

24 Ver LOUSADA AROCHENA, J.F., “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, v. 48, 2014, p. 32-33.

antecedentes en el debate teórico²⁵. En opinión de Joan Scott el término “género” parece haber surgido entre las feministas estadounidenses para rechazar el determinismo biológico implícito en el uso de expresiones como “diferencia sexual”; de esta forma, implicaría una visión relacional en la que mujeres y varones son definidos unos/unas en relación con los/las otros/otras. Así, el género es visualizado como una categoría social que se impone sobre un cuerpo sexuado y “[...] la palabra género parece sonar más objetiva y neutral que mujer porque encaja mejor en la terminología científica de las ciencias sociales y se separa por lo tanto de la (supuestamente estridente) política del feminismo”²⁶. El género expresa “la construcción social de la feminidad”²⁷.

Más allá de los arduos debates que se han producido y las posiciones encontradas que existen sobre el tema, tanto desde un punto de vista teórico como metodológico acerca de la construcción cultural de las diferencias sexuales, se ha afirmado el género “alude a las distinciones y desigualdades entre lo femenino y lo masculino y a las relaciones entre ambos aspectos, que se ha transformado en una categoría de análisis cada vez más importante”²⁸. De esta forma, autoras como María Eugenia Zavala de Cosío, citando la definición escrita por Orlandina de Oliveira (en base a trabajos de Lamas, Scott, de Barbieri), utilizan la calificación de género entendido como el “sistema de signos y símbolos, representaciones,

25 Ver LAMAS, M., “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”, *Papeles de Población*, n. 21, Universidad Autónoma del Estado de México, 1999, p. 148.

26 Ver SCOTT, J., “El género, una categoría útil para el análisis histórico”, en: AMELANG, J.S.; NASH, M. (Edits.), *Historia y género*, Valencia, Alfons el Magnanim, 1990, p. 23-56, esp. p. 28.

27 VARELA, N., *Ob.Cit.*, p. 115.

28 FAMÁ, M.V.; HERRERA, M., “Tensiones en el derecho de familia desde la perspectiva de género: algunas propuestas”, *Revista Jurídica*, p. 47. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/fama-tensiones_en_el_derecho_de_familia.pdf, citando: Serie 52 sobre “Mujer y desarrollo”. “Entender la pobreza desde la perspectiva de género”, Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL-UNIFEM, Santiago de Chile, enero de 2004, p. 7. En versión electrónica.

normas, valores y prácticas que transforma las diferencias sexuales entre los seres humanos en desigualdades sociales, organizando las relaciones entre los hombres y las mujeres de manera jerárquica, valorando lo masculino como superior a lo femenino. Como una construcción sociocultural e histórica que incluye tanto aspectos objetivos como subjetivos, que preceden a los individuos pero que ellos a la vez recrean continuamente en el quehacer cotidiano”²⁹.

Cabe señalar que los estudios y análisis jurídicos sobre género (*Gender Legal Studies*) surgen dentro del vasto movimiento de los *Critical Legal Studies*, los cuales producen una dura y radical crítica, sosteniendo que el Derecho está bien lejos de ser racional, coherente y justo, sino que, por el contrario, éste se presenta como arbitrario, incoherente e injusto. Así, una de las principales bases de la teoría jurídica feminista es justamente señalar cómo las estructuras no son neutras, sino que están determinadas por la sociedad patriarcal y, a partir de allí, intentan redireccionar las normas jurídicas modificando su finalidad con el fin de liberar a las mujeres de la discriminación y subordinación. En este sentido, señalan que el Derecho parece neutro a partir de la visión de el que domina (hombre racional) y, por lo tanto, las normas jurídicas están impregnadas de una fuerte carga ideológica y política. La teoría feminista cuestiona de manera constante esta neutralidad del discurso jurídico y propone una formulación diferente³⁰.

Hace 46 años se celebraba en La Habana la Primera Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina (1977), lo que significó

29 Ver ZAVALA de COSIO, M.E., “Impacto sobre la fecundidad de los cambios en el sistema de género”, trabajo presentado en la sesión 5 del Seminario “La fecundidad en América latina: transición o revolución”, organizado por la CEPAL, Santiago de Chile, junio de 2003, p. 248, nota a pie 9. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6741/S043186_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

30 VER STAMILE, N. , “Direito e Gênero: desafios contemporâneos”, *Revista Brasileira de Direito*, v. 18, n. 3, 2022. Disponible en: <http://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4750>

la apertura de un espacio de intercambio regional después de la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer -llevada a cabo en la ciudad de México en 1975-. La constitución de dicha Conferencia Regional fue una apuesta muy fuerte centrada en que las demandas sociales en favor de los derechos de las mujeres y la igualdad de género -que empezaban a cruzar los países- se convirtieran en compromisos gubernamentales de los Estados. Allí se acordó el Plan de Acción Regional para la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina, que “fue la primera hoja de ruta que tuvo la región para avanzar hacia el reconocimiento del aporte de las mujeres a la sociedad y para hacer visibles los obstáculos que enfrentaban para mejorar su situación”. En ese mismo momento, los gobiernos de la región le entregaron a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) el mandato de convocar, con carácter permanente y regular y en intervalos no superiores a tres años, una Conferencia Regional sobre la Mujer y, en cumplimiento de este mandato, la CEPAL organizó las Conferencias Regionales sobre la Mujer a lo largo de los siguientes cuatro decenios, a través primero de la Unidad Mujer y Desarrollo y, posteriormente, de la División de Asuntos de Género. Cabe destacar que durante la XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe en 2016 se aprobó la Estrategia de Montevideo para la implementación de la Agenda regional de Género en el Marco del Desarrollo Sostenible hacia 2030³¹; de esta forma la idea era transformar este proceso colectivo en un instrumento político-técnico que reconociera las brechas estructurales de la desigualdad, con la finalidad de que se convirtiera en una hoja de ruta para avanzar hacia la igualdad, la sostenibilidad y la plena garantía de los derechos³². En esta línea, tal como sostuviera Alicia

31 Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/41011> y en: <http://www.cepal.org/es/publicaciones/41011-estrategia-montevideo-la-implementacion-la-agenda-regional-genero-marco>

32 En la región se identifican cuatro nudos estructurales que es necesario enfrentar: la desigualdad socioeconómica y la pobreza; los patrones culturales patriarcales, discriminatorios y violentos y la cultura del privilegio; la

Bárcena -Secretaria Ejecutiva de la CEPAL en 2017-, “la Estrategia fue concebida como una herramienta para planificar en escenarios complejos e inciertos, superando los obstáculos que limitan el alcance de las políticas públicas”³³.

A nivel regional interamericano es fundamental tomar en consideración que la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) constituye el principal foro generador de políticas hemisféricas de la OEA para la promoción de los derechos de las mujeres y la igualdad de género. La misma fue creada en 1928 - en reconocimiento de la importancia de la inclusión social de las mujeres para el fortalecimiento de la democracia y del desarrollo humano en las Américas - como el primer órgano intergubernamental establecido para promover los derechos humanos de las mujeres. En marzo de 2017, las Delegadas Titulares de la CIM (en su mayor parte, Ministras de la Mujer o sus equivalentes de los Estados Miembros de la OEA), solicitaron una serie de lineamientos concretos para poder promover y defender la igualdad de género como bien de la humanidad. Frente a los problemas que denunciaron, surgió la necesidad de contar con argumentos y evidencias para destacar los beneficios –sociales, culturales, económicos, políticos, cívicos y ambientales, entre otros– de la igualdad entre hombres y mujeres y, precisamente, de esta solicitud de las Delegadas surgen los “Lineamientos interamericanos por la igualdad de género como bien de la humanidad”³⁴, un documento que busca apoyar, fortalecer y orientar la lucha para promover y defender los compromisos asumidos por los Estados americanos a

división sexual del trabajo y la injusta organización social del cuidado, y la concentración del poder y las relaciones de jerarquía en el ámbito público. Para superar estos nudos, se establecen 74 medidas en 10 ejes de implementación: 1. Marco normativo, 2. Institucionalidad, 3. Participación, 4. Construcción y fortalecimiento de capacidades, 5. Financiamiento, 6. Comunicación, 7. Tecnología, 8. Cooperación, 9. Sistemas de información y 10. Monitoreo, evaluación y rendición de cuentas.

33 Ver <https://www.cepal.org/es/comunicados/celebran-la-habana-40-anos-avances-igualdad-derechos-mujeres-la-region-foco-retos>

34 Ver <https://www.oas.org/en/cim/docs/LineamientosIgualdadGeneroBien-ES.pdf>

través de una multiplicidad de acuerdos jurídicos vinculantes, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 1979³⁵, la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de Belém do Pará de 1994³⁶, y de acuerdos políticos como la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible de 2015³⁷ o la Estrategia de Montevideo para la Implementación de la Agenda Regional de Género de 2016³⁸. No debe perderse de vista que en la década de los noventa se aprobaron importantes declaraciones y plataformas de acción internacional en torno a la temática de la violencia contra la mujer³⁹, destacándose en particular la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres de 1993⁴⁰, la ya mencionada Convención interamericana de 1994, la Conferencia internacional sobre población y desarrollo de 1994 (Programa de

35 Ver art. 5 a). El Protocolo Facultativo de la Convención reconoce el derecho de las mujeres a solicitar por sí, individual o colectivamente, la reparación de la violación de sus derechos, incluyendo la violencia de género. DE acuerdo a su art. 2 se otorga legitimación para presentar demandas ante el Comité de la Convención a “las personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado parte de cualquiera de los derechos encunados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas”, una vez agotadas las posibilidades de protección ante las jurisdicciones estatales.

36 Ver arts 6 y 8 b).

37 Ver ODS 5 y ODS 17.

38 Ver Eje 6 y Eje 9.

39 Ver en el ámbito europeo la III Conferencia Ministerial Europea sobre la igualdad entre la mujer y el hombre de 1993, la Resolución A-0394/94 del Parlamento Europeo de 1994, la Resolución A4-0250/97 sobre una Campaña europea de Tolerancia Cero ante la violencia contra las mujeres, el Informe de la Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género del Parlamento Europeo de 1999, entre otros.

40 En la Declaración se toma un concepto amplio de la violencia contra la mujer que abarca la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales lesivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación (art. 2). Se insta, a los Estados Partes al uso de sanciones civiles y penales para combatir este tipo de violencia. Ver <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

acción del Cairo) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer (Declaración y Plataforma de acción de Beijing) de 1995. Con el tiempo se efectuarían posteriores revisiones de dichos instrumentos conocidos como Cairo+5, Cairo+10 y Beijing +10. Asimismo, en el ámbito de la Asamblea de la Unión Africana, se sancionaría en Maputo en 2003 el Protocolo a la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos relativos a los derechos de la mujer. En el mismo año, en el marco de Naciones Unidas, se dicta la Resolución de la Asamblea General 58/147 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar y, diez años más tarde, la Declaración sobre la prevención y eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas.

En el plano regional americano, en la Relatoría “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA)⁴¹, se señala que “el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, ha sido consagrado y establecido como un desafío prioritario en los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional e internacional. La promulgación de instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia, refleja un consenso y reconocimiento por parte de los Estados sobre el trato discriminatorio tradicionalmente recibido por las mujeres en sus sociedades. El hecho de que la Convención de Belém do Pará sea el instrumento más ratificado del sistema interamericano -cuenta con 32 ratificaciones de Estados Miembros de la OEA⁴²- y que la mayoría de los Estados americanos hayan ratificado la CEDAW y su Protocolo facultativo⁴³, refleja el consenso regional de que la violencia contra las mujeres es

41 Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

42 Fue adoptada el 06/09/94 y entró en vigor el 03/05/95. Ver <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>

43 Fue adoptada el 18/12/1979 y entró en vigor el 03/09/1991, de acuerdo con el art. 27.1. Cuenta a la fecha con 189 Estados Partes. Ver <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> y <https://indicators.ohchr.org/>

un problema público y prevalente, meritorio de acciones estatales para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación”.

Tal como lo planteaba con agudeza crítica Kemelmajer de Carlucci hace casi 20 años, las constituciones y las legislaciones de todo el mundo receptoras del principio de igualdad son muy antiguas. Cabe entonces preguntarse por qué la mujer ha permanecido tantos años en desigualdad jurídica⁴⁴, qué sucede con la violencia de género en la región y que medidas se han adoptado a nivel del bloque MERCOSUR.

EL CRUCE TRANSVERSAL ENTRE IGUALDAD DE GÉNERO, COOPERACIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL MERCOSUR

La igualdad de género como derecho humano ha constituido una prioridad en la política del MERCOSUR. Así, los Estados Partes han ratificado diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres: la CEDAW y su Protocolo facultativo, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CAIRO), la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, y las formas conexas de intolerancia. Por su parte, en el ámbito regional de la Organización de los Estados Americanos, han ratificado la Convención interamericana de Belén do Pará y, dentro del marco de la CEPAL, los Estados mercosureños han asumido compromisos para avanzar en el logro de la igualdad de género, tales como los Consensos de México (2004), Quito (2007), Brasilia (2010), Santo Domingo (2013) y el Consenso de Montevideo (2013). Por su parte también cabe destacar que, entre otros, han ratificado el Convenio 111 de la Organización In-

44 Ver KEMELMAJER de CARLUCCI, “Régimen jurídico de la mujer”, *LL*, 1993-E-1044.

ternacional del Trabajo (OIT) sobre la discriminación en el empleo y ocupación.

A lo largo de la historia del MERCOSUR, el bloque regional ha establecido lineamientos estratégicos para la incorporación de la perspectiva de género en el proceso de integración regional, aprobando una serie de normas, y creando instituciones en tal sentido. Así, en 1998, se aprobó la Resolución GMC N. 20/98 que instituye la Reunión Especializada de la Mujer (REM), con la finalidad de analizar la situación de la mujer -teniendo en cuenta la legislación vigente en los Estados Parte en lo relativo al concepto de igualdad de oportunidades- con el objeto de contribuir al desarrollo social, económico y cultural de los países del MERCOSUR. Cabe resaltar que la Declaración Sociolaboral aprobada por el Consejo del Mercado Común en 1998 incluyó preceptos sobre no discriminación y promoción de la igualdad. La REM fue jerarquizada en 2011 con la creación de la Reunión de Ministras y Altas Autoridades de la Mujer (RMAAM), asumiendo un importante rol dentro de la estructura institucional mercosureña. En el año 2000, por resolución del Grupo Mercado Común se consagra la incorporación de la perspectiva de género en el MERCOSUR. Con posterioridad, se han aprobado normativas específicas en temas como: tratamiento integral de la violencia basada en género, atención a mujeres en situación de trata internacional con fines de explotación sexual, participación política de las mujeres, trabajo doméstico, mujeres rurales, mujeres y trabajo rural asalariado, educación rural y desarrollo de la economía social para la inclusión de las mujeres.

En 2005, la aprobación del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (PARLASUR) reitera el repudio a todas las formas de discriminación especialmente las relativas a género, e insta a los Estados a procurar una adecuada representación en términos de género, etnias y regiones según las realidades nacionales. En el ámbito de la Reunión de Atas Autoridades sobre Derechos Humanos del se crea en 2011 el Grupo de Trabajo Género y Dere-

chos Humanos de las Mujeres – actualmente Comisión Permanente de Género y Derechos Humanos de las Mujeres – con el objeto de integrar la temática de género como una cuestión transversal en el trabajo de todas las instancias de este espacio. Asimismo, el Plan Estratégico de Acción Social, aprobado en 2011 y con apoyo técnico del Instituto Social del MERCOSUR para orientar el proceso de priorización de la agenda social dentro del bloque por medio de ejes y directrices, incorpora la perspectiva de género de forma transversal, y a su vez plantea directrices específicas en materia de derechos humanos de las mujeres. En 2014 se aprobó por Decisión CMC N. 13/14 la implementación de una Política de igualdad de género a través de las “Directrices de la Política de Igualdad de Género del MERCOSUR”⁴⁵, que tiene por objetivo contribuir, desde el enfoque del feminismo y de los Derechos Humanos, a sentar las bases para la igualdad y no discriminación de las mujeres en la región, a través de la transversalización del enfoque de género en las políticas, acciones y proyectos regionales, así como en la gestión organizacional y la definición de políticas específicas dirigidas a la equidad de género y las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres en todo el MERCOSUR. En esta línea, deben mencionarse las Recomendaciones CMC N. 04/14 “Mujeres Migrantes en el contexto de violencia doméstica”, 04/17 y 04/19 “Reconocimiento regional mutuo de medidas de protección para mujeres en situación de violencia basada en género”.

Si hay un área en la que indudablemente MERCOSUR ha avanzado a pasos firmes desde sus inicios es la atinente a la cooperación y asistencia jurisdiccional. Así, ha establecido una serie de instrumentos normativos como el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Esta-

45 Disponible en: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/54082_DEC_013-2014_ES_Lineamientos%20MAAM.pdf

dos Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile y el Protocolo sobre Medidas Cautelares.

La incorporación de la perspectiva de género en el MERCOSUR es un proceso continuo que sigue avanzando⁴⁶. Específicamente en materia de cooperación vinculada a la violencia de género, el bloque consideró la necesidad de contar con un instrumento jurídico, con una herramienta segura para la implementación de medidas de protección de manera rápida y efectiva para el cumplimiento en cualquier Estado Parte, que constituyera un mecanismo ágil de comunicación e intercambio de información sobre medidas de protección emitidas a favor de las mujeres en situación de violencia de género. Así, se manifestó la urgente necesidad de implementar las medidas de protección que hubieran sido establecidas en un Estado que debieran ser reconocidas y ejecutadas en otro, en aras de garantizar los derechos humanos de las mujeres, en particular los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psicológica.

En la reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados, llevada a cabo el 10 de julio de 2022, bajo la Presidencia *Pro Tempore* de Paraguay, se aprobó un Acuerdo que promueve la extensión de la protección de las mujeres víctimas de violencia de género a cualquiera de los Estados Partes del mismo. Dicho en otros términos, de lo que se trata es de extender la protección no solo en el país donde se produce la violencia de género, sino también a otros países en donde la víctima pueda encontrarse. De esta forma Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay -en calidad de Estados Partes- y Bolivia, Chile y Ecuador -como Estados asociados del MERCOSUR- suscribieron el “Acuerdo sobre el reconocimiento

46 Ver más información en: “Logro 28: Incorporación de la perspectiva de género en el MERCOSUR”, <https://www.mercosur.int/logro-28-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-el-mercosur/>

mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados”.

La iniciativa de la normativa contó con la colaboración de EL PAcTO (Europa Latinoamérica Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado)⁴⁷, programa de cooperación internacional y asistencia técnica financiado por la Unión Europea que busca contribuir a la seguridad y a la justicia en América Latina, intercambiar experiencias y buenas prácticas y reforzar capacidades a través del apoyo a la lucha contra el crimen transnacional organizado⁴⁸. En su intervención, EL PAcCTO aborda toda la cadena penal desde una perspectiva integral y que trabaja en forma transversal a través tres componentes: policial, justicia, penitenciario⁴⁹. En el caso particular del Acuerdo de MERCOSUR, el programa del PAcCTO impulsó una propuesta basada en la experiencia de la Unión Europea y, para que esto se llevara a cabo, equipos interinstitucionales compuestos por dos expertas de la Fiscalía General de España y de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), junto a miembros de EL PAcCTO, trabajaron durante meses, con instituciones de América Latina⁵⁰.

47 El PAcCTO es un programa de cooperación internacional financiado por la Unión Europea, coordinado con la FIAP (España) y Expertise France (Francia) y con dos socios europeos: IILA (Italia) y Camões (Portugal). Su objetivo es contribuir a la seguridad y a la justicia en América Latina, con un abordaje coordinado en toda la cadena penal y con estrategias conjuntas entre países. Para ello, también cuenta con la cooperación técnica de todos los países y el fortalecimiento institucional brindado por la Unión Europea.

48 Ver Guía para la transversalización del enfoque de género en EL PAcCTO, 2022, p. 28. Disponible en:

<https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2022/11/Publicacion-Genero-EL-PAcCTO-FINAL.pdf>

49 EL PAcCTO ha colaborado e impulsado este Acuerdo con el apoyo de una Propuesta basada en la experiencia de la Unión Europea en este tipo de acuerdos entre distintas jurisdicciones. Ver <https://www.elpaccto.eu/noticias/aprobado-el-acuerdo-sobre-reconocimiento-de-medidas-de-proteccion-para-mujeres-en-situacion-de-violencia-de-genero-en-el-ambito-de-mercosur-y-estados-asociados/>

50 Ver: <https://www.panoramical.eu/actualidad/72391/>

Se ha señalado que este Acuerdo “además de dar protección a las víctimas de violencia de género, otorgando un efecto transfronterizo a las órdenes de alejamiento dictadas por los jueces nacionales, incorpora una nueva técnica de cooperación que se basa en el principio de reconocimiento mutuo” y “sitúa a los Estados de la región en la vanguardia mundial respecto a técnica de cooperación jurídica”. Según el Director de Justicia y Estado de Derecho de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administraciones Públicas (FIIAPP) - institución española que lidera EL PAcCTO junto a Expertise France- este Acuerdo “ayuda a esa homogeneización de legislaciones en la región. Se hace, además, con acompañamiento europeo lo que garantiza cierta capacidad de interlocución transregional que debe acabar en sistemas que garanticen la protección de las mujeres en sus países, en sus regiones y más allá de sus regiones”⁵¹.

EL ANTECEDENTE EUROPEO EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO

Antes de adentrarnos en el análisis del Acuerdo mercosureño creemos interesante resaltar el antecedente europeo en materia de reconocimiento que se tomó como modelo o base de la nueva normativa regional.

Si se efectúa una mirada al derecho comparado de la Unión Europea, puede observarse – siguiendo a Etxebarria Estankona-, que la temática de la violencia de género ha sido tratada desde diferentes prismas por la regulación de cada Estado. Así, hay países como España, Francia, Austria⁵² o Suecia que poseen una

51 Ver <https://www.fiiap.org/> y <https://www.elpaccto.eu/noticias/aprobado-el-acuerdo-sobre-reconocimiento-de-medidas-de-proteccion-para-mujeres-en-situacion-de-violencia-de-genero-en-el-ambito-de-mercosur-y-estados-asociados/>

52 Ver, asimismo, DE HOYOS SANCHO, M., “Aspectos esenciales de la protección jurisdiccional civil de las víctimas de la violencia doméstica en

normativa específica y que definen de manera más o menos explícita el concepto de violencia de género. Existe otro grupo de Estados -Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Grecia, Portugal y Reino Unido, entre otros- que prevén un tipo de violencia vinculado al ámbito doméstico o familiar, sin hacer una mención especial a las mujeres; ahora bien, cabe destacar que, dentro de este conjunto, no todos los ordenamientos determinan el grado o ámbito subjetivo de protección, ni cuentan con los mismos parámetros. Así, una excepción dentro de este segundo grupo sería Hungría, que sí hace mención a las mujeres, pero las excluye de ser consideradas víctimas de violencia doméstica cuando no conviven con sus parejas, o siendo ex parejas, no hayan convivido nunca. Finalmente, existe un tercer grupo compuesto por aquellos países que no tienen una legislación específica ni cuentan con una tipificación concreta de los delitos de violencia de género o sobre la violencia ejercida en el ámbito doméstico o familiar -entre los que se encuentran Alemania, Estonia, Letonia, Finlandia e Italia-. Tal como lo pone de relieve la mencionada autora “no deja de sorprender que Finlandia, uno de los países de la Unión Europea con mayores cifras de violencia de género, no tenga una ley específica para combatirla, aunque dispone de una normativa que permite adoptar medidas de protección en el ámbito familiar, únicamente en la normativa procesal, no en el derecho penal o sustantivo”⁵³.

Alemania/Austria”, en: CABRERA MERCADO, R. (Coord.), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad-Centro de Publicaciones, 2011, p. 87-101.

53 Ver ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa, “La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* (Porto Alegre), v. 5, n. 2, 2019, p. 961-998, espec. p. 972-973. Consultar, asimismo, MARÍ FARINÓS, E., “La lucha contra la violencia de género en el derecho comparado, con especial referencia a Europa”, *Diario La Ley* (España), N. 9128, Sección Tribuna, 29/01/2018, y la bibliografía citada por el autor con relación al tratamiento en los diferentes países europeos. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=>

La articulación de las medidas nacionales de protección a las víctimas de violencia de género en la Unión Europea tampoco ha sido sencilla ni ha estado exenta de ciertas dificultades a la hora de enfrentar la regulación del tema⁵⁴, ya que a la inexistencia de una noción unívoca de violencia de género en todos los ordenamientos, se le sumaba el hecho de los diferentes enfoques d en los sistemas legales con la normativa específica en violencia de género o , incluso, su inexistencia o la propia naturaleza de las medidas previstas⁵⁵.

En mayo de 2011 la Comisión Europea adoptó un paquete de medidas destinado a incrementar los derechos de las víctimas de crímenes y que prestó una especial atención a aquellas que hubieren sido objeto de violencia de género⁵⁶. Dicho paquete normativo está compuesto por tres instrumentos: la Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre el apoyo y la protección

54 Ver MACHADO RUIZ, M.D., “La perspectiva de género en Derecho Comparado”, en LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *La Violencia de Género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, Madrid, 2010, p. 48 ss.

55 Ver MERINO, V. “La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados miembros”, en: FREIXES SANJUÁN, T.; ROMÁN MARTÍN, L. (Dirs.), *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2014, p. 51 ss.; asimismo, OLIVERAS JANÉ, N. , “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Diario la Ley* (Madrid), n. 9334, 2019, p. 1-16, esp. p. 4.

56 Ver, entre otros, los siguientes trabajos: DE HOYOS SANCHO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea” en: JIMENO BULNES, M. (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Barcelona, Bosch, 2007; ROMAN MARTÍN, L.; OLIVERAS JANÉ, N. , “La protección a las víctimas de violencia de género en la Unión Europea: en especial, la Orden Europea de Protección”, en: PASTOR GOSÁLBEZ, M. I.; ROMÁN MARTÍN, L.; GIMÉNEZ COSTA, A. (Coords.), *Integración Europea y género*, Madrid, Tecnos, 2014; TORRES, N. “Sobre las medidas de protección previstas en la Directiva”, en: FREIXES, T.; ROMÁN, L. (Dirs.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 77-97; VAN DER Aa, S.; NIEMI, J.; SOSA, L.; FERREIRA, A.; BALDRY, A., *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2015.

de las víctimas de delitos (Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012), la orden europea de protección (Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011)⁵⁷, y el Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de protección en materia civil (Reglamento (UE) núm. 606/2013⁵⁸ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013)⁵⁹. Asimismo, cabe recordar que el Convenio de Estambul para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado por el Consejo de Europa en 2011, constituye la primera normativa regional jurídicamente vinculante en Europa que aborda de forma exhaustiva las distintas formas de violencia a las que las mujeres se encuentran sometidas⁶⁰.

Específicamente, la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección (OEP) – que entró en vigor en enero de 2015⁶¹– tiene como finalidad establecer un mecanismo para el reconocimiento mutuo de las medidas de protección para las víctimas de delitos, haciendo especial hincapié en las víctimas de violencia de género⁶². Si bien en la Unión Europea existía un marco

57 Ver Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2011/338/L00002-00018.pdf>

58 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013R0606>

59 Ver REQUEJO ISIDRO, M., “El Reglamento (UE) N. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *International Journal of Procedural Law*, v. 5, n. 1, 2015, p. 51-70.

60 Ver MORGADO CORTÉS, M. “La Orden Europea de protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, n. 3, 2014, p. 80-81. Asimismo, consultar: Ver LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La Orden Europea de Protección aplicada a las víctimas de violencia de género”, en: MONGE, A. (Dir.), *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*. Disponible en: <https://vlex.es/vid/orden-europea-proteccion-aplicada-839685252>

61 Los países de la Unión Europea tuvieron que incorporarla en la legislación nacional antes del 11/01/2015.

62 MARTÍNEZ GARCÍA, E., “La Orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.); VEGAS AGUILAR, J.C.

jurídico que “establecía algunas medidas y recomendaciones acerca de cómo prevenir, castigar y proteger -antes, durante y después- a las víctimas de violencia de género, con la OEP se persigue un cambio cualitativo, un salto de nivel -del interno al transnacional- al posibilitar el reconocimiento y ejecución de las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro en el resto de Estados miembros”⁶³. Específicamente, el considerando 6 de la Directiva señala que “En un espacio común de justicia sin fronteras interiores es menester garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado. Debe garantizarse asimismo que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea y del artículo 21 del TFUE, no vaya en menoscabo de su protección”, agregando el considerado 7 que “Para la realización de dichos objetivos la presente Directiva debe establecer normas conforme a las cuales la protección derivada de determinadas medidas de protección dictadas con arreglo al Derecho de un Estado miembro (‘Estado de emisión’) pueda ampliarse a otro Estado miembro en el que la persona objeto de la protección decida residir o permanecer (‘Estado de ejecución’). El considerando 9 pone de manifiesto que la “Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma

(Coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 40-58. 63 Ver SANZ HERMIDA, A., “Víctimas de violencia de género: el reconocimiento y protección de sus derechos”, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; IGLESIAS CANLE, I. (Coords.), *Violencia de género. La violencia sexual a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 265.

de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Estos derechos personales de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros. Sin embargo, los Estados miembros no están obligados a dictar una orden europea de protección atendiendo a una medida de carácter penal que no esté destinada específicamente a proteger a una persona sino principalmente a otros fines, por ejemplo, la rehabilitación social del delincuente. Es importante subrayar que la presente Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas a amparar a cualquier víctima y no solo a las víctimas de la violencia de género, teniendo en cuenta las características propias de cada uno de los tipos de delitos de que se trate”.

En el art. 2 referido a las definiciones se califica a la “persona protegida” como “la persona física objeto de la protección derivada de una medida de protección adoptada por el Estado de emisión”. Vale decir que la calificación es sustancialmente amplia, y no es casual que el considerando 15 de dicho instrumento señale que “En los procedimientos de expedición y reconocimiento de una OEP, las autoridades competentes deben prestar la debida atención a las necesidades de las víctimas, incluidas las personas especialmente vulnerables como, por ejemplo, los menores o las personas con discapacidad”.

La Directiva establece normas que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, dicte una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro, a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al Derecho nacional del

Estado de emisión (art. 1)⁶⁴. El instrumento permite a las víctimas de violencia “seguir disfrutando de protección contra sus atacantes cuando se trasladen a otro país de la Unión Europea”, a la vez que “establece normas que permiten a un juez o a una autoridad equivalente de un país de la Unión Europea dictar una OEP cuando la persona protegida se traslada a otro país de la Unión Europea”⁶⁵. La Directiva funciona en conjunto con el Reglamento UE n. 606/2013 que introduce un proceso sencillo de certificación para que una orden dictada en un país de la Unión Europea se reconozca de manera rápida y sencillo en otro. Esta última es una cuestión de absoluta trascendencia ya que la certificación de la orden implica una garantía de que el proceso de reconocimiento se lleve a cabo de manera expedito y cumpla con su verdadera finalidad de protección.

Tal como se señaló *ut supra*, la normativa contiene calificaciones autárquicas de OEP, medida de protección, persona protegida, persona causante del peligro, Estado de emisión, de ejecución y de supervisión (art. 2). Asimismo, se refiere a la designación de autoridades competentes y a la intervención de una autoridad central (arts. 3 y 4). Cabe preciar que uno de los puntos clave para que se pueda dictar una OEP es que resulta necesaria la existencia previa de una medida de protección con arreglo al ordenamiento nacional y, por tanto, solo se podrá dictar una OEP cuando previamente se haya adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las prohibiciones o restricciones establecidas en el art. 5 (prohibición de entrar en determinados lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta, prohibición o restricción de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por

64 Ver MARTÍN MARTÍNEZ, M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 39, 2011, p. 407-442.

65 Ver <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX:32011L0099>

cualquier otro medio, o prohibición o restricción del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la fijada).

La emisión de la OEP se encuentra regulada en el art. 6, mientras que el art. 7 dispone lo atinente a la forma y contenido de la misma y el art. 8 se centra en el procedimiento de transmisión. Para la emisión de una OEP deberán cumplirse diversas condiciones, por ejemplo, que la persona protegida decida residir o resida ya en otro país de la Unión Europea, o cuando decida permanecer o permanezca ya en otro país de la Unión Europea; que la propia persona protegida solicite la orden; que la persona causante del peligro tiene el derecho a ser oída y a impugnar la medida de protección, en caso de que no hubiera tenido esos derechos antes de la adopción de la medida de protección inicial. La orden se puede solicitar en cualquiera de los dos países de la Unión Europea, ya sea en el país donde la persona protegida reside o permanece (país de ejecución) o en el país en que se dictará la orden (país de emisión).

Las medidas del Estado de ejecución se establecen en el art. 9 y la negativa de no reconocimiento de la OEP se contempla en el art. 10. En este sentido, el país de ejecución podrá denegar el reconocimiento de una orden por diversos motivos: así, por ejemplo, porque la orden está incompleta o no se ha completado en el plazo fijado por el país de ejecución, porque la medida de protección se refiere a un hecho que no constituye infracción penal en el Derecho del país de ejecución, o porque la medida de protección no imponga una o varias de las prohibiciones o restricciones señaladas anteriormente. Por su parte, la Directiva en su art. 11 regula el derecho aplicable y la competencia del Estado de ejecución y en el art. 12 plantea cómo se debe notificar en caso de incumplimiento de la medida o medidas adoptadas en virtud de la OEP a la autoridad competente del Estado de emisión o del Estado de supervisión, de acuerdo a un modelo normalizado. Si el país de ejecución deniega el reconocimiento de la orden, deberá informar sin dilación a la persona protegida y al país de emisión del no reconocimiento de la

orden, indicando los motivos; informar a la persona protegida de la posibilidad de solicitar la adopción de una medida de protección de conformidad con su derecho nacional e informar a la persona protegida de todas las posibles vías de recurso que sean de aplicación en el derecho nacional para oponerse a tal decisión.

En cuanto a la competencia del Estado de emisión, el art. 13 se ocupa de la misma, disponiendo que tal autoridad tiene competencia exclusiva para adoptar resoluciones relativas a los temas que allí se mencionan. Los motivos para la suspensión de las medidas adoptadas en virtud de una OEP se establecen en el art. 14.

Debe remarcarse que se consagra la prioridad del reconocimiento de una OEP y que la misma se reconocerá con la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución y, en la medida de lo posible, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida (art. 15).

En relación a la ejecución de la OEP, el país de ejecución es responsable de adoptar y aplicar las medidas necesarias para hacer cumplir la orden y, en el supuesto de que se incumpla la orden, podrá imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida si el incumplimiento de la orden constituye una infracción penal en el país; adoptar cualesquiera otras resoluciones no penales relacionadas con el incumplimiento, y adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del país de emisión. También se prevé, cuando proceda, las consultas entre las autoridades competentes del Estado de emisión y del de ejecución para facilitar la aplicación armoniosa y eficaz de la Directiva (art. 16). El art. 17 refiere a las lenguas y a la necesidad de traducción, mientras que el art. 18 dispone que los gastos que resulten de la aplicación de la misma correrán a cargo del Estado de ejecución, de conformidad con su derecho nacional, con excepción de los ocasionados exclusivamente

en el territorio del Estado de emisión. Finalmente, la Directiva en los arts. 19 y 20 regula lo atinente a la relación con otros acuerdos y convenios y con otros instrumentos. Tanto la Directiva como el Reglamento comparten el objetivo de hacer posible la libre circulación de las víctimas dentro del marco de la Unión Europea, garantizando una protección transfronteriza a las víctimas.

EL ACUERDO SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LAS MUJERES EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO ENTRE LOS ESTADOS PARTES DEL MERCOSUR Y ESTADOS ASOCIADOS

Este instrumento fue suscripto el 10 de junio de 2022. El numeral 1 del art. 15 estipula que el Acuerdo entrará en vigor treinta días después del depósito del instrumento de ratificación por el segundo Estado Parte del MERCOSUR. Para los Estados Partes que lo ratifiquen con posterioridad a esa fecha, el Acuerdo entrará en vigor treinta días después del depósito de su respectivo instrumento de ratificación. Según el numeral 2, para los Estados Asociados, el Acuerdo entrará en vigor una vez que todos los Estados Partes del MERCOSUR lo hayan ratificado. Si lo hubieran ratificado con anterioridad a esa fecha, el Acuerdo entrará en vigor para los Estados Asociados en la misma fecha que para los Estados Partes; para los Estados Asociados que no lo hubieran ratificado con anterioridad a esa fecha, el Acuerdo entrará en vigor el mismo día en que se deposite el respectivo instrumento de ratificación (art. 15.3). La norma aclara que los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo se aplicarán solamente a los Estados que lo hayan ratificado.

La República del Paraguay es la depositaria del Acuerdo y de los respectivos instrumentos de ratificación. Los tiempos de implementación de los Acuerdos no siempre son los queridos ni los deseados. A pesar de la gravedad que reviste la temática y la necesidad real y concreta del reconocimiento mutuo de medidas de protección

para las víctimas de violencia de género, hasta el momento, ninguno de los Estados Partes ni los Estados asociados han ratificado dicho Acuerdo.

Objeto del Acuerdo y calificaciones

El Acuerdo establece reglas para el reconocimiento y ejecución de medidas de protección a favor de mujeres en situación de violencia de género, emitidas por una Autoridad competente de una Parte y transmitidas a otra Parte a través de una Orden MERCOSUR de Protección (OMP) -art.1.1. La OMP será transmitida por medio de las Autoridades Centrales de conformidad con lo previsto en el art. 7 (art. 1.2). Se deja establecido que las Partes reconocerán la OMP con base en las disposiciones del Acuerdo y de conformidad con su legislación nacional (art. 1.3)

La normativa analizada establece calificaciones autárquicas en el art. 2. De esa forma, se define qué debe entenderse por Autoridad competente, Estado ejecutor, Estado emisor, OMP y violencia de género. En este sentido, Autoridad competente “es la autoridad judicial que, conforme con el ordenamiento jurídico interno de cada Parte, resulta competente para emitir o ejecutar una OMP” (art. 2.1). Estado ejecutor “es la Parte a la que se requiera el reconocimiento y ejecución de una OMP” (art. 2.2) y, en cambio, Estado emisor “es la Parte en la que se haya dictado la medida de protección que constituye la base para emitir una OMP” (art. 2.3). Por su parte, se entiende que OMP “es la decisión emitida por la autoridad competente de una Parte del presente Acuerdo, que ha dictado una medida de protección en favor de una mujer en situación de violencia de género, a los efectos de su reconocimiento y ejecución en otra Parte” (2.3).

Nótese que, a diferencia del instrumento europeo que se refiere a “persona física protegida”, el Acuerdo se centra específicamente en la protección de “mujeres en situación de violencia de

género”, lo cual lleva a preguntarse por la conceptualización del término “mujer” y cómo se define la “violencia de género”.

El concepto de mujer como víctima

El Acuerdo no califica qué debe entenderse por mujer. Quizás, como ponía de manifiesto Chery Chase -creadora de la Sociedad Intersexual de Norteamérica- porque “la ley no define qué es un hombre, o qué es una mujer. Asume que esos términos son autoevidentes, y que todo ser humano puede ser claramente etiquetado como uno u otro”⁶⁶. Viturro es muy clara al señalar -con un dejo de ironía que compartimos- que “la base de dicha presunción legal no es otra que la tranquilizadora anatomía y sus dogmas biologicistas, por la que tradicionalmente expresaron infinita fascinación los hombres de leyes”⁶⁷.

Como señalábamos, a diferencia del instrumento europeo que se refiere a “persona física”, la disposición mercosureña adopta un concepto más restringido, tal vez pensando en la idea de proteger la mayor vulnerabilidad de la mujer. Sin embargo, llama la atención debido a que, por ejemplo, en nuestro país, la Ley 26.743 de Identidad de Género establece el derecho de las personas a ser llamadas con el nombre de pila elegido y a que se respete su identidad de género autopercebida, interpelando una mirada binaria de la

66 CHASE, Ch., “¿Cómo puede incluirse la intersexualidad en la agenda de los derechos civiles LGTB?”, Discurso pronunciado en la 5th Annual Sexual Orientation an the Law Conference (traducido por M. Cabral; J. Leimbruger). Disponible en: www.isna.org, y citado por VITURRO, P., “Ficciones de hembras”, en: BERGALLI, R.; MARTYNIUK, C. (Comp.), Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003, p. 270.

67 Ver VITURRO, P., “Ficciones de hembras”, en: BERGALLI, R.; MARTYNIUK, C. (Comp.), Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2003, p. 270-271. En este sentido, es bueno tener en cuenta “las fundamentaciones que realizan los jueces cada vez que se enfrentan a cuerpos que no se adaptan a los estereotipos”

identidad (varón/mujer) para reemplazarla por una que dé cuenta de las múltiples identidades de género⁶⁸.

Más allá de aclarar que nuestra intención no es desarrollar este tema -no solo por su complejidad sino porque carecemos de la *expertise* en el área, no deja de movilizarnos -desde el ámbito de la aplicación de un instrumento de cooperación jurídica internacional-, saber qué sucederá o qué interpretación se dará cuando el Acuerdo pretenda ser aplicado a niños/as, adolescentes, lesbianas, gays, transexuales, por ejemplo. ¿Se tendrá en cuenta solo un criterio biologicista basado en la construcción de una concepción que toma en consideración a los dos sexos (hombre/mujer) como instancias fijas, intransformables y dicotómicas? ¿O, por el contrario, escaparán a la lógica de categorías biologicistas y tomarán o “construirán” los conceptos como producto del mundo social, con todo lo que ello implica?⁶⁹

Con el bagaje de la filosofía existencialista Simone de Beauvoir sostenía en *El segundo sexo* su célebre frase de que no se nace mujer sino que se llega a serlo⁷⁰; *on ne nait pas femme; on le devient*” representa una descalificación a aquella tradición que interpreta que la condición femenina es dimanante de una determinación biológica. Dicho en otros términos, la mujer no es un producto natural y la categoría de género debe ser visualizada y entendida como una construcción cultural. Por su parte, Monique Witting señala que “las categorías ‘hombre’ y ‘mujer’ son categorías políticas y eco-

68 Ver Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, (Re)Nombrar: guía para una comunicación con perspectiva de género, Buenos Aires, Editorial MinGéneros, 2021, p. 31. Disponible en: [//www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/renombrar-web-mmgyd.pdf](http://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/renombrar-web-mmgyd.pdf)

69 Como afirma Viturro, “las relaciones tejidas por las feministas entre los conceptos de género y sexo son múltiples, diversas, en general excluyentes entre sí y claro está, siempre presuponen algún concepto de cuerpo”. VITURRO, P., *Ob.cit.*, p. 272-273. Ver, asimismo, BUTLER, J., *Cuerpos que importan*, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 14-19.

70 DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 1999, p. 37

nómicas y no eternas”⁷¹. Ahora bien, se ha sostenido que aún en un universo de violencia, la violencia contra las mujeres presenta claves específicas, vale decir, formas específicas de legitimación, basadas no en su condición de personas sino de mujeres⁷².

Aplicación extendida del Acuerdo a víctimas en situación de violencia de género

Debe notarse que el art. 1 refiere a las medidas de protección a “favor de mujeres en situación de violencia de género”. Sin embargo, el artículo 13 regula la “aplicación extendida del Acuerdo”, señalando que “en el caso de que, en virtud del objeto del presente Acuerdo, resulte necesaria la protección de víctimas en situación de violencia de género, distintas de las mujeres, el presente Acuerdo será aplicado, en lo que corresponda, a fin de garantizar el pleno goce de sus derechos”.

Tal como lo hemos señalado, la violencia de género constituye un fenómeno multicausal y complejo que atraviesa el entramado social, afectando severamente no solo a las mujeres y niñas, sino también a niños y a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (en adelante, colectivo LGBTI)⁷³; ellos integran un grupo vulnerabilizado con altos índices de padecimiento de violen-

71 Ver WITTING, M., *Nadie nace mujer*, 1981 (Traducido por S. Vitorino). Disponible en: https://archive.4edu.info/LGBT/CSL_07.2_Nadienace.htm. En esta línea, la autora señala, por ejemplo que “una lesbiana tiene que ser cualquier otra cosa, una no-mujer, un no-hombre, un producto de la sociedad y no de la naturaleza”.

72 Ver DE MIGUEL, A., “La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género” *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 18, 2005, p. 232-235.

73 Ver CIDH. *Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes*. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. CP/CAJP/INF.166/12, 2012 párr. 17. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJPINF_166-12_esp.pdf

cia y con importantes barreras en base a pretextos basados en su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género⁷⁴.

Pareciera que el art. 13 viene a responder al interrogante planteado en relación a la posibilidad de aplicación del Acuerdo a otros sujetos “no mujeres”. Resulta discutible si era preferible referirse en el Acuerdo a la “persona física” como sujeto necesitado de protección ya que tal concepto hubiese sido más comprensivo y evitado quizás posibles interpretaciones dispares a la hora de su aplicación. No obstante, ante eventuales interpretaciones dispares, siempre debería acudirse al “principio pro persona” como criterio hermenéutico que “informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁷⁵.

El concepto de violencia de género

Definir qué se entiende por violencia de género tampoco constituye una tarea sencilla. Naciones Unidas define la violencia

74 Ver *Violencia de género y acceso a la justicia*, Dirección General de Políticas de Género, Ministerio Público Fiscal, p. 3-4. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2020/08/Violencias-de-genero-y-acceso-a-la-justicia.pdf>

75 Ver PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: ABREGÚ, M.; COUTIS, C. (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales; Editores del Puerto, 1997, p. 163-164. También puede consultarse SALVIOLI, F., “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en: *En defensa de la Constitución. Libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 143-155.

contra la mujer como “todo acto de violencia de género que resulte, o pueda tener como resultado un daño físico, sexual o psicológico para la mujer, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”⁷⁶. Ahora bien, tal como señala Florencia Poggi, “la noción de ‘violencia de género’ es empleada con frecuencia en una multitud de estudios sociológicos, jurídicos y antropológicos, sobre todo de matriz feminista. Esta noción se encuentra también transpuesta -y a veces redefinida- en declaraciones y convenciones internacionales. En particular, en la *General Recommendation No. 19 on violence against women* (GR 19) de 1992, emitida de conformidad con el Article 21 de la CEDAW [...]; en la DEVAW (*Declaration on the Elimination of Violence against Women*), adoptada por las Naciones Unidas en 1993; en la Declaración de Beijing [...]; a nivel regional, en la Convención de Belém do Pará, en el Protocolo de Maputo (*Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa*, 2004) y, en fin, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, mejor conocido como Convenio de Estambul. A pesar de su amplio uso, esta noción está lejos de ser precisa e inequívoca: a menudo en la literatura se la ha confiado a un entendimiento casi intuitivo y/o se la ha caracterizado en términos fuertemente político-ideológicos, sin preocuparse por su claridad conceptual”⁷⁷. Tal como plantea la mencionada autora, “¿cuál es la relación entre género y violencia? ¿En qué sentido un acto de violencia [...] puede ser considerado ‘de género’?”. Como señalamos, en la literatura no se encuentra una noción unitaria y clara de violencia de género y, en esta línea, una de las definiciones más difundidas de violencia de género es la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de ser mujer. Sin embargo, cabe reflexio-

76 Ver https://www.who.int/es/health-topics/violence-against-women#tab=tab_1

77 POGGI, F., “Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho”, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 42, 2019, p. 285-307, esp. p. 286. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r6522.pdf>

nar sobre lo que ello significa ya que “esta definición configura la violencia de género como unidireccional (solo contra las mujeres), neutral con respecto a los autores (parece que pueden serlo también mujeres) y sobre todo no es muy clara: ¿qué significa que una persona es víctima de violencia solo porque es una mujer?”⁷⁸. En realidad, coincidimos con Poggi en el sentido de que no hay crímenes de los cuales solo las mujeres sean víctimas, sino que, en efecto, “muchas veces esta definición se integra especificando que la violencia de género es la que afecta a las mujeres desproporcionadamente” [...]. La aclaración, frecuente tanto en la literatura como en la normativa internacional (y en ocasiones nacional) según la cual la violencia de género es una violación de los derechos humanos y/o de la dignidad de las mujeres no es particularmente útil: cualquier forma de violencia, ejercida por cualquiera y contra cualquier persona, viola los derechos humanos y la dignidad (en cualquier sentido la entendamos) de los que la sufren. A este respecto, muchos autores han descartado que la violencia esté conectada al género (y no simplemente al sexo) porque es expresión de, es instrumento para la discriminación, la opresión, la dominación de los hombres contra las mujeres: ‘Violencia de género es la expresión general empleada para capturar la violencia que se produce como resultado de expectativas normativas sobre los roles asociados con cada género, junto con las relaciones desiguales de poder entre los dos géneros, en una sociedad específica’⁷⁹. Lo cierto es que no existe una única opinión al respecto.

Si se efectúa un análisis a nivel de derecho comparado es posible observar que, en función del sistema jurídico, la violencia de género ha sido objeto de diversas traducciones legales. En este sentido, las organizaciones internacionales suelen definirla de manera amplia como cualquier tipo de violencia, ya sea física, psicológica o económica, cometida sobre las mujeres por el simple hecho de serlo⁸⁰.

78 POGGI, F., *ob. cit.*, p. 293.

79 POGGI, F., *ob. cit.*, p. 293 ss.

80 Ver BROX SÁENZ DE LA CALZADA, A., “Análisis breve y comparado de

A nivel convencional, Argentina es parte de la Convención de Belén do Para, la cual califica a la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1). De acuerdo al art. 2, “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra”. Establece incluso, que el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia comprende, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación (art. 6). Pone de manifiesto que esta violencia puede ocurrir “dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta, haya compartido o no el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual” (art. 2, a).

Nótese que para la Agencia de la ONU para los refugiados (ACNUR), por ejemplo, “violencia de género hace referencia a cualquier acto con el que se busque dañar a una persona por su género.

la legislación francesa y española en materia de violencia contra las mujeres”, *Filanderas. Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, n. 2, 2017, p. 83. Véase, por ejemplo, el art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de las violencias contra las mujeres, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, o el artículo 1 del Apéndice de la Recomendación del Consejo de Europa Rec (2002)5 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30/04/2002.

La violencia de género nace de normas perjudiciales, abuso de poder y desigualdades de género”⁸¹.

A nivel interno, la Ley 26485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres señala en su art. 4 que “se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes”. Además, se indica que “se considera violencia indirecta [...] toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”⁸².

Ahora bien, centrándonos en el Acuerdo de MERCOSUR este señala que, a los fines de aplicación del mismo, “violencia de género es cualquier acción o conducta basada en el género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 2.4).

81 Ver <https://www.acnur.org/violencia-sexual-y-de-genero.html>. Según lo señalado por ACNUR, “La violencia de género puede ser de tipo sexual, físico, psicológico y económico, y puede darse tanto en el espacio público como en la esfera privada. Las amenazas, la coerción y la manipulación son también formas de violencia de género. La violencia de género puede tomar muchas formas: violencia de pareja, violencia sexual, matrimonio infantil, mutilación genital femenina y los supuestos crímenes de honor”.

82 En esta línea, ver Guía de Información Violencia de género (Argentina), 2022, realizada por la Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Programa Víctimas contra las Violencias, con la colaboración del Cuerpo de Abogadas y Abogados para Víctimas de Violencia de Género y de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ). disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2019/02/guiaviolenciadegenero_mayo2022.pdf

Autoridad Central

Durante mucho tiempo la vía diplomática -a través de las Embajadas del Estado requerido y requirente- era utilizada en el marco de la cooperación jurídica internacional para intercambiar solicitudes lo que, por un lado, generaba seguridad y confiabilidad en el intercambio pero, por otro, implicaba un proceso mucho más largo y burocrático. La utilización de la vía de la Autoridad Central (AC) surge a fines de la década de los sesenta y comienzos de la del setenta en el ámbito de las Convenciones de La Haya en materia civil, como una forma de dar respuesta a la necesidad de simplificar los procedimientos, agilizar la celeridad en el cumplimiento de las solicitudes de cooperación internacional y aportar uniformidad en los criterios de aplicación por parte de los Estados respecto de los Convenios. De esta forma, al ratificar un Tratado que contenga normas sobre cooperación, cada Estado signatario designa una AC que será la encargada de diligenciar las solicitudes; es decir, recibirá todos los pedidos emanados de los órganos competentes de su país y los remitirá a la AC del país al cual va dirigida la solicitud de cooperación. A la inversa, recibirá a través de la AC de otros Estados este tipo de pedido y los presentará ante el órgano jurisdiccional que correspondiere a fin de que éste, en caso de acceder, ejecute la medida. La figura de la AC es absolutamente relevante, y no sólo por actuar de mero canal de transmisión de las solicitudes de asistencia, sino porque en muchos casos su actuación implica la posibilidad de concreción o no de los pedidos, más allá de aclarar que el cumplimiento definitivo recaerá obligatoriamente en las autoridades jurisdiccionales del Estado requerido. La función principal de la AC es coordinar el desarrollo de las relaciones de cooperación jurídica entre los países y esto se da en dos planos: en el externo, tal coordinación se traduce en la vinculación con las demás AC para lograr celeridad, eficacia, seguridad y uniformidad en la gestión de las solicitudes de asistencia jurídica internacional, mientras que en

el interno la labor de la AC se dirige a brindar información adecuada sobre la aplicación de los convenios, así como a asesorar a las autoridades jurisdiccionales locales en el tratamiento de sus relaciones de cooperación jurídica con sus pares extranjeros⁸³.

A los efectos de la aplicación del Acuerdo de reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género, cada Parte debe designar una AC (art. 3.1) y, al depositar el instrumento de ratificación, debe comunicar la designación de dicha AC (art. 3.3). La AC puede ser sustituida en cualquier momento, debiendo la Parte comunicarlo, en el plazo más breve posible, al depositario del Acuerdo, que será responsable de notificar a las demás Partes el cambio efectuado (art. 3.4). La normativa estable que dichas AC “se comunicarán directamente entre ellas” y se deja establecido de manera expresa que la comunicación es sin intervención de la vía diplomática, pudiendo efectuarse mediante cualquier medio electrónico que permita mantener el registro formal de la transmisión (art. 3.2). Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede cuando la comunicación por cualquier medio electrónico no fuese posible. El art. 3.2 *in fine* da la respuesta, disponiendo que “sólo cuando ello resulte materialmente imposible, la AC lo remitirá a través de correo postal, en formato papel”.

Autoridad competente del Estado Emisor. Medidas de protección a pedido de la mujer y de oficio. Rechazo de la medida y vía recursiva

El Acuerdo establece que “la autoridad judicial emisora de una medida de protección será de igual modo competente para encaminar una OMP a su Autoridad Central a efectos de requerir el reconocimiento de la misma, cuando así le sea solicitado por la mujer destinataria de la protección” (art. 4). Vale decir, que se pone en

83 Ver: <http://cooperacion-civil.gob.ar> y <http://cooperacion-penal.gov.ar/funciones>

cabeza de la mujer el hecho de solicitar una OMP a la AC a efectos de requerir el reconocimiento de la misma. Ahora bien, cabe preguntarse si la autoridad competente del Estado emisor no podría de oficio emitir una OMP. La respuesta viene dada por el segundo párrafo del art. 5.5, al disponer que “no obstante, en situaciones excepcionales que exijan la adopción de medidas de protección inmediatas ante un riesgo grave, real e inminente para la vida o integridad psicofísica de la mujer destinataria de la protección, la AC del Estado Emisor podrá emitir de oficio una OMP, siempre que no pueda obtenerse su consentimiento, y procurando notificarla a la mayor brevedad posible”. Para que tal emisión de oficio de medidas de protección inmediata “en situaciones excepcionales” ocurra deben darse ciertos recaudos: debe ser ante un riesgo grave, real o inminente para la vida o integridad psicofísica de la mujer y, además, se requiere que no sea posible obtener el consentimiento de la mujer. La norma aclara que se debe procurar notificarla a la mayor brevedad posible.

En cuanto a las medidas de protección, según el art. 5.1 “La OMP sólo podrá ser expedida cuando la AC del Estado Emisor haya dictado una o más de las siguientes medidas de protección:

a) prohibición de entrar en localidades o lugares o en zonas determinadas en las que reside la mujer o en las que se encuentre temporalmente por el motivo que fuere;

b) prohibición o restricción del contacto, en cualquier forma, con la mujer, incluso por teléfono, correo electrónico o postal o por cualquier otro medio;

c) prohibición o restricción del acercamiento a la mujer a una distancia inferior a la prescrita, incluyendo o no el uso de dispositivos de geolocalización y rastreo;

d) suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con obligación de depositarla en el lugar indicado;

e) cualquier otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer, hacer cesar la situación de violencia y evitar la

repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato perpetrado por el agresor”.

Debe resaltarse que una OMP puede ser expedida cuando la mujer visite o resida de manera transitoria, temporaria o permanente en el territorio de otra Parte, independientemente de su situación migratoria (art. 5.2).

La AC del Estado Emisor de la medida de protección tiene la obligación de informar a la mujer en forma clara, concisa y adecuada, en un idioma y lenguaje que la persona comprenda, que posee el derecho de solicitar, de manera gratuita, una OMP (art. 5.3). La AC del Estado Emisor, al decidir sobre la emisión de una OMP, tiene que tener en cuenta la necesidad de protección de la mujer y, cuando sea necesario, la de sus hijos e hijas o personas a su cargo que la acompañen (art. 5.4).

Siempre que la mujer destinataria de la protección lo solicite, la AC del Estado Emisor sólo podrá emitir una OMP, previa verificación de que la medida sea alguna de las previstas en el numeral 1 del art. 5 (art. 5.5). En el supuesto de que la mujer solicite una OMP y se rechace la misma, tal decisión puede ser recurrida de conformidad con la legislación nacional del Estado Emisor numeral 2 del art. 5).

Contenido y forma de la Orden MERCOSUR de protección

La ACe del Estado Emisor, a solicitud de la mujer destinataria de la protección” es quien debe emitir la OMP, siguiendo el modelo que consta en el Anexo del Acuerdo (art. 6.1). Conforme a lo previsto en el art. 6.2 la OMP debe contener, en particular, la siguiente información:

- a) la identidad de la mujer;
- b) la fecha a partir de la cual la mujer tiene la intención de ingresar, residir o permanecer en el territorio del Estado Ejecutor y el período o períodos de estancia, si se conocen;

c) el nombre, la dirección, los números de teléfono y el correo electrónico de la autoridad judicial competente del Estado Emisor;

d) la identificación del acto jurídico que contiene la medida de protección sobre cuya base se emitirá la OMP;

e) un resumen de los hechos y circunstancias que llevaron a la adopción de la medida de protección del Estado Emisor;

f) las prohibiciones o restricciones impuestas al agresor, su duración y la indicación de la sanción, en caso de que haya incumplimiento de la prohibición o restricción;

g) la identidad del agresor, así como sus datos de contacto, cuando se los conozca;

h) la descripción de otras circunstancias que podrían influir en la valoración del peligro al que esté expuesta la mujer destinataria de la protección o cualquier información adicional que se considere relevante;

i) la certificación expedida por el Estado Emisor que acredite que el agresor haya sido debidamente citado y notificado de la medida y se haya garantizado el ejercicio de su derecho de defensa;

j) en caso de que la mujer tenga hijos, hijas u otras personas a su cargo, se deberán especificar sus datos filiatorios y si las medidas de protección dispuestas en favor de la mujer también los alcanzan. Además, en caso de corresponder, especificar el vínculo con la persona contra la cual se dictaron las medidas de prohibición o restricción de acercamiento;

k) cuando corresponda, información sobre la utilización de un dispositivo técnico que le sea suministrado a la persona protegida o al agresor para hacer cumplir la medida de protección.

En caso de que el idioma del país de la AC del Estado Emisor no coincida con el del país de la AC del Estado Receptor, todos los documentos y la información contenidos en la OMP deben remitirse a la AC del Estado Emisor acompañados de una traducción al idioma

del Estado Ejecutor. La documentación remitida no requerirá certificación, legalización, apostilla u otra formalidad análoga (art. 6.3).

Transmisión de la OMP- Procedimiento

La Autoridad Competente del Estado Emisor debe remitir la OMP a la Autoridad Competente del Estado Ejecutor, a través de la AC -prevista en el artículo 3 del Acuerdo-. La AC requerida, al recibir una OMP, adoptará las medidas apropiadas para remitir inmediatamente la solicitud a la Autoridad Competente del Estado Ejecutor e informará del diligenciamiento efectuado a la AC requiriente. Ahora bien, si la mujer destinataria de la protección ya se encuentra en el territorio de una Parte distinta de la que dictó la medida de protección, podrá solicitar a la Autoridad Competente del Estado Ejecutor que requiera a la Autoridad Competente del Estado Emisor la emisión de la OMP (art. 7).

Procedimiento de reconocimiento y ejecución de una OMP

Conforme lo establece el art. 8.1 las partes adoptarán todas las medidas de urgencia apropiadas para garantizar que se cumplan, en sus respectivos territorios, los objetivos del Acuerdo. El Estado Ejecutor reconocerá y ejecutará la OMP con celeridad prioritaria, al amparo del Acuerdo, con las siguientes condiciones previstas en el art. 8.2;

a) a los fines del reconocimiento, se limitará únicamente al control de los requisitos previstos en el artículo 6 y la inexistencia de las causales de denegación previstas en el artículo 9;

b) la OMP será ejecutada como si hubiese sido dictada por una autoridad del Estado Ejecutor, conforme a su legislación nacional, teniendo presente cualquier circunstancia específica del caso, incluida su urgencia y la fecha prevista de llegada de la mujer al territorio del Estado Ejecutor;

c) en todos los casos, se considerarán de carácter humanitario las medidas de protección dictadas por el Estado Emisor;

d) cuando la mujer destinataria de la protección así lo requiera, el Estado Ejecutor garantizará la asistencia jurídica gratuita que sea necesaria para la ejecución de la OMP.

La Autoridad Competente del Estado Ejecutor informará la medida reconocida, a través de la AC, a la Autoridad Competente del Estado Emisor (art. 8.3).

La OMP reconocida será informada a la mujer y al agresor por la Autoridad Competente del Estado en que se encuentren. Asimismo, se informarán al agresor las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la OMP, de conformidad con la legislación nacional. Debe remarcarse que al agresor no se le dará conocimiento sobre la ubicación de la mujer, salvo que ello sea estrictamente necesario para la ejecución de la medida y la protección de los derechos de la mujer.

En relación al tipo de medidas adoptadas por el Estado Ejecutor, el art. 8.4 señala que para el cumplimiento de la medida de protección dispuesta por la Autoridad Competente del Estado Emisor, el Estado Ejecutor podrá adoptar todas las medidas civiles, penales o administrativas previstas en su legislación nacional.

En el supuesto de que la Autoridad Competente del Estado Ejecutor considere que la información transmitida en la OMP es incompleta, puede solicitar la información complementaria a la Autoridad Competente del Estado Emisor, a través de la AC por cualquier medio que permita llevar un registro escrito, fijando un plazo razonable para proporcionarla (art. 8.5).

Usos de dispositivos de geolocalización y rastreo

El Acuerdo prevé en su art. 8.6 que el Estado Ejecutor, siempre que cuente con la tecnología necesaria, dará continuidad al uso de dispositivos de geolocalización y rastreo o modalidad análoga,

de conformidad con su legislación nacional, con el objetivo de monitorear el cumplimiento de las prohibiciones y/o restricciones impuestas por la OMP.

La implementación de los sistemas de posicionamiento global o GPS en la vigilancia y seguimiento de víctimas y agresores en casos de violencia de género por parte de las instituciones públicas ha crecido de forma exponencial en los últimos años⁸⁴. En esta línea, los avances tecnológicos han innovado en nuevas formas de prevenir, detectar y controlar el delito, reformulando también las tradicionales medidas utilizadas⁸⁵.

En el caso particular de la República Argentina, los dispositivos duales para víctimas de violencia de género son herramientas de geolocalización utilizadas para garantizar el efectivo cumplimiento de medidas cautelares dispuestas por el Poder Judicial, en el marco de procesos judiciales (rastreadores personales, tobilleras o brazaletes). El sistema dual de monitoreo electrónico es una tecnología de verificación de presencia y localización que utiliza tanto GPS (Sistema de Posicionamiento Global) como monitoreo por medio de Radio frecuencia para determinar ubicación y proximidad en todo momento. Los equipos se componen de dos unidades de rastreo que se entregan tanto a la víctima como al agresor; se los denomina duales porque poseen un mecanismo que les permite reconocerse entre sí, se georreferencian y se calibran de manera tal que se active la alarma si violan la distancia perimetral establecida por la justicia. Asimismo, si se intenta manipular, sacar o romper, emiten de ma-

84 Ver el meduloso trabajo de ARENAS GARCÍA, L., “La eficacia de la vigilancia electrónica en la violencia de género: análisis criminológico”, *International e-Journal of Criminal Science Research Report*, v. 1, n. 10, 2016. Disponible en: <http://www.ehu.es/inecs>

85 Ver BONTA, J.; WALLACE-CAPRETTA, S.; ROONEY, J., “Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs”, *Crime and Delinquency*, vol 46, n. 1, 2000, p.61-75 y BUTTON, D.; DEMICHELE, M; PAYNE, B., “Using Electronic Monitoring to Supervise Sex Offenders: Legislative Patterns and Implications for Community Corrections Officers”, *Criminal Justice Policy Review*, v. 20, n. 4, 2009, p. 414-436.

nera inmediata una alarma. El sistema permite monitorear la ubicación tanto de la víctima como la del agresor., así como fijar zonas de exclusión o peligro (por ejemplo, vivienda de la víctima, lugar de trabajo, escuela de los hijos, etc.). En caso de que el agresor se acerque a la víctima o a la zona de exclusión a una distancia menor a la establecida, se emiten alarmas de emergencia en el Centro de Monitoreo. Entonces un operador toma el caso, da aviso a la justicia o a las fuerzas de seguridad y monitorea las intervenciones posteriores⁸⁶. En nuestro país, el Ministerio de Justicia de la Nación cedió los dispositivos duales a las provincias para que éstas los implementen localmente a partir de las solicitudes que realice el Poder Judicial correspondiente. Cabe señalar que, antes de recibir los mencionados dispositivos, cada jurisdicción estableció un Centro de Monitoreo -que debe funcionar las 24 horas durante los 365 días del año- mediante el cual se realiza el seguimiento de las tobilleras y se aplican los protocolos correspondientes cuando se activan las alarmas.

Existen diferentes opciones y herramientas tecnológicas que se utilizan en casos de acoso, órdenes de restricción y seguridad personal, así, por ejemplo, las apps o aplicaciones de rastreo que se instalan en los teléfonos (*App Tracker*) y que permiten a las autoridades conocer la ubicación de una mujer que está en situación de vulnerabilidad y recibir alertas de pánico en caso de que requiera asistencia. En algunos países las empresas de seguridad y rastreo colaboran con las autoridades locales estableciendo una comunicación total entre la plataforma de RedGPS y el órgano encargado de la seguridad de la ciudad para que ésta obtenga una notificación inmediata de los delitos cometidos en el transporte público, con datos de ubicación y video en tiempo real; de esa forma, una *webservice* conecta los reportes y alertas en la plataforma con las autoridades policiales para que éstas puedan actuar con mayor inmediatez. También se pueden utilizar los *Smart watches* para obtener datos de tra-

86 Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/como-funcionan-los-dispositivos-para-victimas-de-violencia-de-genero>

zabilidad de las mujeres que pudieran estar en situación de riesgo, aunque el uso de estos dispositivos suele requerir la homologación en una plataforma.

Prórroga o modificación de la OMP

¿Resulta factible prorrogar o modificar una OMP? La respuesta viene dada por el art. 8.7 que establece que la Autoridad Competente del Estado Ejecutor podrá disponer una prórroga o modificación de la OMP, cuando la mujer así lo solicite, ante el prolongamiento o agravamiento de las circunstancias que motivaron la medida de protección, debiendo comunicarlo a la Autoridad Competente del Estado Emisor a través de la Autoridad Central. Nótese que, a diferencia de la emisión de una OMP que podría, excepcionalmente, ser emitida de oficio por la Autoridad Competente del Estado emisor, la prórroga o modificación debe ser solicitada por la mujer, tal como estipula la norma.

Denegación del reconocimiento de una OMP

La Autoridad Competente del Estado Ejecutor podrá denegar el reconocimiento de una OMP, de forma fundamentada, sólo en las siguientes circunstancias, que deberán ser interpretadas de forma restrictiva:

a) cuando las prohibiciones o restricciones impuestas por la medida de protección dispuestas por la Autoridad Competente del Estado Emisor no estén contempladas en las situaciones previstas en el artículo 5.1 del presente Acuerdo;

b) cuando sea manifiestamente contraria al orden público del Estado Ejecutor. (art. 9.1).

El art. 9.2 continúa señalando que, “sin perjuicio de lo anterior, cuando la medida solicitada en el caso del artículo 5.1.e) no

esté contemplada en la legislación nacional del Estado Ejecutor, deberán adoptarse las medidas urgentes de protección que sean necesarias para salvaguardar la vida y la integridad de la mujer y, en caso de que corresponda, la de sus hijos e hijas u otras personas a cargo”.

Si la Autoridad Competente del Estado Ejecutor deniega el reconocimiento de una OMP por uno de los motivos mencionados en el numeral 1 del art. 9 deberá informar, sin demora, a la Autoridad Competente del Estado Emisor, a través de la AC:

- a) los motivos del rechazo, debidamente fundamentados;
- b) la medida urgente de protección aplicada conforme al numeral 2 del presente artículo sobre la base de su legislación nacional;
- c) las alternativas procesales disponibles para que la mujer pueda revertir dicha decisión conforme con su legislación nacional (art. 9.3).

Incumplimiento de la/s medidas adoptadas sobre la base de la OMP. Notificación

Si existiere cualquier incumplimiento de las medidas o las medidas adoptadas sobre la base de la OMP, la Autoridad Competente del Estado Ejecutor debe notificar a la Autoridad Competente del Estado Emisor, a través de la AC (art. 10.1). Ahora bien, en el caso de que el agresor incumpla con las medidas dispuestas, la Autoridad Competente del Estado Ejecutor podrá aplicar, sobre la base de su legislación nacional, las medidas penales, administrativas o civiles que correspondan, debiendo comunicarlo a la Autoridad Competente del Estado Emisor, a través de la AC (art. 10.2).

Gastos

De acuerdo a lo prescripto por el art. 11, los gastos derivados de la aplicación del Acuerdo comentado, correrán a cargo del Estado

Ejecutor, de conformidad con su legislación nacional, con excepción de los gastos en que se incurra exclusivamente en el territorio del Estado Emisor, que correrán a cargo de éste.

Obligaciones internacionales concurrentes

El Acuerdo no afectará los derechos y obligaciones establecidos por las Partes en otros instrumentos internacionales de los que sean parte y tampoco restringirá la aplicación de otros instrumentos que contengan disposiciones más favorables para la cooperación jurídica (art. 12).

Solución de controversias

En el caso de aquellas controversias que surjan sobre la interpretación, la aplicación, o el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR, éstas -según el art. 14.1- se resolverán por el sistema de solución de controversias vigente en el MERCOSUR. Por su parte, las controversias que surjan por la interpretación, aplicación, o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acuerdo entre uno o más Estados Partes del MERCOSUR y uno o más Estados Asociados se resolverán por negociaciones diplomáticas directas entre las Partes (art. 14.2).

El Derecho internacional privado y la agenda de género

Derecho y género es un campo de investigación en crecimiento, al cual no escapa la necesaria mirada de la perspectiva de género en el DIPr⁸⁷. Estamos frente a un tema tan complejo como

87 Ver MANTILLA FALCÓN, “Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario”, *Vox Iuris*, v. 32, n. 2, 2016, p. 119 ss.

apasionante por la variedad de aristas que presenta. En las últimas décadas se han alzado voces críticas en torno a la concepción del Derecho: desde su misma conformación y los diversos operadores que actúan, pasando por la eficacia de las disposiciones, su legitimidad y llegando incluso al análisis de su aplicación. Hemos pasado de un paradigma de creación y aplicación meramente estatal a otro que ha puesto en jaque tales principios y roto esas bases⁸⁸. Dentro del marco de ese debate crítico también ha surgido el cuestionamiento clave de qué sucede con la problemática del género y el DIPr y se ha comenzado a analizar el tema a través del prisma de las relaciones sociales de género con distintos grados de avance.

Charlesworth y Chinkin advierten que, en general, las mujeres han sido excluidas de los espacios y debates destinados al desarrollo del Derecho internacional⁸⁹. La pregunta fundamental es por qué razón la agenda de género ha estado ausente durante muchísimo tiempo en el campo del DIPr o, dicho en otros términos, porque hemos pasado de la “ceguera” a la “investigación específica del mismo”⁹⁰. Según Lara Aguado, la incorporación de la perspecti-

88 Ver ALL, P.M., “Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (Coords.), *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 169 ss. ARENAS GARCÍA, R., “El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n. 1, 2007, p. 21-22.

89 Ver CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C., *The boundaries of international law: a feminist analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 70. Puede consultarse, asimismo, CHARLESWORTH, H., “Feminist Methods in International Law”, *American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, 1999, p. 379-394.

90 Ver FERRER-PÉREZ, V.; BOSCH-FIOL, E., “El Género en el Análisis de la Violencia contra las Mujeres en la Pareja: de la ‘Ceguera’ de Género a la Investigación Específica del Mismo”, *Anuario de Psicología Jurídica*, v. 29, 2019, p. 69-76. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/3150/315060291008/html/#B43>. Las citadas autoras “que en el contexto del feminismo académico y los Estudios de las Mujeres, Feministas y de Género (EMFG) el concepto de androcentrismo se emplea para referirse a una visión del mundo que toma al hombre como centro y medida de todas las cosas, partiendo de la idea de que la

va de género en el DIPr es difícil, justamente por el carácter técnico y abstracto de la disciplina. Así, las autoridades que aplican estas normas intentan corregir las distorsiones generadas por la ausencia de enfoque de género en esta disciplina a través de correctivos como el orden público internacional, para alcanzar la justicia del caso concreto y proteger derechos fundamentales. Sin embargo, sostiene que dichas correcciones resultan insuficientes para aplicar la perspectiva de género, porque no remueven los obstáculos que están en el origen de la discriminación de la mujer, y es muy clara al afirmar que la ausencia de perspectiva de género en estas normas es una forma de violencia institucional, que habilita la incorporación en el ordenamiento jurídico de normas que, pretendiendo defender la libertad de la mujer, conducen a normalizar su subordinación y discriminación. Por ende, considera que resulta precisa una revolución del DIPr, que vaya más allá de los efectos inmediatos de las normas reguladoras de las relaciones privadas internacionales⁹¹. En la misma línea, Fernández Pérez apunta que “la introducción de la

mirada masculina es la única posible y universal, por lo que ha de generalizarse para el conjunto de la humanidad. Este androcentrismo puede afectar tanto a la práctica concreta de la investigación como a la posterior construcción de planteamientos teóricos, ha estado presente en todas las ramas del saber y su aplicación propicia la aparición de los denominados sesgos androcéntricos. El elemento común subyacente a estos sesgos es la invisibilización de los efectos derivados de los condicionantes de género (lo que incluye, entre otras cosas, invisibilizar a la mujer, su realidad y problemas o sus aportaciones) y su máximo exponente es lo que se ha dado en llamar investigación ‘ciega’ al género o ‘ceguera de género’ (*gender blindness*), esto es, aquella investigación que no tiene en cuenta la dimensión de género como categoría significativa para el abordaje e interpretación de los problemas de investigación, bien sea por falta de formación, por considerar que el género no está relacionado con ese problema o por otro tipo de razones (incluyendo las posibles resistencias a asumir este punto de vista. [...] La incorporación del género (y de la perspectiva de género o feminista) a la investigación puede hacerse de dos modos principales: realizando investigación sensible al género, en la que la categoría género se toma en consideración de modo sistemático a lo largo de todo el proceso investigador, o realizando investigación específica de género, en la que el género se convierte en el propio objeto de estudio”.

91 Ver AGUADO, L., “Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, 2022, p. 293-326.

perspectiva de género en el DIPr supone en la generalidad de las situaciones privado internacionales un correctivo de orden público internacional pudiendo modificarse dicha premisa sobre la base de la aplicación de la excepción del orden público atenuado. Así, la excepción del orden público internacional en los supuestos concretos en los que el resultado de aplicación de un derecho extranjero conculca la igualdad de la mujer, puede verse atenuada para permitir una cierta efectividad de los derechos adquiridos en el ámbito de otro ordenamiento, con la finalidad de integrar la vida jurídica de la mujer [...] sin menoscabar su derecho a la no discriminación”⁹².

En realidad, en el marco del DIPr hay dos instituciones que “tradicionalmente han sido bastión del patriarcado y cuya regulación se ha venido llevando a cabo desde consideraciones principalmente androcéntricas: el matrimonio y la maternidad”. En muchas ocasiones, incluso, se ha visto que determinados estereotipos de género han impedido a los tribunales judiciales de muchos Estados obtener una solución del caso litigioso materialmente orientado a salvaguardar los intereses de la mujer en el caso concreto, contribuyendo de esta forma a que se perpetúe “un androcentrismo jurídico que incrementa la vulnerabilidad de la mujer”⁹³. De allí que se haya propuesto, teniendo en consideración que la perspectiva de género tiene un carácter indefectiblemente transversal, defender la necesidad de articular un “sistema de DIPr. de la mujer” que, a semejanza del DIPr. de los menores, “se preocupe por salvaguardar su ‘mejor interés’, es decir, aquel que consiste que su dignidad sea respetada en todos los ámbitos de su vida privada y familiar”⁹⁴.

92 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado”, p. 359 ss.. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/290974106>

93 Ver VAQUERO LÓPEZ, C., “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n. 1, 2018, p. 439-465, esp. p. 440 y 465. Disponible en: www.uc3m.es/cdt

94 VÁQUERO LÓPEZ, C., *ob.cit.*, p. 440, con cita de BORRÁS, A., “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”,

En líneas generales, cuando se abordan los problemas de DIPr “bajo la óptica de perspectiva de género” suelen los análisis detenerse principalmente en los problemas derivados del matrimonio, de la restitución internacional de menores -cuando media violencia doméstica- y de la gestación por sustitución⁹⁵. Sin embargo, el análisis -en nuestra opinión- debería ser mucho más amplio y enfocarse no sólo en la resolución de este tipo de casos derivados del derecho de familia, sino también en la forma de creación y redacción de las normas, en la interpretación y aplicación de las mismas, en las cuestiones procesales atinentes al litigio internacional y a la representatividad de las mujeres en los foros universales y regionales de DIPr como, asimismo, en la resolución de casos por vía judicial y arbitral, entre otros⁹⁶. Coincidimos con autoras como Banu cuando -citando a West- señala que las feministas buscan deconstruir para exponer la política oculta de las concepciones dominantes de la justicia y construir o reimaginar alternativas con seguridad y cuidado⁹⁷. Como señala Vaquero López “la ‘feminización’ de este sector

VV.AA., *Pacis, Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, *Eurolex*, 2005, p. 1290.

95 Ver, entre otros trabajos, MESTRE CASAS, P., “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores”, en: FIGUERUELA BURRIEZA, A. (Dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Granada, Comares, 2014, p. 65 ss.; CUARTERO RUBIO, M.V., “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en: MARTÍN LÓPEZ, M.T. (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor, Civitas. 2014, p. 88 ss.; REQUEJO ISIDRO, M., “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, p. 184 ss.

96 Ver ISAILOVIC, I., “Gender & Private International Law: Defining ‘Gender’”. Disponible en: <https://www.mpipriv.de/1118967/defining-gender>; GÖSSL, S.L., “From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: The Question Whether a Person is Male, Female, or...?”, *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 2, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826067

97 Ver BANU, R., “A Relational Feminist Approach to Conflict of Laws”, *Michigan Journal of Gender & Law*, v. 24, n. 1, 2017, p. 2 y 7. Disponible en: Available at: <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol24/iss1/1>. Véase, asimismo, WEST, R., “Re-Imagining Justice”, *Yale Journal of Law and Feminism*, v. 14, 2002, p. 333 ss.. Disponible en: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6885/21_14YaleJL_Feminism333_2002_pdf?sequence=2

de nuestro ordenamiento jurídico exige una revisión de las normas vigentes para garantizar que la dignidad, la igualdad y la libertad personal de la mujer sean respetadas en todos los ámbitos”⁹⁸.

Podría pensarse que el Acuerdo del MERCOSUR al referirse a la violencia de género contra las mujeres constituye un instrumento de protección específica que forma parte de una “discriminación en su faz negativa”. Sin embargo, consideramos que la normativa ayuda no solo a comprender mejor una realidad precisa, sino que concreta situaciones que configuran una violación de los derechos humanos de las mujeres y ofrece un mecanismo particular de solución⁹⁹.

A MODO DE CONCLUSIÓN: ACCESO A LA JUSTICIA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible destacan que “La igualdad entre los géneros no es solo un derecho humano fundamental, sino la base necesaria para conseguir un mundo pacífico, próspero y sostenible¹⁰⁰. Las corrientes filosóficas que componen la teoría de género brindan aportes conceptuales para denunciar estructuras de desigualdad; de esta forma, “sus enfoques han permitido revelar que a la mujer se le atribuyó una categoría distinta, una especie de sitio negativo frente al estatus masculino; de ahí que se haya llegado a cuestionar los fundamentos mismos y la pre-

98 VÁQUERO LÓPEZ, C., *ob.cit.*, p. 465.

99 Ver, en este sentido, SALVIOLI, F., “La mujer en el Derecho internacional público: un viaje de medio siglo de San Francisco a Pekín”, en: *A un año de Beijing*, La Plata, IRI ed., 1996, p. 7-31; PINTO, M., “Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos”, p. 49 ss.. Disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/09/doctrina45789.pdf>

100 Ver <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>. Véase, asimismo, los Lineamientos Interamericanos por la Igualdad de Género como Bien de la Humanidad, 2017, disponibles en: <http://www.oas.org/es/cim/docs/lineamientosigualdadgenerobien-es.pdf>

sunta neutralidad del discurso racional, lo cual deja entrever que la diferencia sexual es un modo de legitimación del poder y una categoría política¹⁰¹.

Tal como lo hemos señalado anteriormente, existen datos cuantitativos de violencia de género en franca expansión, y también -bajo la presión de los organismos internacionales- se observa un universo de leyes que intentan prevenir, erradicar y sancionar la violencia. Como bien lo ha puesto de manifiesto Paula Trichler, “hacer teoría sin acción es soñar despiertos, pero la acción sin teoría amenaza con producir una pesadilla”¹⁰². En este sentido, compartimos las afirmaciones de Rita Segato al sostener que es necesario que todos percibamos claramente que “erradicar la violencia de género es inseparable de la reforma misma de los afectos constitutivos de las relaciones de género tal como las conocemos y en su aspecto percibido como ‘normal’. Y esto, desgraciadamente, no puede modificarse por decreto, con un golpe de tinta, suscribiendo el contrato de la ley. No es por decreto, infelizmente, que se puede deponer el universo de las fantasías culturalmente promovidas que finalmente conducen al resultado perverso de la violencia, ni es por decreto que podemos transformar las formas de desear y de alcanzar satisfacción constitutivas de un determinado orden sociocultural, aunque al final se revelen engañosas para muchos. Aquí el trabajo de la conciencia es lento pero indispensable”¹⁰³.

Ahora bien, no existe posibilidad de protección sin acceso a la justicia. Tatiana Maekelt sostenía que el DIPr “es un derecho

101 Ver TORRES SÁNCHEZ, X., “Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia”, *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*, n. 47, 2020, p. 181.

102 Ver TRICHLER, P., “Conferencia de Durban de 2001”, extraído de Ana Luisa Liguori: “Ciencias Sociales”. Disponible en: www.sidalac.org.mx y citado por SEGATO, R.L., *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Ob.cit., p. 133.

103 Ver SEGATO, R.L., *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Ob.cit., p. 133.

vivo, en constante evolución y adaptable a los cambios del mundo actual”¹⁰⁴. Desde una perspectiva general se ha afirmado que en el DIPr contemporáneo “las cuestiones procesales y cooperacionales han desplazado en su interés a las que conciernen al derecho aplicable al fondo”, marcando un protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes¹⁰⁵. Los asuntos del proceso civil internacional han irrumpido de manera estruendosa en la realidad social y comercial contemporánea, planteando nuevos inconvenientes y necesidades¹⁰⁶; así, la solución efectiva de estos problemas se relaciona de manera directa con derechos humanos o con los derechos fundamentales, especialmente con el relativo al acceso a la justicia. En un sistema legal igualitario moderno, el acceso efectivo a la justicia se puede considerar como el requisito más básico –el derecho humano más fundamental–, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos, argumentaban Cappeletti y Garth¹⁰⁷. De esta forma, el acceso a la justicia se constituye en el epicentro de los derechos fundamentales, en el “derecho de garantía” o “garantía de las garantías”¹⁰⁸, en la puerta de acceso para el reclamo de otros derechos y, como tal, está consagrado en diversos

104 MAEKELT, T. (1997). La codificación interamericana en materia de Derecho internacional privado en el contexto universal y regional. En: Libro Homenaje a Haroldo Valladão. Caracas: Universidad Central de Venezuela, p. 160.

105 Ver FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, p. 61-63. Del mismo autor, Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado”, en: FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (Dir.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallia, 2003, p. 70-74, esp. pár. 22-23.

106 OPERTTI BADÁN, D., “Reflexiones sobre la globalización y el Derecho internacional privado”, en: *Ensayos a la memoria de T.B. de Maekelt*, Asunción CEDEP, 2010, p. 31-53.

107 Ver GARTH, B. G.; CAPPELLETTI, M., “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, Paper 1142, Maurer School of Law, Indiana University, Paper 1142, 1978, p. 223 ss.

108 MARABOTTO LUGARO, J. “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2003, p. 291 ss., disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>.

instrumentos internacionales en el ámbito universal y regional¹⁰⁹. Así, el acceso a la justicia constituye un “elemento fundamental en la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley”¹¹⁰. En opinión de Opertti Badán los derechos humanos se introducen en la estructura del DIPr, aportando nuevos y ricos contenidos en la aplicación del derecho y coadyuvando, de este modo, a una flexibilización que la madurez del sistema acoge, con variantes y sin dificultades mayores¹¹¹. Más recientemente, Michaels ha sostenido que el DIPr puede ser un instrumento válido para luchar por la protección de los derechos

109 En lo que respecta al Sistema de protección universal de los Derechos Humanos (y sin pretender ser exhaustivos), el acceso a la justicia como derecho humano fue consagrado en la Declaración Universal de 1948 (arts. 8 y 10). En 1966 fue incorporado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14). Por su parte en el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 lo estableció en los artículos XVIII y XXIV, para luego incluirlo en el conjunto de derechos civiles consagrados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, tal cual consta en los artículos 7, 8 y 25. Estos instrumentos convencionales han establecido el derecho de acceso a la justicia en forma general y para todos los individuos. Además, atendiendo a situaciones complejas o grupos especialmente vulnerables, algunos instrumentos internacionales adoptados en forma posterior -, han reafirmado la existencia de este derecho. En similar sentido lo contempla la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 5.a), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 2.e) y la Convención sobre los derechos del niño (art. 12.º). En el plano de los Estados nacionales latinoamericanos, las Constituciones de todos los países dedican uno o varios artículos a la consagración de este derecho. Este escenario también ha impactado en la constitucionalización y convencionalización del derecho privado en los países de la región. Debe destacarse incluso que la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se ocupó de consagrar el “derecho de acceso a la justicia para las personas en situación de vulnerabilidad” (Las llamadas Cien Reglas de Brasilia).

110 Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General N.32, Artículo 14: “Derecho a la igualdad ante las cortes y los tribunales y a un juicio justo”, Doc. ONU. CCPR/C/GC/32, 23/08/ 2007.

111 Ver OPERTTI BADÁN, D., “Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos.”, en: *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 63-86, esp. p. 73.

humanos. Ello se puede plantear y defender desde la ética, una ética específica del DIPr (*ethic of responsivity*)¹¹².

El acceso a la justicia, o derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional, ha sido considerado “consustancial a todo Estado”¹¹³, y en esta línea, tal derecho debe ser entendido de manera amplia¹¹⁴ como la facultad que tiene toda persona, ya sea física o jurídica- de acudir a resolver su problema ante un tribunal imparcial (judicial o, eventualmente arbitral en los casos en que ello está permitido¹¹⁵), presentar una demanda (y contestarla), notificarla, solicitar medidas cautelares, producir prueba, ser oído en el proceso, obtener una sentencia justa (o laudo) en un plazo razonable, y que las conductas que impone esa decisión sean efectivamente cumplidas en la práctica. Ya la Asamblea General de la OEA en 2011 sostuvo que “el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todo el proceso, que debe sustanciarse de conformidad con los principios que sustentan el Estado de Derecho, como el juicio justo y se prolonga hasta la ejecución de la sentencia”¹¹⁶.

112 Ver MICHAELS, R., “Private International Law as an Ethic of Responsivity”, 2019, p. 1-29. Disponible en: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6591&context=faculty_scholarship. El citado autor plantea que el DIPr, por su carácter técnico, podría ser un instrumento ético para conceptualizar y reorientar algunos temas, para enfocar y pensar la disciplina. Véase, asimismo, MUIR WATT, H., “Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference”, *Current Legal Problems*, n. 1, 2017, p.11-147. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/323667130_Hospitality_Tolerance_and_Exclusion_in_Legal_Form_Private_International_Law_and_the_Politics_of_Difference

113 Ver GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 25.

114 Ver RÁBAGO DORBECKER, M., “El acceso a la justicia en casos de litigio internacional: foro de necesidad, asistencia judicial gratuita y *cautio iudicatio solvi*”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 34, 2004, p. 81 ss.

115 Ver CAPPELLETTI, M. (1994). “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de acesso à justiça”, *Revista de Processo*, v. 74, p. 82.

116 Ver AG/RES. 2656 (XLI-O/11), Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales, aprobada en la cuarta sesión plenaria,

Como dijera Chinkin, “la violencia de género origina obligaciones a los Estados de acuerdo con el derecho internacional y regional de los derechos humanos”. Así, rescata la histórica sentencia del caso “*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*” donde la Corte IDH reconoció que no es suficiente que el Estado cuente con un marco jurídico adecuado, sino que además se requiere que la legislación opere dentro de un sistema eficiente, y para lograrlo, resulta necesario que los funcionarios de todos los organismos pertinentes comprendan los conceptos y obligaciones básicos de las disposiciones legales, así como un sistema eficaz para su implementación, la voluntad política para garantizar los recursos necesarios, un compromiso compartido por las instituciones pertinentes, una distribución de responsabilidades y un sistema de rendición de cuentas¹¹⁷. “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que requiere una conducta gubernamental que constituya una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹¹⁸.

Marisa Herrera ha advertido que abogar en clave feminista no es ya una opción, sino que constituye una verdadera obligación, y que existen tres elementos a través de los cuales es posible vislumbrar que las mujeres se encuentran en una situación desventajosa. “El primero es descriptivo y está relacionado con que ‘las mujeres están peor en todos los ámbitos de la sociedad’. El segundo aspecto, el valorativo, tiene que ver con cuestionar las situaciones de violencia por el hecho de que ‘está mal que sucedan’. El tercer punto está

celebrada el 07/06/2011. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2656_XLI-O-11.pdf.

117 Ver especialmente CHINKIN, Ch., “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, en: VV.AA., *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012, p. 17-19. Disponible en: https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/Estrategias_de_defensa_para_los_derechos_de_las_mujeres.pdf

118 29/07/1988, Corte IDH (Serie C) N. 4 (1988) párr. 167.

ligado a una cuestión práctica: ‘¿qué hacemos para que las cosas cambien?’ Si asumo la desigualdad me paro en un lugar diferente”¹¹⁹. Desde el DIPr, Espinosa Calabuig ha advertido que el derecho de acceso a la justicia necesita claramente un análisis jurídico desde una perspectiva de género; así, aclara que “el proceso (civil y penal) fue diseñado por hombres y para problemas de hombres y la actualización progresiva del derecho a través de la jurisprudencia ha ido poniendo de manifiesto este análisis necesario si se quiere aplicar justicia a las mujeres, tanto como actoras como pasivas. Esta misma perspectiva debe otorgarse al DIPr. si queremos que sea un ordenamiento combativo y protector de las mujeres”. Dicho de otro modo, “la perspectiva de género debe otorgarse, en todo caso, de una manera transversal si queremos que tenga algún resultado real y global”¹²⁰.

El Acuerdo de MERCOSUR sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género también responde a la idea de que la protección no se agote en los límites territoriales o jurisdiccionales de un Estado sino que trascienda las fronteras, garantizando una protección a la otorgada por el Estado miembro de origen a las víctimas con una dimensión transfronteriza. Por tanto, las víctimas de violencia de género a cuyo favor se reconoce una medida de protección en un Estado Parte podrán trasladarse, trabajar, viajar y residir en otro Estado Parte de forma libre, sin que el traspaso de fronteras implique una pérdida de protección. Por otra parte, el instrumento mercosureño da cuenta de una articulación intergubernamental en torno a una temática que reclamaba situarse en el centro de la agenda

119 Ver HERRERA, M., “Abogar en clave feminista no es una opción, es una obligación”. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/abogar-en-clave-feminista-no-es-una-opcion-es-una-obligacion>

120 Ver ESPINOSA CALABUIG, R., “La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado”, *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, n. 3, 2019, p. 36-57, esp. p. 37-38 disponible <http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>

política y normativa no sólo de los Estados Partes sino también de los países asociados.

El tiempo dirá si este instrumento procesal que intenta contribuir a la construcción normativa de un andamiaje para la lucha de la violencia de género contra las mujeres resulta efectivo en la práctica o no. Mientras tanto, desde el sector académico consideramos que resulta absolutamente necesario instar a los países miembros del MERCOSUR y asociados a una pronta ratificación y depósito del instrumento a fin de que el mismo empiece a implementarse en un futuro cercano.

Si bien son muchos los frentes abiertos en el DIPr, se comienza a avanzar con pasos firmes en la introducción de una perspectiva de género en nuestra disciplina. Tomando el título de un trabajo de Facio, “cuando el género suena, cambios trae”¹²¹. En esta línea, consideramos que debe constituir una prioridad absoluta para el sector académico, para los legisladores y para las autoridades jurisdiccionales. En lo que respecta al motivo principal de este trabajo, “la violencia contra las mujeres es un tema de sangrante actualidad que deja entrever un mar de fondo aún más estremecedor”¹²² y, por ello, es absolutamente necesario el diálogo interregional y que las respuestas jurídicas sean claras, precisas y contundentes. Es necesario reforzar la cooperación interestatal y así avanzar en la protección de los derechos más allá de fronteras.

La violencia de género no constituye una problemática mundial de índole privado, sino de carácter público¹²³ y, por ende, re-

121 Ver FACIO, A., *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, Programa Mujer, Justicia y Género, San José, Ilanud, 1992.

122 Ver BROX SÁENZ DE LA CALZADA, A., “Análisis breve y comparado de la legislación francesa y española en materia de violencia contra las mujeres”, *Filanderas. Revista Interdisciplinaria de Estudios Feministas*, n. 2, 2017, p. 75-84.

123 Ver PARDO, J.L., *Estudios del malestar*, Madrid, Anagrama, 2016, p. 206-207. El citado autor señala que “una de las maneras en que es posible describir en estos términos el progreso social de la política moderna [...] consiste justamente en hacer público lo que antes era privado. [...] durante milenios lo que sucedía en la alcoba conyugal o en el domicilio familiar se juzgaba

quiere de enormes esfuerzos de todos los sectores para su erradicación. Es un desafío enorme para el Derecho contemporáneo. Los datos estadísticos muestran que la violencia persiste y, a pesar de que los Estados sean parte de tratados internacionales, regionales o que, hayan sancionado normativas internas, es preciso seguir avanzando aún más¹²⁴.

El Acuerdo del MERCOSUR sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección para las mujeres en situación de violencia de género reconoce una necesidad jurídica específica y lo traduce en una herramienta legal útil para brindar una mejor protección a las mismas. Como dijera Angela David -activista política del movimiento feminista-, “no estoy aceptando las cosas que no puedo cambiar; estoy cambiando las cosas que no puedo aceptar”¹²⁵.

BIBLIOGRAFÍA

AG/RES. 2656 (XLI-O/11). Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores públicos oficiales, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 jun. 2011. Disponible em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2656_XLI-O-11.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.

AGUADO, L. Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo II, 2022, p. 293-326.

como una cuestión meramente privada [...], hasta que se decidió considerar que la privacidad no puede nunca esgrimirse como pretexto para mancillar los derechos públicos de las personas”.

124 Ver HERNÁNDEZ GÓMEZ, I., “Principio de igualdad y violencia de género”, en: CUESTA LÓPEZ, V.; SANTANA VEGA, D.M (Dirs.), *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 157-208, esp. p. 195.

125 <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo>

- AGUILAR BARRIGA, N. Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola. *Femeris*, v. 5, n. 2, 2020, p. 121-146. Disponível em: <http://www.uc3m.es/femeris>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ALL, P. M. Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional. In: FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.; MORENO RODRÍGUEZ, J. A. (Coords.). *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013.
- AMORÓS, C.; DE MIGUEL, A. (Eds.). *Teoría feminista. De la Ilustración a la globalización (Estudios sobre la mujer)*. Madrid: Minerva Ediciones, 2013.
- ARENAS GARCÍA, L. La eficacia de la vigilancia electrónica en la violencia de género: análisis criminológico. *International e-Journal of Criminal Science Research Report*, v. 1, n. 10, 2016. Disponível em: <http://www.ehu.es/inecs>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ARENAS GARCÍA, R. El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n. 1, 2007.
- ATWOOD, M. *El cuento de la criada*. Barcelona: Salamandra, 2017.
- ATWOOD, M. *Orxy & Crake*. New York: Random House, Inc., 2003.
- BANU, R. A relational feminist approach to conflict of laws. *Michigan Journal of Gender & Law*, v. 24, n. 1, 2017, p. 2-7. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjgl/vol24/iss1/1>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. La eficacia internacional de las medias de protección en materia de violencia de género. *Diario La Ley* (Madrid), n. 8427, 2014.
- BONTA, J.; WALLACE-CAPRETTA, S.; ROONEY, J. Can electronic monitoring make a difference? An evaluation of three Canadian programs. *Crime and Delinquency*, v. 46, n. 1, 2000, p. 61-75.

- BROX SÁENZ DE LA CALZADA, A. Análisis breve y comparado de la legislación francesa y española en materia de violencia contra las mujeres. *Filanderas. Revista Interdisciplinar de Estudios Feministas*, n. 2, 2017.
- BUTLER, J. *Cuerpos que importan*. Buenos Aires: Paidós, 2002, p. 14-19.
- BUTTON, D.; DEMICHELE, M.; PAYNE, B. Using electronic monitoring to supervise sex offenders: legislative patterns and implications for community corrections officers. *Criminal Justice Policy Review*, v. 20, n. 4, 2009, p. 414-436.
- CABRERA ULIVARRI, M.; CRISTI CONTRERAS, P. N. La silenciosa muerte de mujeres: nota sociológica para la ampliación de los estudios de femicidios. *Polémicas Feministas*, n. 1, 2011.
- CAPPELLETTI, M. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74, 1994, p. 82.
- CHARLESWORTH, H. Feminist methods in international law. *American Journal of International Law*, v. 93, n. 2, 1999, p. 379-394.
- CHARLESWORTH, H.; CHINKIN, C. *The boundaries of international law: a feminist analysis*. Manchester: Manchester University Press, 2000, p. 70.
- CHASE, Ch. ¿Cómo puede incluirse la intersexualidad en la agenda de los derechos civiles LGTB? Discurso pronunciado en la *5th Annual Sexual Orientation and the Law Conference* (traduzido por M. Cabral; J. Leimbruger). Disponível em: <www.isna.org>. Citado por: VITURRO, P. Ficciones de hembras. In: BERGALLI, R.; MARTYNIUK, C. (Comp.). *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2003.
- CHINKIN, Ch. Acceso a la justicia, género y derechos humanos. In: VV.AA. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Defensoría General de

la Nación, 2012, p. 17-19. Disponível em: https://defensa-publica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/Estrategias_de_defensa_para_los_derechos_de_las_mujeres.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.

CIDH. *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*. Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. CP/CAJP/INF.166/12, 2012, párr. 17. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CP-CAJPINF_166-12_esp.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación General n.º 32, Artículo 14: “Derecho a la igualdad ante las cortes y los tribunales y a un juicio justo”. Doc. ONU CCPR/C/GC/32, 23 ago. 2007.

CUARTERO RUBIO, M. V. La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores. In: MARTÍN LÓPEZ, M. T. (Coord.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*. Cizur Menor: Civitas, 2014. p. 88 ss.

DE BEAUVOIR, Simone. *El segundo sexo*. Madrid: Cátedra, 1999.

DE HOYOS SANCHO, M. Aspectos esenciales de la protección jurisdiccional civil de las víctimas de la violencia doméstica en Alemania/Austria. In: CABRERA MERCADO, R. (Coord.). *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad-Centro de Publicaciones, 2011, p. 87-101.

DE HOYOS SANCHO, M. El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea. In: JIMENO BULNES, M. (Coord.). *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*. Barcelona: Bosch, 2007.

- DE MIGUEL, A. La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, v. 18, 2005, p. 232-235.
- DIRECTIVA 2011/99/UE sobre la orden europea de protección. Disponible em: <https://www.boe.es/doue/2011/338/L00002-00018.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- EL PAcCTO. 2022, p. 28. Disponible em: <https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2022/11/Publicacion-Genero-EL-PacCTO-FINAL.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ESPINOSA CALABUIG, R. La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado. *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, n. 3, 2019, p. 36-57. Disponible em: <http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa. La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* (Porto Alegre), v. 5, n. 2, 2019, p. 961-998.
- FACIO, A. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: Ilanud, Programa Mujer, Justicia y Género, 1992.
- FACIO, A. El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. p. 67. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22083.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- FAMÁ, M. V.; HERRERA, M. Tensiones en el derecho de familia desde la perspectiva de género: algunas propuestas. *Revista Jurídica*, p. 47. Disponible em: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/fama-tensiones_en_el_derecho_de_familia.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado. In: FERNÁNDEZ ARROYO,

- D. P. (Dir.). *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía, 2003.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*. Córdoba: Advocatus, 1998.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado. p. 359 ss. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/290974106>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- FERRER-PÉREZ, V.; BOSCH-FIOL, E. El género en el análisis de la violencia contra las mujeres en la pareja: de la ‘ceguera’ de género a la investigación específica del mismo. *Anuario de Psicología Jurídica*, v. 29, 2019, p. 69-76. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/3150/315060291008/html/#B43>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- FONDO DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA MUJER (UNIFEM). Parte de ONU Mujeres. *Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia*, 2010. Disponível em: http://www.mdgfund.org/sites/default/files/GEN_ESTUDIO_Colombia_Tolerancia%20social%20e%20institucional%20a%20la%20violencia%20de%20genero.pdf. Acesso em: 18 nov. 2023.
- GARRIDO-RODRÍGUEZ, C. Repensando las olas del feminismo. Una aproximación teórica a la metáfora de las “olas”. *Revista de Investigaciones Feministas*, v. 12, n. 2, 2021, p. 483-492. Disponível em: <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/68654/4564456558417>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- GARTH, B. G.; CAPPELLETTI, M. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Maurer School of Law, Indiana University*, Paper 1142, 1978.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2001.

- GÖSSL, S. L. From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: The Question Whether a Person is Male, Female, or...? *Journal of Private International Law*, v. 12, n. 2, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826067. Acesso em: 18 nov. 2023.
- HERNÁNDEZ GÓMEZ, I. Principio de igualdad y violencia de género. In: CUESTA LÓPEZ, V.; SANTANA VEGA, D. M. (Dirs.). *Estado de derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p. 157-208.
- HERRERA, M. Abogar en clave feminista no es una opción, es una obligación. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/abogar-en-clave-feminista-no-es-una-opcion-es-una-obligacion>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ISAILOVIC, I. Gender & Private International Law: Defining ‘Gender’. Disponível em: <https://www.mpipriv.de/1118967/defining-gender>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI. Régimen jurídico de la mujer. *LL*, 1993-E-1044.
- LAMAS, M. Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género. *Papeles de Población*, n. 21, Universidad Autónoma del Estado de México, 1999, p. 148.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M. La Orden Europea de Protección aplicada a las víctimas de violencia de género. In: MONGE, A. (Dir.). *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*. Disponível em: <https://vlex.es/vid/orden-europea-proteccion-aplicada-839685252>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- LONDOÑO TORO, B.; RUBIO, L. O.; CASTRO, J. F. Estudio comparativo de las normativas colombiana y española en materia de violencia de género (2004-2014). *Revista Derecho del Estado* (Universidad Externado de Colombia), n. 38, p. 127-154, 2017,

- LOUSADA AROCHENA, J. F. El derecho fundamental a vivir sin violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, v. 48, 2014.
- MACHADO RUIZ, M. D. La perspectiva de género en Derecho Comparado. In: LAURENZO COPELLO, P. (Coord.). *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*. Madrid: Dykinson, 2010.
- MAEKELT, T. La codificación interamericana en materia de Derecho internacional privado en el contexto universal y regional. In: *Libro Homenaje a Haroldo Valladão*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1997.
- MAFFIA, D. Los cuerpos como frontera. Conferência. Disponível em: <http://dianamaffia.com.ar/archivos/Los-cuerpos-como-frontera.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- MAGARIÑOS YÁÑEZ, J. A. *El Derecho contra la violencia de género (Análisis de la respuesta del ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. Enfoque multidisciplinar del problema)*. Madrid: Montecorvo, 2007.
- MANTILLA FALCÓN. Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario. *Vox Iuris*, v. 32, n. 2, 2016.
- MARABOTTO LUGARO, J. Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, p. 291 ss. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2003/pr/pr16.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- MARÍ FARINÓS, E. La lucha contra la violencia de género en el derecho comparado, con especial referencia a Europa. *Diario La Ley* (España), n. 9128, Seção Tribuna, 29 jan. 2018. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*. Granada: Comares, 2001.

- MÁRQUES PADORNO, M. Las olas del feminismo, una periodización irreconciliable con la Historia. *Historia y Comunicación Social* (Ediciones Complutense), v. 27, n. 2, p. 381-387, 2022.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M. Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 39, p. 407-442, 2011.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. La Orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. In: MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.); VEGAS AGUILAR, J. C. (Coord.). *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 40-58.
- MENÉNDEZ, S.; PÉREZ, J.; LORENCE, B. Partner violence against women in Spain: quantification and characterization of the problem, victims, aggressors, and the social and professional context. *Psychosocial Intervention*, v. 22, p. 41-53, 2013.
- MERINO, V. La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados miembros. In: FREIXES SANJUÁN, T.; ROMÁN MARTÍN, L. (Dirs.). *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2014.
- MESTRE CASAS, P. Violencia doméstica y sustracción internacional de menores. In: FIGUERUELA BURRIEZA, A. (Dir.). *Derechos y libertades en la sociedad actual*. Granada: Comares, 2014.
- MICHAELS, R. Private International Law as an Ethic of Responsibility. 2019. p. 1-29. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6591&context=faculty_scholarship. Acesso em: 18 nov. 2023.
- MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD. *(Re)Nombrar: guía para una comunicación con perspectiva de género*. Buenos Aires: Editorial MinGéneros, 2021. p. 31. Disponível

em: <www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/re-nombrar-web-mmgyd.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL. *Violencia de género y acceso a la justicia*. Dirección General de Políticas de Género, Ministerio Público Fiscal. p. 3-4. Disponível em: <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2020/08/Violencias-de-ge%CC%81nero-y-acceso-a-la-justicia.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

MONTALBÁN HUERTAS, I. *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional (Premio Rafael Martínez Emperador 2003)*. Madrid: CGPJ, Centro de Documentación Judicial, 2004. p. 33 ss.

MOORE, C. Women and domestic violence: the public/private dichotomy in international law. *The International Journal of Human Rights*, v. 7, n. 4, p. 93-128, 2003.

MORGADO CORTÉS, M. La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, n. 3, p. 80-81, 2014.

MUIR WATT, H. Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference. *Current Legal Problems*, n. 1, 2017, p. 11-147. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323667130_Hospitality_Tolerance_and_Exclusion_in_Legal_Form_Private_International_Law_and_the_Politics_of_Difference. Acesso em: 18 nov. 2023.

OLIVERAS JANÉ, N. La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea. *Diario La Ley* (Madrid), n. 9334, 2019, p. 1-16.

OPERTTI BADÁN, D. Reflexiones sobre la globalización y el Derecho internacional privado. In: *Ensayos a la memoria de T. B. de Maekelt*. Asunción: CEDEP, 2010, p. 31-53.

- OPERTTI BADÁN, D. Reflexiones sobre un tema esencial: Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos. In: *Libro Homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013, p. 63-86.
- PARDO, J. L. *Estudios del malestar*. Madrid: Anagrama, 2016.
- PINTO, M. Discriminación y violencia. Un comentario sobre los derechos de las mujeres en el marco del Derecho internacional de los Derechos Humanos. p. 49 ss. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/09/doc-trina45789.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- PINTO, M. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: ABREGÚ, M.; COUTIS, C. (Comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales; Editores del Puerto, 1997.
- POGGI, F. Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 42, 2019, p. 285-307. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r6522.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- RÁBAGO DORBECKER, M. El acceso a la justicia en casos de litigio internacional: foro de necesidad, asistencia judicial gratuita y cautio iudicato solvi. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 34, 2004.
- REQUEJO ISIDRO, M. El Reglamento (UE) n. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *International Journal of Procedural Law*, v. 5, n. 1, p. 51-70, 2015.
- REQUEJO ISIDRO, M. Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006.

- RIVAS MONJE, F.; ZUNINO FOLLE, M. Violencia de género contra las mujeres en América Latina: una reflexión crítica en torno a las agendas de género en la integración regional. Los casos MERCOSUR y SICA. *Revista Aportes para la Integración Latinoamericana*, v. XXV, n. 41, 2019. Disponível em: <https://revistas.unlp.edu.ar/aportes/article/view/9323/8292>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ROMÁN MARTÍN, L.; OLIVERAS JANÉ, N. La protección a las víctimas de violencia de género en la Unión Europea: en especial, la Orden Europea de Protección. In: PASTOR GOSÁLBEZ, M. I.; ROMÁN MARTÍN, L.; GIMÉNEZ COSTA, A. (Coords.). *Integración Europea y género*. Madrid: Tecnos, 2014.
- SALVIOLI, F. La mujer en el Derecho internacional público: un viaje de medio siglo de San Francisco a Pekín. In: *A un año de Beijing*. La Plata: IRI ed., 1996, p. 7-31.
- SALVIOLI, F. Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: *En defensa de la Constitución. Libro homenaje a Germán Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 143-155.
- SANZ HERMIDA, A. Víctimas de violencia de género: el reconocimiento y protección de sus derechos. In: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; IGLESIAS CANLE, I. (Coords.). *Violencia de género. La violencia sexual a debate*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- SARDINHA, L.; MAHEU-GIROUX, M.; STÖCKL, H.; MEYER, S. R.; GARCÍA MORENO, C. Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018. *Lancet*, v. 399, 2022, p. 803-813. Disponível em: <https://bit.ly/3sNJAhF>. Acesso em: 18 nov. 2023.

- SCOTT, J. El género, una categoría útil para el análisis histórico. In: AMELANG, J. S.; NASH, M. (Eds.). *Historia y género*. Valencia: Alfons el Magnanim, 1990, p. 23-56.
- SEGATO, R. L. *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.
- TORRES SÁNCHEZ, X. Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n. 47, 2020.
- TORRES, N. Sobre las medidas de protección previstas en la Directiva. In: FREIXES, T.; ROMÁN, L. (Dirs.). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Madrid: Tecnos, 2015, p. 77-97.
- TRICHLER, P. Conferencia de Durban de 2001. Disponível em: <www.sidalac.org.mx>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- VAN DER AA, S.; NIEMI, J.; SOSA, L.; FERREIRA, A.; BALDRY, A. *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2015.
- VAQUERO LÓPEZ, C. Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 10, n. 1, 2018, p. 439-465. Disponível em: <www.uc3m.es/cdt>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- VARELA, N. *Feminismo para principiantes*. Barcelona: Penguin, 2018.
- VER STAMILE, N. Direito e Gênero: desafios contemporâneos. *Revista Brasileira de Direito*, v. 18, n. 3, 2022. Disponível em: <http://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4750>. Acesso em: 18 nov. 2023.

- VITURRO, P. Ficciones de hembras. In: BERGALLI, R.; MARTY-NIUK, C. (Comps.). *Filosofía, política y derecho. Homenaje a Enrique Marí*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2003, p. 270-271.
- VV.AA. *Pacis, Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II. Madrid: Eurolex, 2005.
- WEST, R. Re-Imagining Justice. *Yale Journal of Law and Feminism*, v. 14, 2002, p. 333 ss. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6885/21_14YaleJL_Feminism333_2002_.pdf?sequence=2. Acesso em: 18 nov. 2023.
- WITTIG, M. Nadie nace mujer. 1981. (Traduzido por S. Vitorino). Disponível em: https://archive.4edu.info/LGBT/CSL_07.2_Nadience.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ZAVALA DE COSIO, M. E. Impacto sobre la fecundidad de los cambios en el sistema de género. Trabalho apresentado na sessão 5 do Seminário “La fecundidad en América Latina: transición o revolución”, organizado pela CEPAL, Santiago de Chile, junho de 2003, p. 248. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6741/S043186_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ZURITA BAYONA, J. La lucha contra la violencia de género. *Seguridad y Ciudadanía: Revista del Ministerio del Interior*, n. 9, 2013.

O DIREITO INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO JURISDICIONAL DE COMBATE À VIOLÊNCIA LABORAL DE GÊNERO¹

Claudio Iannotti da Rocha²

Laís Lomar de Oliveira³

INTRODUÇÃO

O trabalho decente é um direito garantido não somente pelo devido pagamento de verbas trabalhistas, mas também pela higidez do meio ambiente laboral, uma vez que a qualidade de vida do trabalhador é afetada pelas condições ambientais em que seu trabalho é exercido. A preocupação com o meio am-

1 Este texto é resultado da pesquisa desenvolvida pelos autores no âmbito do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas” (UFES-CNPq), da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES) e do Projeto de Pesquisa “Trabalho, Sustentabilidade, Tecnologias e Justiça Climática: Interlocações entre Direito e Processo do Trabalho e Direito Ambiental” (UFES).

2 Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), da Graduação e do Programa de Pós-Graduação de Direito Processual. Coordenador do Programa de Pós-Graduação de Direito Processual (PPGDIR). Possui pós-doutorado em Direito. É doutor e mestre em Direito. Bolsista Pesquisador Produtividade da FAPES. E-mail: claudiojannotti@hotmail.com

3 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Seguridade Social e Processo: Diálogos e Críticas” (UFES-CNPq). Pesquisadora. Bolsista da CAPES (2024-). E-mail: lais_lomar21@hotmail.com

biente laboral é uma das marcas da Justiça climática trabalhista⁴, a qual põe sob a alçada da tutela jurisdicional trabalhista a saúde física, mental e sensorial dos trabalhadores. A sustentabilidade do trabalho pode ser severamente afetada por celeumas sociais como a discriminação, tornando aquele habitat hostil ao trabalhador que tem seu direito fundamental à igualdade violado.

A discriminação de gênero é um dos fatores que tornam o meio ambiente do trabalho insustentável à mulher trabalhadora. Sua ocorrência é muitas vezes velada, de natureza cultural, fruto de um vício estrutural da sociedade, de modo que um judiciário despreparado em matéria antidiscriminatória não é capaz de oferecer a tutela mais adequada, efetiva e concreta ao caso.

O combate à discriminação é um objetivo constitucional⁵ e a igualdade de gênero está no rol dos direitos fundamentais⁶, sendo destaque na Constituição o caráter material ou substancial da igualdade a ser promovida. Essa é uma preocupação de âmbito internacional expressa na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. Trata-se de plano de ação global firmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas sobre temas que carecem de solução integrada, assim foram estabelecidos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) envolvendo eixos de combate à pobreza, de proteção ao meio ambiente e ao clima e de garantia de uma vida digna a todos. A ODS n. 5 traz a igualdade de gênero como um dos objetivos a serem alcançados pela Agenda 2030, sendo a discriminação um dos maiores obstáculos nesse caminho.⁷

4 ROCHA, Cláudio Ianotti da. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. Brasília, DF: Editora Venturulli, 2024.

5 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

7 5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte; 5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero⁸ é um documento promulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021 que se coaduna ao plano de ação global ao introduzir lentes antidiscriminatórias ao judiciário, de modo a promoverem a igualdade de gênero no exercício de sua função jurisdicional. O documento é educativo em matéria antidiscriminatória e trabalha conceitos como discriminação indireta, impacto adverso, sexismo, machismo, violência de gênero, discriminação estrutural e organizacional, dupla jornada, divisão sexual do trabalho, dentre outros. São apontados e sistematizados, também, os tratados e as convenções internacionais em proteção à mulher, quistos por tratarem com profundidade do tema da discriminação, o qual carece de maior atenção no ordenamento nacional. Não por outro motivo, o microsistema de normas internacionais antidiscriminatórias exposto no protocolo é grande fonte diretiva ao Processo do Trabalho, devendo-se estudar sua operabilidade em defesa da mulher no meio ambiente laboral.

Considerando o exposto, a presente pesquisa questiona como o Direito Internacional pode servir de instrumento no Processo do Trabalho para o combate à discriminação de gênero no meio ambiente do laboral. Para tanto, será empregada metodologia qualitativa e bibliográfica, tendo como objetivo geral analisar as diferentes formas que o Direito Internacional pode ser aplicado no Processo do Trabalho e como objetivos específicos conhecer os diferentes tratados e convenções disponíveis em proteção à mulher e avaliar seu

as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos [...] 5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>> Acesso em: 29, ago. 2024.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em: 29, ago. 2024.

conteúdo e o seu modo de incorporação ao ordenamento nacional. A partir disso, toma-se como hipótese a possibilidade de recorrer a procedimentos como o controle de convencionalidade ou de constitucionalidade e a possibilidade de aplicação direta de tratados internacionais ainda não incorporados em caso de lacuna legislativa em temas de direitos humanos.

O DIREITO INTERNACIONAL EM PROTEÇÃO ÀS TRABALHADORAS

Pensando em instrumentos internacionais específicos de proteção ao gênero, a presente pesquisa selecionou os seguintes por sua relevância: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) de 1979 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres (Convenção de Belém do Pará) de 1994.

O primeiro, com mais de quarenta anos de existência representou um marco emancipatório da mulher no pós-guerra, juntando a esfera pública e privada no compromisso pela igualdade de gênero⁹. É um documento ainda muito pertinente quando se percebe que os atos discriminatórios mudaram, assim como a sociedade, possuindo nova roupagem e causando as mesmas preocupações. O segundo é uma produção mais recente, mas de semelhante importância ao reconhecer a violência contra a mulher como um tipo de violação aos direitos humanos¹⁰ e ao ratificar o interesse internacio-

9 ANUNCIAÇÃO, Débora. 40 anos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; o que mudou? *Assessoria de Comunicação do IBDFAM*. 31, jan. 2024. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/11525/40+anos+da+Conven%C3%A7%C3%A3o+sobre+a+Elimina%C3%A7%C3%A3o+de+Todas+as+Formas+de+Discrimina%C3%A7%C3%A3o+contra+a+Mulher%3B+o+que+mudou%3F>>. Acesso em: 06, out. 2024.

10 CONVENÇÃO Belém do Pará: importante instrumento para evolução dos direitos das mulheres nos últimos 30 anos. *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. 07, mar. 2024. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/portal/>>

nal de combate e de promoção da igualdade. Ambas as convenções foram ratificadas pelo Brasil e assumem *status* de supralegalidade no ordenamento nacional, o que será mais bem explanado no capítulo subsequente.

Quando se trata especificamente das relações de trabalho, destacam-se as produções normativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como a Convenção n. 100 sobre igualdade de remuneração; a Convenção n. 103 sobre amparo à maternidade; a Convenção n. 111 sobre discriminação no emprego e na ocupação; a Convenção n. 140 sobre licença remunerada para estudos; e a Convenção n. 189 sobre trabalho doméstico. Todas foram ratificadas pelo Brasil, diferentemente da Convenção n. 156 e da Convenção n. 190, cuja tramitação no congresso ainda resta pendente, apesar de sua importância e pertinência à proteção da mulher.

Aquela cuida tanto de homens e mulheres, trabalhadores, que possuem responsabilidades para com seu cargo e sua família, o que limita suas oportunidades de progressão na carreira, motivo pelo qual a Convenção n. 156 veda sua discriminação. Considerando a tradicional divisão sexual do trabalho, em que os trabalhos de cuidado são atribuídos à mulher, essa é uma Convenção capaz de sensibilizar os Estados-parte quanto à sua situação de sobrecarga no exercício da chamada dupla jornada de trabalho.

Já a Convenção n. 190 (C190) tem por foco a eliminação da violência e do assédio no meio ambiente do trabalho, tema negligenciado pelo legislativo nacional, deixando lacunas e imprecisões. É como afirma Jahyr-Philippe Bichara¹¹:

menu/comunicacao/campanhas/convencao-belem-do-para-foi-importante-instrumento-para-evolucao-dos-direitos-das-mulheres-nos-ultimos-30-anos-avaliam-promotoras.shtml>. Acesso em: 06, out. 2024.

11 BICHARA, Jahyr-Philippe. A recepção da Convenção 190 da OIT sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho no direito internobrasileiro e a perspectiva do preenchimento das lacunas jurídicas atuais. *Revista dos Tribunais*. vol. 1059. ano 113, p. 219-236. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2024, p. 1.

[...] inexistência de leis específicas de cunho nacional em matéria de violência e assédio no mundo do trabalho no Brasil, exige que o Poder Judiciário assuma um papel curativo com fundamentações jurídicas imprecisas para garantir a proteção da dignidade humana no contexto laboral. Destarte, o tratamento da violência e assédio no ambiente do trabalho acaba sendo fruto da interpretação de alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Diante desse cenário, a jurisprudência nacional tem adotado o padrão internacional estabelecido na C190, endossada pelo Brasil¹², mas ainda não ratificado¹³.

O assédio no mundo do trabalho passa, então, a ser definido como “a range of unacceptable behaviours and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm, and includes gender-based violence and harassment”¹⁴. Tal definição representa significativo avanço na tratativa da celeuma ao favorecer a ampliação de seu alcance¹⁵, sendo capaz de

12 BICHARA, *op. cit.*

13 O Poder Executivo enviou à Câmara dos Deputados, em 13/03/2023, a Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais n. 86 (MSC 86/2023), apresentando o texto da Convenção n. 190 da OIT para ratificação, o que depende da aprovação de ambas as casas do Congresso Nacional. A tramitação do procedimento ainda está em curso na Câmara dos Deputados, conforme andamento disponibilizado no site <https://www.camara.leg.br/noticias/944523-camara-vai-analisar-tratado-internacional-contraviolencia-e-assedio-no-trabalho/>. Acesso em 01, out. 2024.

14 Em tradução livre: “Art. 1º. (a) o termo “violência e assédio” no mundo do trabalho refere-se a um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de suas ameaças, de ocorrência única ou repetida, que visem, causem, ou sejam susceptíveis de causar dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio com base no gênero”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 190*. Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho. 108ª sessão. Genebra, 21 jun. 2019a. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711139.pdf>. Acesso em: 06, out. 2024.

15 SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; FILHO, Rodolfo Pamplona. Convenção 190: violência e assédio no mundo do trabalho. *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 53-80, jan./jun. 2020.

identificar a violência e o assédio em diferentes comportamentos e práticas no meio profissional, mesmo que não frequentes ou que se façam em forma de ameaça e com diferentes tipos de dano à vítima.

A violência e o assédio com base no gênero são, assim, reconhecidos pela C190, abrangendo inclusive os casos em que certas práticas e comportamentos impactam desproporcionalmente determinado sexo ou gênero¹⁶. Esse é um fator importante por trazer à tona o aspecto indireto da discriminação de gênero, muitas vezes expressa em práticas e comportamentos neutros, mas com resultados negativos à determinado sexo ou gênero¹⁷.

Vale ressaltar que o emprego do termo “gênero” por si só demonstra a contemporaneidade do documento ao evidenciar o caráter estrutural e cultural da celeuma em desfavor de diferentes grupos vulneráveis¹⁸. É certo que a reivindicação social por um meio ambiente do trabalho digno perpassa o combate à violência de gênero, o que atinge desproporcionalmente as mulheres, como também reconhece a convenção¹⁹.

O patriarcado, o machismo e o sexismo são violências estruturais que também contaminam o meio ambiente do trabalho, já

16 *In verbis*: Art. 1º (b) *the term “gender-based violence and harassment” means violence and harassment directed at persons because of their sex or gender, or affecting persons of a particular sex or gender disproportionately, and includes sexual harassment*. OIT, 2019.

17 CORBO, Wallace. A Construção de um Direito Antidiscriminatório no Brasil: Conceitos fundamentais de um novo e central ramo do Direito. In: SCHREIBER, Anderson; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coord.). *Direito e Transformação Social*. Foco: Rio de Janeiro, 2023.

18 Como afirmam Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos e Rodolfo Pamplona Filho, a amplitude assumida pela Convenção n. 190 engloba “não apenas as mulheres cisgênero, mas também as pessoas transgênero, as que possuem uma orientação afetivo-sexual divergente do padrão heteronormativo, bem como as pessoas não enquadradas no contexto binário de gênero, representando”. SANTOS; FILHO, Rodolfo Pamplona, 2020, p. 75.

19 *In verbis*: “Preamble [...] Acknowledging that gender-based violence and harassment disproportionately affects women and girls, and recognizing that an inclusive, integrated and gender-responsive approach, which tackles underlying causes and risk factors, including gender stereotypes, multiple and intersecting forms of discrimination, and unequal gender-based power relations, is essential to ending violence and harassment in the world of work, and [...]”. OIT, 2019.

marcado pela submissão e opressão das trabalhadoras. Esse duplo estado de subjugação constrói o *status* de hipervulnerabilidade da mulher no meio ambiente laboral, o que as impede de ingressar no mercado de trabalho, de permanecer trabalhando e de progredir na carreira²⁰.

Cabe mencionar, por fim, a jurisprudência internacional como mais um instrumento disponível à proteção da dignidade humana das trabalhadoras. Destacam-se as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), tribunal supranacional interamericano, cuja competência inclui a condenação de Estados-partes, como o Brasil, por atos contrários aos direitos humanos. Além disso, compete à Corte IDH a emissão de pareceres consultivos quanto à interpretação de tratados e convenções do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, além da análise de consonância entre os dispositivos da legislação interna dos Estados membros e os do sistema interamericano²¹, no chamado controle internacional de convencionalidade.

A jurisprudência formada pela Corte IDH apresenta um conteúdo consultivo e interpretativo muito rico em matéria antidiscriminatória, merecendo atenção no combate à violência de gênero no meio ambiente do trabalho. Um grande exemplo é o caso “empregados da Fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares versus Brasil” em que a corte reconheceu a negligência e a responsabilidade do país ante a explosão na fábrica de fogos que vitimou 60 pessoas, dentre elas mulheres e crianças em 1998. A precária fiscalização do trabalho ali desempenhado e a morosidade excessiva em oferecer uma solução judicial ao caso, são pontos cruciais da decisão, os quais devem ser levados em conta, bem como a

20 MARTINS, Julianne Mendonça Barreto. *A Convenção n.º 190 da OIT e as perspectivas ao combate à violência contra a mulher no ambiente laboral do Brasil*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2021.

21 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho*. Araucária, PR: Impressoart Gráfica e Editora, 2024, p. 19.

questão da vulnerabilidade das vítimas e da discriminação estrutural demonstrada. Nos seguintes termos:

Em relação ao direito à igualdade e à proibição de discriminação, a Corte estabeleceu que as vítimas deste caso estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional, pois se encontravam em uma situação de pobreza estrutural e eram, em uma amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes, algumas gestantes, que não contavam com nenhuma outra alternativa econômica²².

A jurisprudência internacional é de fundamental importância na proteção de grupos vulneráveis como o das mulheres, o que é reconhecido inclusive pelo CNJ na Recomendação n. 123 de 2022 que aconselha a sua utilização pelo Poder Judiciário nacional em uma espécie de diálogo entre a jurisdição interna e a internacional.

AS FERRAMENTAS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao se tornar parte em um tratado ou convenção internacional, o Estado não pode se negar a cumpri-lo por conta de norma interna em contrário²³. Esse é o comando do artigo 27 da Conven-

22 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil - resumo oficial emitido pela corte interamericana de direitos humanos*. Data da sentença: 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_por.pdf>. Acesso em: 02, out. 2024, p. 3.

23 Cabe excetuar que nem sempre a norma de Direito Internacional irá prevalecer sobre a de Direito Interno, pois a partir da lógica do princípio *pro persona* ou princípio *pro homine* deve prevalecer a norma mais benéfica, favorável e protetiva à pessoa humana, de modo que a norma internacional pode ser afastada ante a existência de norma doméstica mais benéfica. GOMES, Eduardo Biacchi. *Controle de constitucionalidade no Brasil; tópicos sobre o controle de convencionalidade* (livro eletrônico). Curitiba: InterSaberes, 2020.

ção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁴ fundado no princípio do *pacta sunt servanda* e no compromisso firmado pelos Estados partes de boa-fé e de livre e espontânea vontade.

A necessidade de compatibilizar a legislação doméstica à legislação internacional, é uma forma de impor aos Estados-parte avanços em matérias de direitos humanos como a proteção da mulher e a promoção da igualdade de gênero. Como preceitua Valerio de Oliveira Mazzuolli, “a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas de direito interno” e ineficazes mesmo que vigentes²⁵.

O exame da compatibilidade é prática saudável à preservação da harmonia entre o Direito Interno e o Direito Internacional, tendo como ferramentas no sistema jurídico nacional o controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Tratando-se de normas de Direito Internacional que tratam sobre direitos humanos, como as de proteção da mulher e de promoção da igualdade de gênero, o tipo de controle exercido internamente pelo judiciário²⁶ é determinado de acordo com a forma de incorporação adotado.

A operabilidade do controle de compatibilidade no ordenamento nacional é balizada de acordo com os parâmetros do §3º do artigo 5º da Constituição Federal (CF)²⁷ e da decisão no julgamento

24 Ratificada e publicada pelo Brasil no Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

25 MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>>. Acesso em: 03, out. 2024, p. 115 e 122.

26 Eduardo Bicchí Gomes lembra que o controle de convencionalidade pode ser classificado como internacional, quando exercido por cortes internacionais, ou como interno, quando realizado pelo poder judiciário nacional do Estado-parte. O autor ressalta, ainda, que tal controle não se limita à esfera de ação do Poder Judiciário, apesar de ser o mais típico, podendo ser realizado pelas demais esferas de poder. GOMES, 2020.

27 Incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. *In verbis*: § 3º Os trata-

do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP pelo Superior Tribunal Federal (STF)²⁸, apesar de ainda haver divergências doutrinárias²⁹. Os tratados e convenções incorporados em quórum qualificado no Congresso Nacional assumem *status* de Emenda Constitucional, constituindo o chamado bloco de constitucionalidade, com base no qual é possível realizar o controle de constitucionalidade sobre as normas infraconstitucionais. Já os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados sem quórum qualificado³⁰ pertencem ao bloco de supralegalidade, *status* abaixo da Constituição, mas acima das demais normas infraconstitucionais, sendo possível realizar o exame de compatibilidade destas para com aquelas por meio do chamado controle de convencionalidade.³¹

dos e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. 28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recursos Extraordinário 466.343-1/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. 03, dez. 2008.

29 Valerio de Oliveira Mazzuolli denuncia a insuficiência do estatuído no julgamento do RE 466.343/SP pelo STF, defendendo sistemas de controle como os desenvolvidos na Alemanha, de modo que “[...] para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a Constituição e os tratados de direitos humanos (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os tratados internacionais comuns também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de supralegalidade”. MAZZUOLLI, 2009, p. 114.

30 Geralmente são tratados ou convenções aprovados e incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 que estatuiu o rito especial do §3º, do art. 5º, da CF.

31 ROCHA, *op. cit.*

Chama a atenção o fato de que ambas as espécies de controle podem ser feitas de forma difusa³², ou seja, juízes ou tribunais podem se manifestar incidentalmente nas causas a serem julgadas quanto à compatibilidade de uma norma interna a ser aplicada e a norma de Direito Internacional incorporada pelo Brasil. Essa é uma oportunidade de trazer os preceitos do Direito Internacional para o cotidiano jurisdicional, contudo, essa é uma possibilidade pouco difundida entre os magistrados, carecendo de fomento, principalmente em matérias de proteção à mulher e de igualdade de gênero.

A adoção de critérios aparentemente neutros ou a adoção do tradicional padrão do homem médio são fatores que marcaram e marcam a elaboração das normas internas, resultando em efeito discriminatório aos que não se encaixam nos parâmetros estabelecidos. Pela Teoria dos Impacto Desproporcional, Disparos ou Adversos³³ se explica, justamente, que “determinadas normas acabam, quando aplicadas no caso concreto, causando impactos desproporcionais nos demais destinatários que não se enquadram no modelo implicitamente estabelecido pela sociedade majoritária”³⁴.

Diante da incidência de uma norma interna que reproduz parâmetros discriminatórios no caso concreto, o magistrado está autorizado a exercer o controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, reconhecendo sua invalidade e ineficácia. Ocorre que tal postura representa um desafio a magistratura nacional, na

32 O controle também pode ser exercido de forma concentrada em um único órgão jurisdicional. Esse entendimento pode variar de acordo com a doutrina em relação ao tipo de controle em questão. Por exemplo, para Mazzuoli, que defende o controle de convencionalidade em relação a todos os tratados sobre direitos humanos incorporados, o controle de convencionalidade pode ser exercido de forma concentrada no STF para aqueles tratados incorporados em quórum qualificado. MAZZUOLLI, 2009.

33 Essa é uma teoria de origem norte americana que se aplica não só às normas, mas também a práticas no âmbito privado e público. A adesão pelo ordenamento nacional tem como exemplo os julgamentos da ADI 1.946-5/DF em 2003 e da ADPF 291/DF.

34 HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, Teoria do Impacto Desproporcional e Direitos Humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis. *Revista Jurídica do Ministério Público*, n. 12, 2018., p. 68.

medida que exige a quebra de paradigmas³⁵, despindo as autoridades do apego à ideia de concretude e de completude da norma e impondo uma análise dessas sob o ponto de vista crítico.

Observam-se diferentes iniciativas em prol do conhecimento e da aplicação dessas ferramentas. A, já citada, Recomendação n. 123/2022 do CNJ direciona o Poder Judiciário nacional à “observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”³⁶. O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero estatuído pelo CNJ e recente Protocolo para Atuação e Julgamento na Justiça do Trabalho elaborado pelo Tribunal Superior do Trabalho³⁷ são outros documentos que chamam atenção para a ferramenta do controle de convencionalidade.

A APLICAÇÃO IMEDIATA DE TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Independentemente da forma em que foram incorporados, a norma de Direito Internacional quando adentra o ordenamento nacional tem vigor e deve ser obedecida seja na esfera pública seja na esfera privada, de modo que sua violação é defendida jurisdicionalmente. Quanto aos tratados e convenções aderidos e ainda

35 BARBOSA, Bruno; TORRES, José Henrique; GONZAGA, Victoriana L. C. O dever dos juízes de harmonizar o ordenamento com os tratados de direitos humanos. *Jota*, São Paulo, 6. set. 2019.

36 Art. 1º, inciso I, da Recomendação n. 123 do CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022*. Recomenda aos órgãos do poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência do Conselho Nacional de Justiça, 07 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>>. Acesso em: 06, out. 2024.

37 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2024.

não ratificados pelo Brasil, não se pode falar o mesmo, contudo, no que tange aos tratados sobre direitos humanos, é possível ainda vislumbrar margem para a sua aplicação, mesmo com incorporação ainda pendente.

Esse é o caso da C190, cuja matéria não tem similar no Brasil, de modo que ignorar seu potencial deixa sem proteção trabalhadores, e principalmente trabalhadoras, em face de práticas de violência e de assédio no meio ambiente do trabalho.

A lacuna legislativa observada no que tange ao assédio no meio ambiente do trabalho se deve em muito à dinamicidade social e à mudança de visão sobre o Direito Processual do Trabalho, o qual não se limita mais à tutela somente de verbas trabalhistas. A garantia do bem-estar do trabalhador e da higidez do meio ambiente do trabalho passou a ser um dever da jurisdição trabalhista sob a égide da constitucionalização do Processo do Trabalho. Nesses termos, afirma o professor Claudio Iannotti Rocha³⁸:

Nos dias atuais o processo do trabalho moderno possui um espectro mais alargado vertical e horizontalmente, servindo de instrumento de procedimentalização não somente para os direitos materiais trabalhistas previstos na Constituição, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nas leis esparsas laborais, nos Tratados e Convenções Internacionais e nas negociações coletivas, mas também dos direitos materiais estabelecidos em outros Códigos e leis esparsas de outras áreas do Direito, porquanto o mundo do trabalho cada vez mais atua de maneira transversal ensejando trabalhos e profissões mais complexos que atraem a incidência de normas de outras áreas do Direito, porquanto são situações que exsurtem a partir de uma relação de trabalho, aumentando, inclusive, a competência material da Justiça do Trabalho.

Questões que não são tradicionalmente trabalhistas passam, assim, a serem objeto de tutela trabalhista quando emergem da relação laboral, sendo o caso do assédio, ao que a jurisdição

38 ROCHA, *op. cit.*, p. 58.

trabalhista não pode se esquivar de decidir mesmo ante a lacuna legislativa existente. Considerando o princípio da vedação do *non liquet*, ou da inafastabilidade da jurisdição³⁹ a aplicação imediata da C190 se mostra o melhor caminho, tanto o é que o TST tem empregado suas diretrizes “como alicerce na interpretação jurídica de princípios e regras do direito interno que se apliquem, em abstrato, a situações de violência e assédio de qualquer natureza no mundo do trabalho”⁴⁰.

A fim de solidificar tal possibilidade há que se considerar, primeiramente, o caráter antidiscriminatório da C190, cujo objeto coincide com os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” e de um “meio ambiente do trabalho saudável e seguro”. Tais princípios foram estabelecidos, junto a outros, na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998⁴¹ aderida pelo Brasil. De acordo com essa Declaração “os Estados membros da OIT, independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico, comprometem-se a respeitar e

39 Art. 5º, inciso XXXV, da CF - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

40 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (Terceira Turma). RRAg - 11373-34.2015.5.01.0039. Recorrente: Eliane Sousa Silva Sampaio. Recorrido: Autobrasil Itavema Seminovos LTDA. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. 12, jun. 2024

41 Segue transcrição do dispositivo, *in verbis*, já considerando o recente acréscimo de uma quinta categoria de princípios fundamentais pela 110ª Conferência Internacional do Trabalho “2. Declares that all Members, even if they have not ratified the Conventions in question, have an obligation, arising from the very fact of membership in the Organization, to respect, to promote and to realize, in good faith and in accordance with the Constitution, the principles concerning the fundamental rights which are the subject of those Conventions, namely: 1. freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; 2. the elimination of all forms of forced or compulsory labour; 3. the effective abolition of child labour; 4. the elimination of discrimination in respect of employment and occupation; and 5. a safe and healthy working environment”. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho. 1998*. Disponível em: <<https://www.ilo.org/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rights-work/about-declaration/text-declaration-and-its-follow>>. Acesso em: 07, out. 2024.

promover esses princípios e direitos, tenham ou não ratificado as Convenções relevantes”⁴². O rol de Convenções relevantes ou *core obligations*⁴³, de fato, não conta com a presença da C190, porém devido à relevância de seu conteúdo ao cumprimento dos princípios fundamentais do trabalho supracitados, entende-se pela imprescindibilidade de sua aplicação.

Outro ponto a se considerar é que a proteção à mulher e o combate à desigualdade de gênero promovidos pela C190 a inserem no rol de tratados sobre Direitos Humanos, sendo de especial valor no ordenamento nacional desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 e a inserção do já citado §3º ao artigo 5º da CF. Observa-se que apesar de ainda não findo o procedimento legislativo de incorporação da C190 ao ordenamento nacional, a sua assinatura pelo país e a iniciativa do executivo em dar início ao trâmite de incorporação, por si só, já demonstram a intenção do país de efetivar as determinações da C190. Ademais, o conteúdo da C190 concretiza os preceitos constitucionais de vedação a qualquer forma de discriminação e de segurança e saúde no trabalho⁴⁴, direitos fundamentais que possuem aplicação imediata conforme o §1º do artigo 5º da CF⁴⁵.

42 CONFERÊNCIA Internacional do Trabalho acrescenta segurança e saúde aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Organização Internacional do Trabalho. 10, jun. 2022. Disponível em: <<https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/conferencia-internacional-do-trabalho-acrescenta-seguranca-e-saude-aos>>. Acesso em: 07, out. 2024.

43 “[...] 10 Convenções possuem status de *core obligations* (princípios e direitos fundamentais da OIT), sendo elas: 1) Convenção nº 87 (liberdade sindical), Convenção nº 98 (direito de negociação coletiva), Convenção nº 138 (idade mínima na admissão de emprego), Convenção nº 182 (piores formas de trabalho infantil), Convenção nº 29 (trabalho forçado), Convenção nº 105 (abolição do trabalho forçado), Convenção nº 100 (igualdade de remuneração), Convenção nº 111 (discriminação no emprego e profissão), Convenção nº 155 (segurança e saúde no trabalho) e Convenção nº 187 (quadro promocional para segurança e saúde ocupacional)”. ROCHA, 2024. p. 45.

44 Art. 5º, XLI; Art. 7º, XXII, Art. 200, VIII; Art. 225, CF.

45 CF, art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Nesse sentido decidiu a Terceira Turma do TST⁴⁶:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E DA LEI 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VALOR FIXADO. ASSÉDIO MORAL. CARÁTER CONSTANTE DA VIOLÊNCIA PRATICADA NO AMBIENTE DE TRABALHO. CONVENÇÃO 190 DA OIT. EFICÁCIA IRRADIANTE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO RISCO MÍNIMO REGRESSIVO DE ACIDENTES E DOENÇAS DO TRABALHO. MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. QUESTÕES DE GÊNERO SUBJACENTES. A Convenção n. 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho, apresenta em seu art. 1º conceito amplo de violência e assédio no trabalho, abrangendo não apenas a conduta reiterada, mas, também, a conduta unissubsistente. *Independentemente da ratificação de Convenções da OIT que tratem de temas principais ou acessórios da temática “Saúde e Segurança do Trabalho”, que foi erigida ao patamar de Princípios e Direitos Fundamentais da OIT a partir da 110ª Conferência Internacional do Trabalho, é indispensável que o direito fundamental ao risco mínimo regressivo (art. 7º, XXII, Constituição Federal) exteriorize, diante de interpretações sistemáticas das normas trabalhistas, sua eficácia irradiante , ostentada por todo direito fundamental. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais, inclusive do trabalho, orienta o intérprete do Direito a preencher o conteúdo normativo de princípios e regras jurídicas com o sentido e o alcance próprios dos direitos fundamentais que os impactem. No Direito do Trabalho, todo direito fundamental do trabalhador, inclusive os de ser protegido contra acidentes e doenças do trabalho (art. 7º, XXII, Constituição Federal) e ter um meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado (arts. 200, VIII, e 225, caput, da Constituição Federal), deve ter seu núcleo essencial informado pelas normas internacionais que abordam com especialidade a respectiva matéria, como consequência do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Também ganha destaque, nessa função, o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, em que se insculpe o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. O*

46 BRASIL, 2024.

vaso de comunicação entre as normas internacionais sobre direitos humanos (tais como a maior parte das Convenções da OIT) e os direitos fundamentais positivados na ordem interna, conforme o princípio *pro homine* (art. 19.8 da Constituição da OIT), deve ter por finalidade sempre o aprimoramento da proteção social que se pretende progressiva (art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos) [...] (grifo nosso).

Outra linha de argumentação que se poderia desenvolver a fim de propiciar a aplicação imediata de tratados internacionais sobre direitos humanos como a C190 se dá a partir do artigo 8º da CLT⁴⁷. Tal dispositivo se trata de fonte de cláusula aberta e prevê, em caso de lacuna legislativa como a existente quanto ao assédio no mundo do trabalho, a utilização de outras fontes normativas, estando o Direito Comparado dentre essas. O interessante é que o dispositivo não se refere apenas ao direito alienígena quando menciona o Direito Comparado no rol de artifícios a se recorrer em caso de lacuna legislativa. Inclui-se por esse termo, também, o Direito Internacional representado por seus tratados e convenções disponíveis, como a C190, dado as intenções iniciais do legislador. Considerando o exposto, essa seria mais uma possível porta aberta ao Direito Internacional sobre Direitos Humanos em benefício das trabalhadoras.

Demonstra-se, assim, mais uma possível abordagem do Direito Internacional em prol da garantia dos direitos fundamentais das trabalhadoras em face a discriminação de gênero que contamina o meio ambiente do trabalho por meio do assédio e outras diferentes formas de violência.

47 Art. 8º, CLT. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou apresentar diferentes formas de aplicação do Direito Internacional no Processo do Trabalho em combate à violência laboral contra a mulher. A fim de compreender a importância do tema, foram apontadas convenções, tratados e jurisprudências internacionais relevantes em matéria de gênero, os quais devem ser levados em consideração pelo magistrado trabalhista no julgamento da causa. Cientes da importância do conteúdo dos tratados e das convenções internacionais principalmente no que concerne à garantia do bem-estar da mulher trabalhadora, buscou-se aprofundar o conhecimento quanto às diferentes formas de aplicação de tais instrumentos legislativos pela jurisdição trabalhista.

Confirmou-se que os controles de convencionalidade e de constitucionalidade se mostraram ferramentas disponíveis no cotidiano dos magistrados trabalhistas, porém ainda pouco presente em toda sua amplitude, sendo observadas iniciativas organizacionais de educação e fomento entre os magistrados. A falta de formação dos magistrados em matéria antidiscriminatória é, também, um fator que afasta esses operadores do direito de um olhar crítico sobre as normas de direito interno, as quais podem representar um padrão discriminatório. Aquém do contexto que o cerca, o julgador não será capaz de fornecer a tutela adequada e lançar mão de ferramentas tão promissoras quanto as de controle de convencionalidade e de constitucionalidade.

Tratando especificamente do caso de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, confirmou-se a possibilidade de sua aplicação imediata, mesmo sem o fim do trâmite de ratificação, como é o caso da Convenção n. 190. Isso se dá, sobretudo, pela matéria veiculada nesses instrumentos, a qual compreendida em arranjo jurídico apropriado, assume caráter de princípio ou direito fundamental devendo ser aplicado de imediato quando representar a opção mais benéfica. No caso da

C190 é mais fácil vislumbrar sua imprescindibilidade em proteção da mulher face à violência laboral de gênero, uma vez que dependesse apenas da legislação interna restariam desprotegidas ou inadequadamente tuteladas quando vítimas de assédio e violência no habitat laboral.

A partir do conhecimento levantado e sistematizado como exposto na presente pesquisa, espera-se contribuir para a naturalização e fomento à presença do Direito Internacional no ordenamento nacional. Por consequência, vislumbra-se a possibilidade de concessão de uma tutela mais adequada, efetiva e concreta às vítimas de discriminação de gênero no meio ambiente laboral, considerando a adesão aos instrumentos de controle e de aplicação imediata do Direito Internacional apresentados ao longo da pesquisa por sua inteligência e contemporaneidade na defesa do melhor interesse de grupos vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ANUNCIAÇÃO, Débora. 40 anos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; o que mudou? *Assessoria de Comunicação do IBDFAM*, 31 jan. 2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11525/40+anos+da+Conven%C3%A7%C3%A3o+so-bre+a+Elimina%C3%A7%C3%A3o+de+Todas+as+Formas+de+Discrimina%C3%A7%C3%A3o+contra+a+Mulher%3B+o+que+mudou%3F>. Acesso em: 6 out. 2024.

BARBOSA, Bruno; TORRES, José Henrique; GONZAGA, Victoria-na L. C. O dever dos juízes de harmonizar o ordenamento com os tratados de direitos humanos. *Jota*, São Paulo, 6 set. 2019.

BICHARA, Jahyr-Philippe. A recepção da Convenção 190 da OIT sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho no direito interno brasileiro e a perspectiva do preen-

chimento das lacunas jurídicas atuais. *Revista dos Tribunais*, v. 113, n. 1059, p. 219-236, jan. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Recurso Extraordinário 466.343-1/SP*. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 dez. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Terceira Turma). *RRAg - 11373-34.2015.5.01.0039*. Recorrente: Eliane Sousa Silva Sampaio. Recorrido: Autobrasil Itavema Seminovos LTDA. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado, 12 jun. 2024.

CONFERÊNCIA Internacional do Trabalho acrescenta segurança e saúde aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. *Organização Internacional do Trabalho*, 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.ilo.org/pt-pt/resource/news/conferencia-internacional-do-trabalho-acrescenta-seguranca-e-saude-aos>. Acesso em: 7 out. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022*. Recomenda aos órgãos do poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacio-

nais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência do Conselho Nacional de Justiça, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>. Acesso em: 6 out. 2024.

Convenção Belém do Pará: importante instrumento para evolução dos direitos das mulheres nos últimos 30 anos. Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 7 mar. 2024. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/campanhas/convencao-belem-do-para-foi-importante-instrumento-para-evolucao-dos-direitos-das-mulheres-nos-ultimos-30-anos-avaliam-promotoras.shtml>. Acesso em: 6 out. 2024.

CORBO, Wallace. A construção de um direito antidiscriminatório no Brasil: conceitos fundamentais de um novo e central ramo do direito. In: SCHREIBER, Anderson; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (Coord.). *Direito e transformação social*. Rio de Janeiro: Foco, 2023.

GOMES, Eduardo Biacchi. *Controle de constitucionalidade no Brasil: tópicos sobre o controle de convencionalidade*. Curitiba: InterSaberes, 2020. (livro eletrônico).

HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma necessidade na defesa de grupos vulneráveis. *Revista Jurídica do Ministério Público*, n. 12, 2018.

JÚNIOR, Janary. Câmara vai analisar tratado internacional contra violência e assédio no trabalho. *Agência Câmara de Notícias*, 14 mar. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/944523-camara-vai-analisar-tratado-internacional-contraviolencia-e-assedio-no-trabalho/>. Acesso em: 1 out. 2024.

MARTINS, Julianne Mendonça Barreto. *A Convenção n.º 190 da OIT e as perspectivas ao combate à violência contra a mulher no ambiente laboral do Brasil*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2021.

- MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 3 out. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil* - resumo oficial emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Data da sentença: 15 jul. 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_por.pdf. Acesso em: 2 out. 2024.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção nº 190. Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho*. 108ª sessão. Genebra, 21 jun. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711139.pdf. Acesso em: 6 out. 2024.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho*. 1998. Disponível em: <https://www.ilo.org/ilo-declaration-fundamental-principles-and-rights-work/about-declaration/text-declaration-and-its-follow>. Acesso em: 7 out. 2024.
- ROCHA, Cláudio Ianotti da. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. Brasília, DF: Editora Venturolli, 2024.
- SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; FILHO, Rodolfo Pampolona. *Convenção 190: violência e assédio no mundo do trabalho*.

lho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 53-80, jan./jun. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO; CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. *Protocolos para atuação e julgamento na Justiça do Trabalho*. Araucária, PR: Impressoart Gráfica e Editora, 2024.

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: AS COMUNICAÇÕES DIRETAS NOS CASOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO BRASIL

Valesca Raizer Borges Moschen¹

Isabela Tonon da Costa Dondone²

Ketilley Christine Boecke da Silva³

INTRODUÇÃO

A Cooperação Jurídica Internacional (CJI) é considerada um dos pilares do Processo Civil Internacional. Entendida como todo procedimento ou mecanismo disponível para facilitar a eficácia de atos jurídicos em uma jurisdição estrangeira⁴,

1 Professora Titular do Departamento de Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (UB). Coordenadora do Labirinto da Codificação do Processo Civil Internacional (LABCODEX/ UFES-CNPq) e do Projeto de pesquisa Mulheres na Ciência (FAPES). Bolsista Produtividade FAPES. Email: raizervalesca@gmail.com.

2 Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisadora LABCODEX (UFES-CNPq); Bolsista CAPES.

3 Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisadora LABCODEX (UFES-CNPq); Bolsista FAPES no projeto “Cooperação Jurídica Internacional e o Combate da Violência de Gênero”, vinculado ao programa Mulheres na Ciência.

4 GOICOECHEA, Ignacio. Nuevos Desarrollos en la Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Comercial. *Revista de la Secretaría del Tribunal*

a CJI é necessária, sobretudo, para produção de provas no exterior, a troca de informações entre juízos de jurisdições distintas e o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras permitem a promoção da tutela efetiva desses direitos⁵.

Nos últimos anos, os mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional clássicos vêm sendo reformulados, de forma a garantir sua maior celeridade e efetividade⁶, conciliando as novas tecnologias de comunidade a favor da mobilidade jurisdicional. É nesse contexto que novas formas de cooperação foram se desenvolvendo, seja através dos atores internacionais, como a Conferência da Haia (CH) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), seja por meio da própria prática, como é o caso do objeto de estudo desta pesquisa: a comunicação direta.

A comunicação direta pode ser compreendida como instrumento de CJI que permite a comunicação entre duas autoridades judiciais de jurisdições distintas, sem a intervenção da Autoridade Central designada pelo próprio país, caracterizando-se por uma maior simplicidade procedimental. Como aponta Goicoechea, embora a comunicação direta possa ser utilizada em qualquer matéria, ela vem sendo desenvolvida, em especial, em duas áreas: nos processos de insolvência transnacional e nos casos de subtração internacional de crianças⁷.

No Brasil, a Cooperação Jurídica Internacional foi consagrada no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e trouxe mudanças

Permanente de Revisión, ano 04, v. 07, 2016, p. 127-151. Disponível em: <<https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/191>>. Acesso em: 15 dez. 2023.

5 TIBURCIO, Carmem. The current practice of international co-operation in civil matters. *Collected Courses of International Law*, Haia, 2018, p. 53-75.

6 ALBORNOZ, Maria Mercedes; PAREDES, Sebastián. No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities. *Journal of Private International Law*, v. 17, n. 2, 2021.

7 GOICOECHEA, Nuevos Desarrollos en la Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Comercial, *op. cit.*, p. 136.

significativas para o Processo Civil Internacional, aproximando-se dos esforços atuais das organizações internacionais.

Polido, nesse sentido, elenca quatro premissas basilares consagradas no Código de Processo Civil: (i) a primazia de tratados, convenções e acordos multilaterais ou bilaterais na cooperação jurídica internacional enquanto um princípio a ser observado (art. 13); (ii) a elevação do auxílio direto a mecanismo preferencial para tramitação dos pedidos de CJI; (iii) “espontaneidade dos atos de cooperação jurídica e maior atuação das autoridades centrais”⁸; (iv) circulação de atos decisórios e não decisórios conexos com o processo civil transnacional.

Além disso, os instrumentos de CJI previstos tipicamente no código são: Auxílio Direito (arts. 28 a 34), Carta Rogatória (art. 36) e Homologação de Decisão Estrangeira e Concessão de Exequatur (arts. 960 a 965).

A comunicação direta no sistema processual brasileiro, assim como no exterior, também repercutiu na sua produção legislativa, que varia de acordo com o objeto tutelado. Enquanto a comunicação direta nas hipóteses de insolvência transnacional dispõe de alterações na própria Lei de Recuperação de Empresas e Falência (arts. 167-A a 167-Y) e Resolução nº 394, de 2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trouxe procedimento específico, a comunicação direta nos casos de subtração internacional de crianças foi absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro apenas por meio do art. 26 da Resolução nº 449/2022 do CNJ, que trata da responsabilidade dos Juízes de Enlace.

Assim, considerando a ausência de base normativa, o objeto desta pesquisa é analisar a aplicação da comunicação direta nos casos de subtração internacional de crianças no Brasil, conforme

8 POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Fundamentos, estruturas e mecanismos de cooperação jurídica internacional e o Código de Processo Civil Brasileiro. Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional, *Revista dos Tribunais*, v. 1, p. 37-82, 2018.

regulamentado pela Resolução nº 449/2022 do CNJ, investigando sua validade e possíveis lacunas no ordenamento jurídico brasileiro. A problemática reside na falta de detalhamento processual para a utilização da comunicação direta, o que pode comprometer a celeridade e a proteção dos direitos da criança. O problema que a pesquisa busca responder é: as regras de cooperação jurídica nacional podem ser aplicadas para suprir as lacunas existentes na comunicação direta em casos de subtração internacional de crianças?

A hipótese levantada é que a utilização das regras de cooperação jurídica nacional, particularmente os atos concertados previstos na Resolução nº 350/2020 do CNJ, pode servir como solução provisória para aprimorar a aplicação da comunicação direta até que haja um maior desenvolvimento legislativo. Para alcançar os objetivos propostos, a pesquisa adota uma metodologia qualitativa, com análise doutrinária e normativa. Serão analisadas as legislações nacionais e tratados internacionais que tratam da Cooperação Jurídica Internacional.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O PAPEL DO MAGISTRADO NA COOPERAÇÃO JURÍDICA NACIONAL

Conforme leciona Hermes Zaneti Jr., o conflito, visto a partir de uma visão contemporânea, está intimamente atrelado ao princípio da cooperação. Esse princípio, que também se relaciona ao princípio do autorregrameto da vontade, à primazia do julgamento de mérito, ao princípio da boa-fé e ao princípio da vedação à decisão surpresa, atua como uma norma fundamental que gera obrigações ao longo do processo, tanto para as partes quanto para o magistrado⁹.

9 ZANETI Jr., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr.* Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 146-146.

Adotando o entendimento de que o princípio da cooperação decorre do contraditório participativo¹⁰, é possível observar que o modelo processual cooperativo¹¹ ao qual o ordenamento jurídico brasileiro está inserido altera a dinâmica entre as partes e o juiz, que passa a privilegiar o diálogo e a comunicação entre os sujeitos processuais¹².

Nesse contexto, observa-se que a figura do juiz passa a adquirir dupla função: é paritário em relação às partes no que tange à condução e ao diálogo no processo, ao passo que é assimétrico em relação ao julgamento da causa¹³. Sobre o tema, Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes entendem que o juiz participativo é aquele que permite a influência das partes de modo a: i) questionar os argumentos e alegações trazidos pelas partes, sua clareza e compreensão; ii) prevenir eventuais irregularidades; iii) questionar temas que possam ser conhecidos de ofício, permitindo que as

10 Defende Arruda Alvim que o princípio da cooperação na realidade é um desdobramento do contraditório comparticipativo. Desse modo, espera-se das partes quanto ao dever de cooperação que se colabore a um processo justo, com argumentos claros e lógicos que permitam a resposta, ao qual a estratégia de cada uma das partes limita-se aos deveres de lealdade e boa-fé. Já o papel do juiz quanto ao dever de cooperação, deriva da possibilidade de garantir o diálogo com as partes, permitindo com que cada uma seja ouvida e compreendida. Em: ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. *Revista de Processo*, n. 304, São Paulo: RT, 2020, p. 19-20.

11 Conforme elucida Daniel Mitidiero, “o processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. [...] Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo”. MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 206 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 74.

12 CAMPOS, Maria Gabriela. *Compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57-111, p. 93.

13 MITIDIERO, *op. cit.*, p. 75.

partes influenciem; e, iv) auxiliar na definição da matéria de fato e de direito a ser debatida, garantindo o equilíbrio entre as partes¹⁴.

Para além da própria atividade da gestão endoprocessual, como bem observa Maria Gabriela Campos, a atividade jurisdicional também compreende, em um plano macro, a gestão judicial, tanto em relação a sua administração institucional quanto à organização dos tribunais, em um plano médio¹⁵.

É sob a perspectiva micro, média e macro que a cooperação processual está inserida no ordenamento jurídico brasileiro, o que, como bem discute Fredie Didier Jr., também se relaciona ao princípio da eficiência¹⁶. Para o autor, o princípio da eficiência impõe ao órgão jurisdicional a condução processual eficiente, assim como à Administração Judiciária, sendo, portanto, uma norma de direito processual¹⁷.

A partir dos princípios da cooperação e da eficiência é que se firmam as bases da Cooperação Judiciária Nacional (CPN) que, à luz do art. 67 do CPC¹⁸, impõe-se como dever a todos os órgãos do Poder Judiciário Brasileiro. Ela possui uma dupla dimensão: administrativa, como auxílio à condução da administração judiciária, e processual, para auxiliar na tutela adequada e efetiva do litígio¹⁹.

14 ALVIM; GUEDES, *op. cit.*, p. 22.

15 CAMPOS, Maria Gabriela. Compartilhamento de competências no processo civil, *op. cit.*, p. 98.

16 Nas palavras do autor: “Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso [...] e certo [...], não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso”. DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 19-108, p. 55-56.

17 *Id.*, *ibid.*, p. 51-54.

18 Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

19 DIDIER JR., *op. cit.*, p. 61-62.

Ao contrário da Cooperação Jurídica Internacional, a Cooperação Jurídica Nacional tem como principal característica a sua atipicidade. A lista disposta no *caput* do art. 69 do CPC traz instrumentos e atos de cooperação que não são taxativos. No entanto, a sua atipicidade não pode gerar ausência de forma e documentação²⁰.

Desse modo, a CPN se dá de três formas: por solicitação, delegação ou ato concertado. A cooperação por solicitação refere-se à prática de um ou mais atos no decorrer do processo, que pode se dar por meio de Carta Rogatória ou Auxílio Direto, por exemplo. A cooperação por delegação ocorre quando um órgão jurisdicional transfere a outro competência para prática de atos que a ele compete. Já o ato de concertação tem como função disciplinar uma série de atos entre juízos cooperantes, estabelecendo um regramento geral para prática de atos de cooperação²¹.

Em especial no tocante à cooperação por atos concertantes, observa-se que o art. 69, §2º do CPC estipula que os atos concertantes poderão estabelecer procedimentos sobre diversos temas, como citação, intimação ou notificação (I), obtenção e coleta de provas e depoimentos (II), efetivação da tutela provisória (III), dentre outros.

Além do CPC, a Resolução nº 350/2020 do CNJ também estipula diretrizes e procedimentos para os atos concertados e para a Rede Nacional de Cooperação Judiciária, que conta com apoio de Núcleos de Cooperação nos Tribunais Estaduais, do Trabalho, Federais, Eleitorais e Militares. Destacam-se na Resolução sobre os atos concertantes: a) o dever de fundamentação dos atos e pedidos, de forma objetiva e imparcial (art. 8º, §2º); b) a possibilidade de esclarecimento pelas partes, à luz do art. 357, §1º do CPC (art. 8º, §3º), c) possibilidade de impugnação dos atos (art. 9º, parágrafo único).

20 DIDIER JR., *op. cit.*, p. 73.

21 *Id.*, *ibid.*, p. 74-83.

A COMUNICAÇÃO DIRETA

A comunicação entre autoridades judiciais e administrativas não é novidade, especialmente no âmbito do direito internacional. Sobre o tema, Maria Gabriela Campos explica que a comunicação transjudicial surge justamente no contexto dos litígios transnacionais, por meio do que se denomina “fertilização-cruzada”, em que há diálogo entre as Cortes, de forma horizontalizada, influenciando decisões e debates²².

As formas tradicionais de cooperação entre autoridades eram, tradicionalmente, vinculadas à via diplomática e consular, como é o caso, por exemplo, da Convenção da Haia Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial²³, de 1965²⁴.

22 CAMPOS, *op. cit.*, p. 85-88.

23 O Brasil ratificou a Convenção da Haia de 1965 com ressalva aos artigos que dispõem sobre a comunicação direta, notadamente: Artigo 8º - Cada Estado Contratante terá autonomia para mandar proceder no estrangeiro às citações, intimações ou notificações de documentos judiciais, diretamente por meio de seus representantes diplomáticos ou consulares, sem qualquer tipo de coação. Cada Estado pode declarar opor-se a tais citações, intimações ou notificações de documentos judiciais em seu território, exceto se destinadas a cidadão do Estado de origem dos documentos. Artigo 10 - Se o Estado destinatário não se opuser, a presente Convenção não se interporá à: a) autonomia de remeter documentos judiciais, por via postal, diretamente a pessoas que se encontrem no estrangeiro; b) autonomia de os agentes do judiciário, autoridades ou outras pessoas competentes do Estado de origem promoverem as citações, intimações ou notificações de documentos judiciais diretamente por meio de agente do judiciário, autoridades ou outras pessoas competentes do Estado de destino; e c) autonomia de qualquer pessoa interessada em um processo promover as citações, intimações ou notificações de documentos judiciais diretamente por meio de agentes do judiciário, autoridades ou outras pessoas competentes do Estado de destino. BRASIL. Decreto nº. 9.734, de 20 de março de 2019. Promulga o texto da Convenção Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial, firmado na Haia, em 15 de novembro de 1965. Diário Oficial da União, 2019.

24 MIRANDA, Francisco Javier Forcada. *Las Comunicaciones Judiciales Directas en la Cooperación Jurídica Internacional*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 47-48.

Conforme já mencionado, no entanto, esses mecanismos podem ser morosos e, dependendo da urgência e especificidade do objeto tutelado, inadequados para cumprir o objetivo, seja para citação, produção de provas ou outras comunicações.

Nesse contexto, surge como uma forma de comunicação informal a Comunicação Direta. A Comunicação Direta, como já abordado, é uma ferramenta que permite a Cooperação Jurídica Internacional sem a necessidade de intermediação de uma autoridade administrativa, seja ela pela via diplomática ou por meio da autoridade central. Assim, a comunicação entre as diferentes jurisdições ocorre diretamente entre os magistrados.

Francisco Javier Forcada Miranda elucida que a Comunicação Direta surgiu com nitidez na União Europeia e tem como vantagens: o auxílio na promoção de uma interpretação consistente dos instrumentos internacionais, a permeabilidade de procedimentos e ordenamentos jurídicos distintos em prol da efetiva prestação jurisdicional ao bem tutelado, além de promover a comunicação entre as jurisdições, dentre outros. Porém, como o bem pontua o autor, um dos grandes empecilhos consiste na ausência de bases legais, que, em certas ocasiões, podem ser essenciais para viabilizar sua utilização²⁵.

Esse instrumento de cooperação vem sendo desenvolvido sobretudo em relação a dois objetos distintos: a insolvência transnacional e a subtração internacional de crianças.

A Comunicação Direta nos casos de insolvência transnacional

A insolvência transnacional pode ser compreendida como uma crise empresarial que repercute em duas ou mais jurisdições²⁶. Por

25 *Id.*, *ibid.*, p. 98-105.

26 SATIRO, Francisco; BECUE, Sabrina Marina Fedel. Insolvência Transnacional: regime legal e a jurisprudência em formação. *Revista dos Tribunais*, v. 1034, p. 337-355, 2021, p. 338.

exemplo, em um processo de insolvência de uma empresa sediada na Alemanha com ativos situados nos Estados Unidos e no Japão. Assim, a recuperação judicial da empresa alemã teria repercussões jurídicas nesses dois Estados.

Diante da ausência de previsões específicas quanto ao procedimento do processo de insolvência em tais hipóteses, novos instrumentos de cooperação jurídica foram desenvolvidos a partir de casos paradigmáticos, que permitiram a adequação do procedimento ao objeto tutelado. Um exemplo disso foi o processo de insolvência da *Maxwell Communication*, em 1991, que ocorreu simultaneamente perante o tribunal inglês - local da sede da empresa - e o tribunal norte-americano, Estado onde se localizava a maior parte dos ativos da empresa e onde havia algumas filiais²⁷.

Por meio do diálogo entre os magistrados dos Estados Unidos e da Inglaterra, foi formado um procedimento padrão para a alienação de bens da empresa e o pagamento de credores, mesmo tratando-se de processos em jurisdições distintas, algo inédito para ambos os Estados²⁸. Este é um dos primeiros casos registrados do que se denominaria “comunicação direta”.

A partir da prática da comunicação direta, surgiu a necessidade de sua regulamentação, realizada sobretudo por meio de *soft law*, com a participação de atores como *American Law Institute (ALI)* e a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). Trata-se, respectivamente, de: i) Princípios Globais para Cooperação nos casos de Insolvência Transnacional, da

27 BECUE, Sabrina Maria Fadel. Insolvência Transnacional e a necessidade de cooperação entre tribunais como resposta aos novos desafios regulatórios. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador*, v. 16, p. 143-176, 2016, p. 160.

28 WESTBROOK, Jay Lawrence. The Lessons of Maxwell Communication. *Fordham Law Review*, 1996, p. 2531-2541.

ALI, de 2012²⁹ e; ii) Lei Modelo de Insolvência Transnacional, da UNCITRAL, de 1997³⁰.

Nesse sentido, a Lei Modelo define, em seu art. 25, formas de comunicação direta, tais como: i) a nomeação de pessoa ou órgão para comunicar-se com a corte solicitante; ii) a comunicação de informações por meio de considerado adequado pelo tribunal, seja ele eletrônico, por videoconferência, e-mail, etc.; iii) a supervisão coordenada da administração dos bens do devedor; iv) a promoção de acordos relativos à uniformização de procedimentos entre os processos distintos; e v) a coordenação de procedimentos relativos ao mesmo devedor³¹.

Além disso, a Lei Modelo serviu de inspiração para o Brasil, que incorporou as regras procedimentais da Comunicação Direta à Lei de Recuperação de Empresas e Falência (arts. 167-A a 167-Y) e à Resolução nº 394, de 2021, do CNJ. Quanto à legislação falimentar brasileira, é possível observar que ela regulou de forma detalhada o procedimento de insolvência transnacional, com alguns pontos de destaque no que tange à comunicação direta.

Primeiro, em diversos momentos, é destacado que, diante da existência de processos paralelos de recuperação judicial, deve ser buscada a cooperação entre os juízos de Estados distintos (Arts. 167-A, §1º, 167-S, *caput* e 167-T, *caput*), sendo permitida a

29 ALI. Transnational Insolvency: Global Principles of Cooperation, Report to ALI. Disponível em: <<https://www.ali.org/publications/show/transnational-insolvency/>>. Acesso em 12 dez. 2023.

30 UNCITRAL. Model Law on Cross-Border Insolvency (1997). Disponível em: <<https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border-insolvency>>. Acesso em 15 dez. 2023.

31 Article 27. Forms of cooperation. Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including: (a) Appointment of a person or body to act at the direction of the court; (b) Communication of information by any means considered appropriate by the court; (c) Coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs; (d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings; (e) Coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor; (f) [The enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation].

autorização de outras medidas de assistência solicitadas pelo juízo estrangeiro, desde que não ofendam a ordem pública brasileira (art. 167-A, §2º e 3º).

No entanto, é nos arts, 167-P e 167-Q que estão as disposições centrais sobre a comunicação direta. O art. 167-P dispõe³² expressamente sobre a dispensa de cartas rogatórias e de auxílio direto, o que se estende não apenas à figura do magistrado, mas também ao administrador judicial, que poderá se comunicar com as autoridades e representações estrangeiras conforme disposto no Art. 167-Q. Por seu turno, o art. 167-Q, de modo semelhante à Lei Modelo, define as formas pelas quais a comunicação direta pode ser realizada que não necessariamente exige a figura do juiz enquanto papel central na transmissão da comunicação³³.

A Resolução nº 394/2021 do CNJ, em atenção à disposição da lei extravagante, trouxe um maior detalhamento das regras a serem observadas na comunicação direta nos processos de insolvência transnacional. Além disso, foi por meio dessa Resolução que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o Guia de Cooperação e

32 Art. 167-P. O juiz deverá cooperar diretamente ou por meio do administrador judicial, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A desta Lei. § 1º O juiz poderá comunicar-se diretamente com autoridades estrangeiras ou com representantes estrangeiros, ou deles solicitar informação e assistência, sem a necessidade de expedição de cartas rogatórias, de procedimento de auxílio direto ou de outras formalidades semelhantes. 2º O administrador judicial, no exercício de suas funções e sob a supervisão do juiz, deverá cooperar, na máxima extensão possível, com a autoridade estrangeira ou com representantes estrangeiros, na persecução dos objetivos estabelecidos no art. 167-A desta Lei. § 3º O administrador judicial, no exercício de suas funções, poderá comunicar-se com as autoridades estrangeiras ou com os representantes estrangeiros.

33 Art. 167-Q. A cooperação a que se refere o art. 167-P desta Lei poderá ser implementada por quaisquer meios, inclusive pela: I - nomeação de uma pessoa, natural ou jurídica, para agir sob a supervisão do juiz; II - comunicação de informações por quaisquer meios considerados apropriados pelo juiz; III - coordenação da administração e da supervisão dos bens e das atividades do devedor; IV - aprovação ou implementação, pelo juiz, de acordos ou de protocolos de cooperação para a coordenação dos processos judiciais; e V - coordenação de processos concorrentes relativos ao mesmo devedor.

Comunicação Direta entre Juízos de Insolvência, elaborado pelo *Judicial Insolvency Network (JIN)*.

No geral, ordenamento jurídico brasileiro incorporou, por meio da aludida Resolução do CNJ, regras advindas da *soft law*, conferindo obrigatoriedade e uniformidade ao procedimento de cooperação jurídica, especialmente em razão do poder normativo conferido pela Constituição Federal (CF) às Resoluções do CNJ³⁴.

A Comunicação Direta nos casos de subtração internacional de crianças

As famílias transnacionais, identificadas como aquelas que se conectam a dois ou mais Estados, apresentam inúmeras questões jurídicas, tanto para solução de litígios quanto para a afirmação de direitos. No entanto, esses direitos não são reconhecidos automaticamente de um Estado para o outro, sendo necessário seu reconhecimento jurídico, ao qual cabe ao processo civil internacional estabelecer as bases para a jurisdição e cooperação, alcançando assim a construção do direito das famílias pluriconectadas³⁵.

Entre os temas relacionados às famílias transnacionais, a subtração internacional de crianças é uma das questões mais relevantes no direito internacional privado. Esse tema tem recebido especial atenção da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado (HCCH), uma das mais influentes organizações na

34 Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:[...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

35 LOPES, Inez. A família transnacional e a cooperação jurídica internacional. *Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 91-92.

harmonização do direito internacional privado. Um dos principais focos da HCCH é a proteção das crianças em famílias transnacionais³⁶.

O sequestro internacional de crianças, também denominado de subtração internacional de crianças³⁷, ocorre quando há uma violação do direito de guarda mediante a retenção ilícita da criança³⁸ fora de seu país de residência habitual. Ela pode ocorrer em três cenários: durante o matrimônio, no qual ambos os genitores exercem guarda; antes da formalização do divórcio e guarda; ou ainda quando a guarda já foi estipulada e um dos genitores descumpre a decisão³⁹.

Visando harmonizar as regras e os procedimentos sobre a subtração internacional de crianças, a HCCH elaborou a Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 (CH-80), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.413/2000⁴⁰. A convenção se concentra, principalmente, na comunicação entre Autoridades Centrais, no sentido administrativo, para localizar e assegurar o retorno da criança e prestar a devida assistência, entre outras disposições previstas em seu art. 7º⁴¹.

36 CONFERÊNCIA DE HAIA. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/about>>. Acesso em 18 set. 23.

37 Uma análise interpretativa do verdadeiro propósito da Convenção, realizada por Artenira da Silva e João Bruno Farias Madeira, revela que ela aborda os aspectos cíveis relacionados ao deslocamento ilegal de crianças ou à sua retenção indevida fora de sua residência habitual.

38 A CH-80 não estabelece uma distinção rigorosa entre os termos «criança» e «adolescente», utilizando o primeiro para se referir a ambos. Dessa forma, ao abordar o deslocamento ilegal ou a retenção de crianças, ela inclui qualquer pessoa com menos de dezesseis anos de idade.

39 CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. *Revista dos Tribunais*, v. 962, p. 105-128, 2015, p. 108-109.

40 BRASIL. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. Dispõe sobre a promulgação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 abr. 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 01 out. 2024.

41 Artigo 7 As autoridades centrais devem cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes dos seus respectivos Estados,

No entanto, o procedimento previsto na CH-80 requer uma série de comprovações fáticas para que possa ser cumprido de maneira célere. Segundo o art. 11⁴² da CH-80, a Autoridade Judicial ou Administrativa deve adotar medidas de urgência para assegurar o retorno da criança em até seis semanas. Caso o processo não seja iniciado em até um ano após a transferência ou retenção ilícita, e se for constatado que a criança já está adaptada ao novo ambiente, o retorno pode ser negado (art. 12 da CH-80⁴³).

de forma a assegurar o retorno imediato das crianças e a realizar os demais objetivos da presente Convenção. Em particular, deverão tomar, quer diretamente, quer através de um intermediário, todas as medidas apropriadas para: a) localizar uma criança transferida ou retida ilicitamente; b) evitar novos danos à criança, ou prejuízos às partes interessadas, tomando ou fazendo tomar medidas preventivas; c) assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução amigável; d) proceder, quando desejável, à troca de informações relativas à situação social da criança; e) fornecer informações de caráter geral sobre a legislação de seu Estado relativa à aplicação da Convenção; f) dar início ou favorecer a abertura de processo judicial ou administrativo que vise o retorno da criança ou, quando for o caso, que permita a organização ou o exercício efetivo do direito de visita; g) acordar ou facilitar, conforme as circunstâncias, a obtenção de assistência judiciária e jurídica, incluindo a participação de um advogado; h) assegurar no plano administrativo, quando necessário e oportuno, o retorno sem perigo da criança; i) manterem-se mutuamente informados sobre o funcionamento da Convenção e, tanto quanto possível, eliminarem os obstáculos que eventualmente se oponham à aplicação desta.

42 Artigo 11 As autoridades judiciais ou administrativas dos Estados Contratantes deverão adotar medidas de urgência com vistas ao retorno da criança. Se a respectiva autoridade judicial ou administrativa não tiver tomado uma decisão no prazo de 6 semanas a contar da data em que o pedido lhe foi apresentado, o requerente ou a Autoridade Central do Estado requerido, por sua própria iniciativa ou a pedido da Autoridade Central do Estado requerente, poderá solicitar uma declaração sobre as razões da demora. Se for a Autoridade Central do Estado requerido a receber a resposta, esta autoridade deverá transmiti-la à Autoridade Central do Estado requerente ou, se for o caso, ao próprio requerente.

43 Artigo 12 Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. A autoridade judicial ou administrativa respectiva, mesmo após expirado o período de 1 ano referido no parágrafo anterior, deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra

Além disso, a exceção do retorno exige a comprovação de que o detentor da guarda não exerceu adequadamente seu direito ou que a criança corre risco grave de sofrer violência física e/ou psíquica no retorno (art. 13, alíneas a e b da CH-80⁴⁴). A complexidade fática desses casos, somada à urgência, torna a cooperação entre as jurisdições essencial para garantir decisões rápidas e eficazes.

Em 1998, durante o Seminário Judicial sobre a Proteção de Crianças, em Ruwenberg, foi discutida e aprovada a criação de uma rede internacional de juízes para facilitar a comunicação direta, sobretudo em matéria de direito de família⁴⁵. Posteriormente, durante a Quinta Reunião da Comissão Especial de Revisão da Convenção da Haia relativa à Subtração Internacional de Crianças, foi instituída a Rede Internacional de Juízes da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado⁴⁶, composta por juízes dos Estados Contratantes da CH-80. Essa iniciativa levou ao desenvolvimento dos Princípios Gerais das Comunicações Judiciais⁴⁷, que regulam

integrada no seu novo meio. Quando a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido tiver razões para crer que a criança tenha sido levada para outro Estado, poderá suspender o processo ou rejeitar o pedido para o retorno da criança.

44 Artigo 13 Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável.

45 SIFUENTES, Mônica. O projeto da Conferência da Haia para as Comunicações Judiciais Diretas. *Revista CEJ*, Brasília, n. 57, p. 53-56, maio/ago 2012, p. 54.

46 CAMPOS NETO, Carlos Walter Marinho. *Interpretação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 117-118.

47 CONFERÊNCIA DA HAIA. Direct Judicial Communications - Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General Principles for Judicial Communication, 2013. Dispo-

a comunicação direta entre juízes em matéria de subtração internacional de crianças.

A comunicação direta tem se mostrado uma ferramenta eficaz, pois, conforme constatado durante a referida reunião, ela reduz a duração dos processos de retorno de crianças e aprimora a implementação da CH-80, facilitando a troca de experiências e informações entre os juízes⁴⁸. Para apoiar essa comunicação, o Secretariado Permanente da HCCH criou, em 1999, o banco de dados Incadat, que reúne jurisprudências e acórdãos para facilitar a interpretação e aplicação da convenção pelos Estados Contratantes⁴⁹.

Em 2013, foi publicado o Guia referente aos Princípios Gerais da Comunicação Direta, que, estabelece: i) as responsabilidades dos juízes da Rede perante os Tribunais de seus Estados e a Rede, bem como perante as Autoridades Centrais; ii) o objeto da comunicação⁵⁰; e iii) a forma da comunicação, que deverá ser por escrito, gravada e disponibilizada às partes⁵¹.

nível em <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6024&dtid=3>>. Acesso em 10 nov. 2023.

48 SIFUENTES, *op. cit.*, p. 54.

49 CAMPOS NETO, *op. cit.*, p. 117.

50 Trata-se de rol exemplificativo, conforme indicado no próprio texto: Podem ser objeto de comunicações judiciais, por exemplo: a. O ajuizamento do caso na jurisdição estrangeira: i) Decisões provisórias; ii) audiência prévia; b. Estabelecer medidas de proteção da criança ou do progenitor no Estado de regresso e, quando necessário, estabelecer medidas no Estado onde a criança se encontra, antes do regresso; c. Verificar se o Estado estrangeiro pode aceitar e executar decisões do Estado de origem; d. Verificar se o Estado estrangeiro pode emitir decisões não conflituantes; e. Confirmar que medidas foram tomadas pelo Estado estrangeiro; f. Verificar se existem queixas/condenações por violência doméstica no Estado estrangeiro; g. Verificar se a transferência da jurisdição não será mais apropriada.

51 CONFERÊNCIA DA HAIA. Direct Judicial Communications - Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General Principles for Judicial Communication, 2013. Disponível em <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6024&dtid=3>>. Acesso em 10 nov. 2023, p. 11-14.

No Brasil, o juiz de enlace, nomeado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵² para compor a Rede de Juízes de Haia⁵³, atua como intermediador das comunicações diretas entre os juízes solicitantes e os requeridos. Embora o guia permita a comunicação em jurisdições que não façam parte da Rede, desde que sigam os requisitos estabelecidos, a aplicação prática dessas comunicações no Brasil ainda enfrenta desafios, principalmente devido à falta de clareza procedimental e à pouca utilização da ferramenta.

Em razão dessas dificuldades, tanto a convenção quanto o guia foram objeto de debate no Brasil. Isso culminou na edição da Resolução nº 449/2022 do CNJ, que criou um procedimento específico para tramitar os processos de restituição de crianças. Entre as inovações, destacam-se a previsão de audiência de mediação em até 30 dias (art. 10, III), a limitação da matéria de defesa (art. 12) e a delimitação da produção de provas periciais até a audiência de instrução e julgamento (art. 14, §4º), que não poderá ser adiada, salvo por motivo de força maior (art. 15)⁵⁴.

A esse respeito, a Corregedora Nacional de Justiça destacou, em suas palavras, a importância de uma legislação mais específica para casos de subtração internacional:

52 Art. 26. A Presidência do Supremo Tribunal Federal designará um juiz coordenador e juízes de enlace para a Convenção da Haia de 1980 entre os juízes de cada um dos Tribunais Regionais Federais.

53 A composição atual dos juízes de Enlace que compõe a Rede de Haia são: Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama (TRF2) - coordenador; Desembargadora Federal Daniele Maranhão (TRF1); Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho (TRF2); Desembargadora Federal Inês Virgínia Prado Soares (TRF3); Desembargador Federal Fernando Quadros (TRF4); Desembargador Federal Rogério Fialho (TRF5) e; Desembargador Federal Pedro Felipe (TRF6). Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/institucional/juiz-de-enlace-do-tribunal/composicao/>>. Acesso em 01 out. 2024.

54 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n. 452, de 16 de março de 2022. Dispõe sobre os procedimentos para a cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2024.

A despeito de a Convenção ter entrado em vigor no ano de 2000, ainda há um vácuo legal-normativo sobre o tema. [...] Em termos de processo, não temos nada mais específico. Usamos a legislação processual geral para o sequestro e a retenção, interno ou internacional. Contudo, essa legislação é insuficiente, não há uma lei interna que complemente com eficiência o tratado, estabelecendo procedimentos internos, por exemplo. [...] O juiz, inadvertidamente, permite a produção de provas quanto à adaptação, o que atrasa a conclusão do processo. Quando a prova termina de ser produzida e a causa finalmente amadurece para julgamento, aí sim a criança está plenamente adaptada ao Brasil. Nesse momento, qualquer sentença – de retorno ou de permanência – será uma sentença ruim. O desenvolvimento da criança e o direito do pai ou mãe que foi deixado para trás estão irremediavelmente prejudicados⁵⁵.

No entanto, apesar dessas melhorias, a regulamentação sobre comunicação direta nos casos de subtração internacional de crianças no Brasil ainda é insuficiente. Embora a figura do juiz de enlace tenha sido mantida (art. 26 da Resolução nº 449/2022), como previsto no Guia dos Princípios Gerais da Comunicação Direta, não houve um avanço significativo na definição de como essas comunicações devem ser realizadas. Isso difere do tratamento dado à comunicação direta em casos de insolvência transnacional, que recebeu uma regulamentação mais detalhada e efetiva.

AS REGRAS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA NACIONAL APLICADAS ÀS COMUNICAÇÕES DIRETAS NOS CASOS DE SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

A comunicação direta judicial para os casos de subtração internacional de crianças é um mecanismo simples, mas que ainda carece de maior regulamentação legislativa no Brasil. Essa

55 CNJ. Ato Normativo nº. 0000904-78.2022.2.00.0000. Plenário, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 22/03/2022, p. 2-3.

lacuna foi destacada nos Documentos Preliminares 05⁵⁶ e 08, publicados após a 8ª Reunião da Comissão Especial da Convenção da Haia de 1980. Esses documentos ressaltam a necessidade de os Estados Membros observarem suas legislações domésticas sobre comunicações judiciais, com o objetivo de fortalecer e expandir a Rede Internacional de Juízes da HCCH⁵⁷.

Seguindo essas diretrizes, diversos Estados Membros da CH-80 adaptaram suas legislações. Na Argentina, por exemplo, o *Acuerdo Reglamentario nº 1055, série A*, da Suprema Corte da Província de Córdoba, juntamente com o Código Civil e Comercial, passou a regular as comunicações diretas entre magistrados. Outros países, como Uruguai, Equador, Nicarágua, Estados Unidos e Suíça também introduziram alterações legislativas que validaram e deram eficácia às comunicações diretas em seus territórios. O Brasil, por outro lado, não se manifestou em nenhum dos documentos disponibilizados, deixando essa questão sem regulamentação específica⁵⁸.

56 CONFERÊNCIA DA HAIA. *Document to inform lawyers and judges about direct judicial communications, in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges*, (Prel. Doc. n05), 2023. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/b4c429a6-8c9b-462c-9e9e-fb721c215c0c.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 6.

57 “As was concluded at the Sixth Meeting of the Special Commission, consideration may be given, in the future, to the inclusion of a legal basis for direct judicial communications in a relevant HCCH Convention. In the meantime, the Permanent Bureau will continue promoting the use of the General Principles, encouraging the strengthening and expansion of the IHNJ, and keeping an inventory of domestic legalbases relating to direct judicial communications”. In: CONFERÊNCIA DA HAIA. *Information on the legal basis for direct judicial communications within the context of the International Hague Network of Judges (IHNJ)* (Prel. Doc. N08), 2023. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/60220417-5071-4479-8c87-7fb6d2be65a9.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2024, p. 3.

58 CONFERÊNCIA DA HAIA. *Information on the legal basis for direct judicial communications within the context of the International Hague Network of Judges (IHNJ)* (Prel. Doc. N08), 2023. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/60220417-5071-4479-8c87-7fb6d2be65a9.pdf>>. Acesso em 15 jan. 2024, p. 7, 11-12.

A ausência de normas que disciplinem a comunicação direta nos casos de subtração internacional pode trazer impactos consideráveis ao andamento dos processos. Por exemplo, se o objetivo da comunicação for a intimação de uma testemunha ou a produção de prova no exterior, pode-se aplicar as regras da Convenção de Haia Relativa à Citação, Intimação e Notificação no Estrangeiro de Documentos Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil e Comercial (Decreto nº 9.734/2019)⁵⁹ ou da Convenção de Haia sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (Decreto nº 9.039/2017)⁶⁰. No entanto, essa abordagem pode ser lenta e burocrática, levando a questionamentos sobre a possibilidade de utilizar a comunicação direta como uma alternativa mais eficiente.

Com base no critério de especialidade estabelecido pelo art. 13 do CPC e no princípio do melhor interesse da criança, que orienta os processos de restituição, o uso das comunicações diretas parece ser mais adequado. Esse mecanismo permite uma interação célere e simplificada entre autoridades judiciais de diferentes países, o que é essencial em casos de subtração de crianças, onde a urgência é crucial. Quanto mais tempo uma criança permanece fora de seu local de residência habitual, maior é a chance de adaptação ao novo ambiente, o que pode dificultar o retorno.

O princípio do melhor interesse da criança, consagrado tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto em normas internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 3.1)⁶¹, exige

59 Artigo 3º A autoridade ou agente judiciário competente, de acordo com a legislação do Estado de origem dos documentos, encaminhará à Autoridade Central do Estado requerido uma solicitação de acordo com o modelo anexo à presente Convenção, sem a necessidade de qualquer legalização dos documentos ou de outra formalidade equivalente. O documento objeto da citação, intimação ou notificação, ou a sua cópia, deverá ser anexado à solicitação. A solicitação, assim como tal documento, deverá ser fornecida em duplicata.

60 Segundo a Convenção as provas obtidas no Estrangeiro poderão ser solicitadas por meio de Carta Rogatória (art. 1º) ou por meio da representação diplomática, por agentes consulares ou comissários (art. 15).

61 Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por institui-

que as decisões judiciais nesses casos sejam tomadas com rapidez e eficiência. A comunicação direta entre juízes pode facilitar essa celeridade, permitindo a coordenação ágil entre autoridades judiciais, agilizando a coleta de provas, o compartilhamento de informações e a definição sobre a guarda e residência da criança. Apesar disso, na prática, nota-se uma preferência por instrumentos mais tradicionais de cooperação, como o auxílio direto e a carta rogatória⁶².

Diante da ausência de regulamentação específica sobre a comunicação direta nos casos de subtração, o Brasil precisa avançar em dois eixos principais: regulamentação e fortalecimento institucional. Primeiramente, é necessário criar uma norma específica para disciplinar a comunicação direta nesses casos, possivelmente seguindo os moldes da legislação já aplicada à insolvência transnacional. Tal regulamentação traria maior segurança jurídica e eficiência processual, fatores cruciais em processos que envolvem o bem-estar de crianças.

Em segundo lugar, o papel do juiz de enlace, previsto na Resolução nº 449/2022 do CNJ, deveria ser fortalecido. Esse magistrado poderia atuar como facilitador das comunicações entre jurisdições, assegurando que o procedimento respeite as diretrizes estabelecidas e garantindo transparência e equilíbrio entre as partes. Seria recomendável que o CNJ desenvolvesse guias práticos ou protocolos que padronizassem as comunicações

ções públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.

62 No ano de 2023, o Superior Tribunal de Justiça analisou pedidos de cooperação jurídica internacional na matéria de subtração internacional de menores (AREsp nº. 2190904/RS e .CR nº. 18334) No AREsp nº. 2190904/RS, o Relator Ministro Mauro Campbell Marques assim proferiu: “É cabível o acolhimento do pedido de auxílio direto como espécie de cooperação jurídica internacional no âmbito da aplicação dos termos da Convenção de Haia de 1980, internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 3.413/00, uma vez que se afigura o instrumento apto a assegurar os objetivos daquele documento”. Não houve, porém, nenhuma menção à possibilidade de comunicação direta.

diretas, incentivando sua utilização nacionalmente, e fornecendo modelos de comunicação, além de orientações claras sobre documentação e prazos.

Embora falte uma regulamentação específica, o ordenamento jurídico brasileiro já dispõe de mecanismos que podem ser adaptados para suprir a lacuna, como os atos concertados, regulados pela Resolução nº 350/2020 do CNJ e mencionados anteriormente. Esses atos têm se mostrado eficazes na cooperação entre magistrados de diferentes jurisdições, baseando-se nos princípios da celeridade e simplicidade — características centrais das comunicações diretas.

A aplicação desses atos encontra respaldo no art. 13 do CPC, que permite a utilização de regras processuais gerais quando não houver legislação específica. Esse entendimento é compartilhado pela Comissão Especial da Conferência da Haia, conforme já discutido. Tanto as comunicações diretas quanto os atos consertados compartilham várias similaridades: ambos priorizam a comunicação célere e eficiente entre órgãos jurisdicionais e exigem formalidades semelhantes, como o registro por escrito da comunicação (art. 11, §1º da Resolução nº 350/2020 do CNJ). A participação do juiz de enlace nas comunicações diretas e do Magistrado de Cooperação nos atos concertados também é uma característica comum, sendo essa última facultativa (art. 10 da Resolução nº 350/2020 do CNJ).

O objeto da cooperação nacional e internacional também é semelhante, conforme se observa na leitura do art. 27, *caput* e incisos I a VI, e no art. 69, §2º, incisos I a VII do CPC. Portanto, as bases já estabelecidas para os atos concertados são uma ferramenta valiosa para auxiliar os magistrados brasileiros e os juízes de enlace na preparação de comunicações diretas, utilizando os modelos disponíveis na Resolução nº 350 do CNJ. Além disso, a criação de um arcabouço normativo claro e específico para as comunicações diretas nos casos de subtração internacional de crianças é essencial para garantir maior celeridade, eficiência e segurança jurídica, permitindo que o Brasil adote as boas práticas internacionais.

CONCLUSÃO

O princípio da cooperação, corolário do princípio do contraditório participativo, transformou substancialmente a dinâmica de comunicação entre os sujeitos processuais, especialmente no modelo processual cooperativo. A função do magistrado também passou por mudanças significativas, adotando um papel mais horizontalizado na condução do processo, permitindo com que as partes tenham suas alegações devidamente compreendidas, o que garante que as alegações das partes sejam devidamente compreendidas, ainda que não acolhidas na decisão.

Além disso, aliado ao princípio da eficiência, o CPC trouxe mudanças importantes à cooperação jurídica nacional, privilegiando a eficiência dos atos e flexibilizando a rigidez da forma. No entanto, embora a Cooperação Jurídica Internacional tenha sofrido impactos com a entrada em vigor do CPC/2015, esses foram menos expressivos, já que instrumentos como a comunicação direta não foram formalmente incluídos no texto do Código, apesar de sua previsão em *soft laws* anteriores à sua edição.

A introdução da comunicação direta no ordenamento jurídico brasileiro se deu inicialmente através de *soft law* e, posteriormente, foi regulamentada em legislações específicas e por Resoluções do CNJ. No entanto, essa regulamentação mais detalhada focou apenas nos casos de insolvência transnacional. Nos casos de subtração internacional de crianças, a comunicação direta ainda carece de regulamentação legislativa mais clara e de uma maior compreensão de sua aplicação, o que parece justificar sua pouca utilização pelos tribunais⁶³.

A aplicação das regras referentes aos atos concertados, previstas no art. 69, §2º do CPC e na Resolução nº 350/2020 do CNJ,

63 Até o momento da realização desta pesquisa, não foram identificados precedentes nas bases de jurisprudência do STJ, TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5 que mencionem o uso da comunicação direta como instrumento de cooperação jurídica internacional em casos de subtração internacional de crianças.

pode servir como um recurso valioso para orientar os magistrados no uso da comunicação direta. Contudo, essa solução, embora útil, não elimina a necessidade de uma legislação específica que regule adequadamente a comunicação direta nos casos de subtração, sendo, portanto, uma medida paliativa e não definitiva.

A pesquisa confirma que, apesar de avanços regulatórios, a comunicação direta nos casos de subtração internacional de crianças carece de um desenvolvimento normativo mais robusto, limitando sua efetividade. A hipótese de que as regras de cooperação jurídica nacional poderiam servir como diretriz provisória foi confirmada, demonstrando que elas podem preencher as lacunas atuais, mas não substituem a necessidade de uma regulamentação própria e específica.

Esta pesquisa oferece uma contribuição significativa para o debate sobre Cooperação Jurídica Internacional, ao propor uma solução temporária com base nas normas de cooperação nacional, enquanto evidencia a necessidade de maior clareza legislativa. Essa abordagem pode auxiliar a Justiça a agir com maior celeridade e segurança jurídica nos casos de subtração internacional de crianças, promovendo uma melhor proteção dos direitos da criança e das partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

- ALBORNOZ, Maria Mercedes; PAREDES, Sebastián. No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities. *Journal of Private International Law*, v. 17, n. 2, 2021.
- ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. *Revista de Processo*, n. 304, p. 17-37, 2020.
- BECUE, Sabrina Maria Fadel. Insolvência Transnacional e a necessidade de cooperação entre tribunais como resposta

- aos novos desafios regulatórios. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador*, v. 16, p. 143-176, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n. 452, de 16 de março de 2022. Dispõe sobre os procedimentos para a cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2024.
- BRASIL. Decreto n. 3.413, de 14 de abril de 2000. Dispõe sobre a promulgação da Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na Haia, em 25 de outubro de 1980. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 abr. 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm>. Acesso em: 01 out. 2024.
- CAMPOS NETO, Carlos Walter Marinho. *Interpretação da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- CAMPOS, Maria Gabriela. *Compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57-111; 153-197.
- CARNEIRO, Cynthia Soares; NAKAMURA, Eliana Miki Tashiro. Sequestro civil de crianças e adolescentes: as famílias transnacionais nos tribunais brasileiros e o avanço da cooperação jurídica internacional. *Revista dos Tribunais*, v. 962, p. 105-128, 2015.
- CNJ. Ato Normativo nº 0000904-78.2022.2.00.0000. Plenário, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 22/03/2022.
- CONFERÊNCIA DA HAIA. Direct Judicial Communications - Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General

- Principles for Judicial Communication, 2013. Disponível em: <<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6024&dtid=3>>. Acesso em: 10 nov. 2023.
- CONFERÊNCIA DA HAIA. Document to inform lawyers and judges about direct judicial communications, in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges, (Prel. Doc. n. 5), 2023. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/b4c429a6-8c9b-462c-9e9e-fb721c215c0c.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2024.
- CONFERÊNCIA DA HAIA. Information on the legal basis for direct judicial communications within the context of the International Hague Network of Judges (IHNJ) (Prel. Doc. n. 8), 2023. Disponível em: <<https://assets.hcch.net/docs/60220417-5071-4479-8c87-7fb6d2be65a9.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2024.
- DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 19-108.
- GOICOECHEA, Ignacio. Nuevos Desarrollos en la Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Comercial. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, ano 4, v. 7, 2016, p. 127-151. Disponível em: <<https://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/191>>. Acesso em: 15 dez. 2023.
- GRINGS, Maria Gabriela. *Tutela jurisdicional e ambiente digital*. 2021. 352 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- LOPES, Inez. A família transnacional e a cooperação jurídica internacional. *Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 83-113.
- MIRANDA, Francisco Javier Forcada. *Las Comunicaciones Judiciales Directas en la Cooperación Jurídica Internacional*. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.

- MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. 206 p. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Fundamentos, estruturas e mecanismos de cooperação jurídica internacional e o Código de Processo Civil Brasileiro. *Caderno Especial - Cooperação Jurídica Internacional, Revista dos Tribunais*, v. 1, p. 37-82, 2018.
- SAMPAIO, Carlos Alberto Vilela. *Mecanismos de cooperação jurídica internacional e sua aplicabilidade no Brasil*. 2018. 195 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- SATIRO, Francisco; BECUE, Sabrina Marina Fedel. Insolvência Transnacional: regime legal e a jurisprudência em formação. *Revista dos Tribunais*, v. 1034, p. 337-355, 2021.
- SIFUENTES, Mônica. O projeto da Conferência da Haia para as Comunicações Judiciais Diretas. *Revista CEJ*, Brasília, n. 57, p. 53-56, maio/ago 2012.
- SILVA, Arternira da; MADEIRA, João Bruno Farias. O sequestro internacional de crianças e a proteção aos interesses do menor: a integração da criança a novo meio como exceção à aplicação da Convenção da Haia de 1980. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1647/2132>>. Acesso em: 01 out. 2024.
- TIBURCIO, Carmem. The current practice of international co-operation in civil matters. *Collected Courses of International Law*, Haia, 2018, p. 53-75.
- WESTBROOK, Jay Lawrence. The Lessons of Maxwell Communication. *Fordham Law Review*, 1996, p. 2531-2541.

ZANETI Jr., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr.* Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 142-153.

COMPETÊNCIA CONCRETAMENTE ADEQUADA E BOA-FÉ PROCESSUAL: CONTROLE DO ABUSO DO *FORUM* *SHOPPING*

Pothyara Bastos de Araújo¹

Ketilley Christine Boecke da Silva²

Tiago Figueiredo Gonçalves³

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema central a competência adequada no processo civil, com enfoque em como o princípio da boa-fé processual pode ser impactado pelo abuso do *forum shopping*. O estudo busca analisar a aplicação dos princípios do *forum non conveniens* e da competência adequada no direito processual civil brasileiro, com especial atenção às situações de

1 Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogada.

2 Mestranda em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pesquisadora do LABCODEX (UFES/CNPq). Bolsista FAPES em projeto vinculado ao programa Mulheres na Ciência.

3 Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor do Curso de Direito da FUCAPE – *Business School*. Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Direito Processual em Evolução: *Sapere Aude*” (UFES/CNPq). Advogado. E-mail: tiago.goncalves@ufes.br.

competência concorrente, nas quais, diante da existência de mais de um foro abstratamente competente, ao demandante é dada a escolha estratégica do foro mais conveniente. Essa prática, quando abusiva, pode gerar distorções processuais e prejudicar o réu, comprometendo a integridade do princípio da boa-fé.

A problemática que orienta a pesquisa gravita em torno do uso indevido do *forum shopping*, e em que medida tal conduta pode implicar violação ao princípio da boa-fé processual, em casos de competência concorrente diante dos quais, ao se permitir a escolha de um entre outro(s) foro(s) abstratamente competente(s), promove o autor a escolha de um foro que não se mostre o adequado, na medida em que acarreta posição de desequilíbrio processual em prejuízo ao réu, muito especialmente para o exercício da ampla defesa e do contraditório, ou que implique prejuízo a outros direitos ou garantias fundamentais, entre os quais o direito fundamental à prova, a garantia da duração razoável do processo, da eficiência, e da economia processual. O problema principal que se coloca é: como controlar o abuso do *forum shopping* no processo civil brasileiro, de modo a preservar o princípio da boa-fé processual?

A hipótese sugerida é de que o abuso do *forum shopping* pode ser controlado pela aplicação do princípio do *forum non conveniens*, que permite ao juiz avaliar a conveniência e adequação do foro escolhido, garantindo o respeito às garantias processuais, com ênfase no princípio da boa-fé. Dessa forma, pretende-se demonstrar que o controle judicial adequado pode evitar que a flexibilidade na escolha do foro seja utilizada de maneira abusiva, protegendo tanto a eficiência quanto a equidade no processo. A pesquisa, fundamentada em uma abordagem dedutiva, baseia-se na análise doutrinária e legislativa.

NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural estabelece que o órgão competente para julgar uma causa deve ser definido com base em crité-

rios objetivos, previamente estabelecidos pela Constituição Federal (CF), por leis federais ou por normas de organização judiciária. O juiz natural é aquele que, territorial, objetiva e funcionalmente, está apto a processar e julgar a demanda.⁴ Esse princípio assegura a imparcialidade e a legitimidade do processo, prevenindo interferências arbitrárias na escolha do julgador.

Para garantir a aplicação plena do princípio do juiz natural, a CF prevê mecanismos essenciais, como a inamovibilidade, a imparcialidade e a independência (arts. 5º, LIV e LV e 95, II e parágrafo único da CF). A inamovibilidade, por exemplo, é uma garantia crucial que impede que o magistrado seja transferido para outra comarca ou outro juízo, ainda que por promoção, sem o seu consentimento. Esse dispositivo protege o juiz de pressões externas, assegurando sua autonomia no exercício da função jurisdicional.⁵

No que diz respeito à independência, Piero Calamandrei⁶ faz a distinção entre independência externa e interna. A independência externa assegura a autonomia do Poder Judiciário frente aos demais poderes do Estado, enquanto a independência interna resguarda a liberdade decisória dos magistrados no âmbito do próprio Judiciário.⁷ Essas garantias são essenciais para que o juiz natural atue de forma isenta e imparcial.

Gustavo Badaró reforça a importância do princípio do juiz natural ao afirmar que ele está diretamente ligado à garantia de independência judicial. Previsto no art. 5º, inciso LIII, da CF, o princípio estabelece que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, o que visa evitar qualquer discricionariedade na escolha do juiz.⁸ Esse princípio é sustentado pelos concei-

4 BADARÓ, Gustavo. *A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 112/115, p. 165-188, jan./fev. 2015.

5 *Id.*, *ibid.*

6 “*Senza indipendenza dei giudici non è possibile giustizia*”. Tradução nossa: “Sem a independência dos juízes, não é possível justiça”.

7 BADARÓ, *op. cit.*

8 *Id.*, *ibid.*

tos de tipicidade e indisponibilidade: a competência deve ser determinada previamente em lei (tipicidade), e não pode ser transferida para outro julgador de maneira arbitrária (indisponibilidade).⁹

Figueiredo Dias complementa ao apontar que a tipicidade, como elemento integrante da garantia do juiz natural, exige que cada fato seja julgado por um único juiz ou tribunal previamente designado.¹⁰ Dessa forma, a Lei é quem define o órgão competente para processar e julgar a ação, eliminando a possibilidade de interferências discricionárias.

Além disso, cabe ao juiz exercer seu dever de controle e correção de eventuais vícios processuais, conforme o art. 139, IX, do Código de Processo Civil (CPC). No sistema brasileiro, a incompetência absoluta deve ser reconhecida *ex officio* pelo juiz (art. 64, §1º, do CPC), mas apenas após ouvir as partes envolvidas, em conformidade com os arts. 9º e 10 do CPC.¹¹ Essa abordagem assegura que a correção de falhas ocorra de maneira justa e respeitosa às garantias processuais.

Com efeito, o princípio do juiz natural, fundamentado nos conceitos de tipicidade, independência e indisponibilidade, assegura que a escolha do magistrado competente seja feita de forma objetiva, em conformidade com a lei, impedindo que o juiz seja “escolhido” arbitrariamente para julgar um caso. Isso preserva a integridade do sistema processual e a confiança das partes no devido processo legal.

9 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador, BA: JusPodvim, 2019, p. 241.

10 DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1, p. 329.

11 HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Controle de competência adequada no processo civil*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2018, p. 64.

A COMPETÊNCIA CONCORRENTE E O EXERCÍCIO DO FORUM SHOPPING

A competência concorrente, que se caracteriza pela possibilidade de dois ou mais juízos serem competentes para julgar uma mesma demanda, levanta a questão do uso abusivo do *forum shopping*. Esse “fato da vida” ocorre quando existem múltiplos foros abstratamente competentes para processar e julgar determinada demanda, de modo que a escolha de um entre os juízos possíveis é direito potestativo da parte autora.¹² Quando não há controle adequado, essa prática pode violar a boa-fé processual, um dos pilares do direito processual civil.

Paula Sarno Braga destaca que, embora a competência concorrente seja simultânea e plural, ela deve ser limitada ao órgão que se mostre concretamente mais competente, considerando as particularidades de cada esfera — seja administrativa, legislativa ou jurisdicional.¹³ A falta, no entanto, de clareza nos critérios para a escolha do foro adequado em situações de competência concorrente abre margem para abusos, especialmente quando há indefinição sobre os parâmetros utilizados.

Ao dispor sobre a competência territorial para o processamento e julgamento de demandas coletivas no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o legislador utiliza o critério do “local do dano” para determinar o foro competente. Marcelo Abelha observa que o espaço geográfico é determinante para definir esta competên-

12 FERREIRA, Gabriela Macedo. *Ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. 2021. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2021, p. 47. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/33386/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.%20Mestrado.%20Gabriela%20Macedo%20Ferreira.%20Com%20ficha%20catalogr%C3%A1fica.pdf>. Acesso em: 01 out. 2024.

13 BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 38, n. 219, p. 20, 2013.

cia.¹⁴ Quando, contudo, o dano assume proporções regionais ou nacionais, surge a dificuldade de delimitar adequadamente esses conceitos, existindo verdadeira “zona de penumbra”.¹⁵ Hermes Zanetti Jr. e Fredie Didier Jr. esclarecem que o dano regional afeta uma das regiões geográficas do país, enquanto o dano nacional abrange um número significativo de comarcas ou mesmo mais de uma região.¹⁶

Essa indefinição pode ser explorada de maneira indevida por litigantes que buscam vantagens processuais, utilizando-se do *forum shopping* para escolher o foro que melhor favoreça seus interesses. Dessa forma, torna-se fundamental a aplicação do princípio da competência adequada, que visa a ajustar o foro escolhido ao caso concreto, assegurando que esta escolha ou concentração não seja manipulada, de forma a comprometer o equilíbrio processual. O controle da boa-fé processual é essencial para evitar que a competência concorrente se torne uma ferramenta de distorção do sistema judicial.

Ao interpretar o art. 93 do CDC¹⁷, é possível perceber que a concentração do foro competente pelo autor advém do comumente denominado *forum shopping*. Conforme Antônio do Passos Cabral, embora o direito de escolha do foro seja legítimo e aconteça mediante uma estratégia de litigância, ele deve ser exercido com moderação para evitar abusos, sendo necessário um controle judicial eficaz para garantir a equidade.¹⁸

14 ABELHA, Marcelo. *Processo civil ambiental*. 4. ed. ver. atual. e ampl. Bahia: Juspodvm, 2016, p. 185-186.

15 VENTURI, Elton. *A competência jurisdicional na tutela coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

16 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

17 Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

18 CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, de-*

O *forum shopping* pode ocorrer tanto em âmbito doméstico quanto transnacional. Christopher Whytock explica que, em um contexto doméstico, a escolha se dá dentro de um único país, enquanto no cenário transnacional, o demandante pode optar entre jurisdições de diferentes nações. As variações entre os sistemas jurídicos disponíveis podem influenciar significativamente o resultado do litígio, o que incentiva os demandantes a buscarem o foro que lhes seja mais favorável.¹⁹

Conquanto o *forum shopping* tenha uma rotulação negativa, é importante ressaltar que o direito de concentração do foro é previsto pelo sistema de competências, e é válido em princípio. O problema, no entanto, surge quando esse direito é exercido de forma abusiva, extrapolando os limites legítimos e violando as garantias processuais.²⁰ Para mitigar esses problemas, o conceito de *forum non conveniens* foi introduzido como um mecanismo de controle, que será abordado no próximo capítulo. Esse princípio visa a equilibrar a liberdade de escolha do demandante com os preceitos de boa-fé e eficiência processual, garantindo um processo mais justo e equilibrado.

A COMPETÊNCIA ADEQUADA, O *FORUM NON CONVENIENS* E A BOA-FÉ PROCESSUAL

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC), trouxe alterações que reforçam o princípio da competência adequada, inclusive através da positivação do princípio da eficiência (art. 8º)²¹, que anteriormente era respaldado pelo conceito de devido processo legal.

legação e coordenação de competências no processo civil. 2017. 792 f. Tese (Provisório do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 372.

19 WHYTOCK, Christopher A. *The evolving forum shopping system*. *Cornell Law Review* (forthcoming), v. 96, 2010-2011. Draft: 21 abr. 2010, p. 482. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596280. Acesso em: 02 out. 2024.

20 BRAGA. Competência adequada, *op. cit.*, p. 20.

21 Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e

Segundo Eduardo L. Cavalcanti Campos, o termo “eficiência” geralmente remete a um conceito econômico, focado na maximização da produção com os recursos disponíveis ou na utilização do mínimo possível desses recursos para atingir o resultado desejado.²²

Por outro lado, há doutrinadores que distinguem a economia processual da eficiência processual. Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara ensina que o princípio da economia processual legitima a adoção de institutos como o litisconsórcio passivo, a cumulação objetiva de demandas e a denunciação da lide. Tais mecanismos encurtam o andamento processual, economizando tempo e recursos, e visam à maximização de resultados no processo.²³

Fredie Didier Jr. complementa essa visão ao afirmar que o princípio da eficiência impõe ao órgão jurisdicional o dever de adaptar, ou “arquitetar”, conforme a expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, as regras processuais às especificidades do caso. Enquanto, contudo, a adequação compreenda uma característica das regras e do procedimento, a eficiência é uma qualidade atribuída ao procedimento considerado em seu todo.²⁴

Nesse contexto, o *forum non conveniens* surge como um princípio que concede ao juiz a faculdade de afastar sua competência a partir da análise do caso concreto, sob o fundamento de que existe um foro mais adequado para julgá-lo. Esse foro, por exemplo, pode ser considerado mais apropriado pela análise processual (onde há maior facilidade para a apuração das provas), pelo aspecto subjetivo das partes (domicílio do réu) ou pela facilidade de

às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

22 CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://attenu.ufpe.br/bitstream/123456789/25191/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Eduardo%20Luiz%20Cavalcanti%20Campos.pdf>. Acesso em: 02 out. 2024.

23 DIDIER JR, Curso de Direito Processual Civil, *op. cit.*, p. 131-132.

24 *Id.*, *ibid.*

execução (quando, por exemplo, os bens do executado se encontram em outro Estado).²⁵

Segundo Gabriela Macedo Ferreira, a doutrina do *forum non conveniens* “confere ao juízo originariamente competente a aptidão de declinar de sua competência, devidamente atribuída [...], em favor de outro juízo que se mostre mais apropriado para processar e julgar a demanda diante das circunstâncias do caso concreto”. Trata-se, portanto, de um juízo de adequação da competência *in concreto*, na medida em que o julgador examina a incidência das normas de competência e controla os efeitos da escolha do foro pelo autor.²⁶

Quando se fala em competência adequada, a boa-fé processual emerge como um fio condutor indispensável. A boa-fé processual, como observa Ravi Peixoto, é o critério mais comum para a aplicação do *forum non conveniens*, e em alguns ordenamentos jurídicos, como na Austrália, apresenta-se como o único parâmetro para controlar a competência. Esse princípio, positivado no CPC, exige que todas as partes envolvidas no processo ajam de forma honesta e leal, respeitando os direitos processuais das partes contrárias e do próprio sistema judicial.²⁷

O *forum shopping* pode ser uma ameaça direta à boa-fé processual. O desvio do princípio da competência adequada, que busca garantir que o foro esteja relacionado aos fatos, às partes e às provas do caso, não pode ser tolerado quando sua finalidade é distorcida para beneficiar uma das partes em detrimento da outra.

25 MAZOLLA, Maria A. *Forum non conveniens and foreign plaintiffs: addressing the unanswered questions of Reyno*. *Fordham International Law Journal*, v. 6, p. 579, 1982. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol6/iss3/8/>. Acesso em: 01 out. 2024.

26 FERREIRA, Ato concertado entre juízes cooperantes, *op. cit.*, p. 49.

27 PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 279, p. 381-415, maio 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36531144/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_civil_brasileiro_limites_e_possibilidade. Acesso em: 02 out. 2024.

Quando isso ocorre, cabe ao juiz intervir, aplicando o *forum non conveniens* para rejeitar o foro escolhido e remeter a causa ao juízo mais apropriado.²⁸

Antônio do Passo Cabral ressalta que o controle sobre a boa-fé processual deve ser exercido desde o início do processo, no momento da escolha do foro. Isso evita que o réu seja levado a um foro inadequado ou desfavorável à sua defesa. Esse controle vai além de uma análise meramente formal, devendo ser substancial, visando a garantir que a escolha do foro preserve o equilíbrio entre as partes.²⁹ Daniel Mitidiero destaca que o dever de boa-fé é uma norma fundamental do processo civil, aplicável a todos os envolvidos — partes, advogados, juízes e outros participantes.³⁰

O direito de escolha do foro, embora legítimo, deve sempre ser exercido de forma compatível com a boa-fé e a lealdade processual. A escolha abusiva do foro — seja por fragmentação estratégica de demandas ou por expedientes protelatórios — viola esses princípios e compromete a integridade do processo. Chaim Perelman argumenta que a boa-fé processual é um “bem jurídico-cultural operativo”, fundamental para manter a confiança no sistema processual. Ela atua como um princípio interpretativo que assegura a aplicação equilibrada das normas processuais.³¹

Nesse sentido, a boa-fé objetiva exige que a escolha do foro seja feita com base em critérios legítimos e não com o intuito de manipular o processo em benefício de uma das partes. Ao decidir sobre a competência, o juiz deve avaliar a boa-fé da escolha do foro,

28 BENEDUZI, Renato Resende. *Forum non conveniens*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC: doutrina selecionada. Parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 1, p. 799-818.

29 CABRAL, *op. cit.*.

30 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. In: HARTMANN, Guilherme Kronem. *Controle da competência adequada no processo civil*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 110

31 PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 424.

assegurando que ela não prejudique o equilíbrio processual ou a defesa do réu.³² Quando há indícios de *forum shopping* abusivo, o *forum non conveniens* oferece ao juiz a flexibilidade necessária para ajustar a competência e garantir um processo justo.

Nelson Nery Jr. destaca que a boa-fé objetiva impõe o cumprimento de deveres de cooperação, transparência e prevenção de surpresas indevidas.³³ Assim, o controle do *forum shopping* deve assegurar que a escolha do foro seja feita com base em critérios legítimos, respeitando a integridade e a equidade do processo. A boa-fé objetiva, aplicada em conjunto com o *forum non conveniens*, reforça o papel do juiz em garantir que a competência adequada prevaleça, impedindo o uso abusivo do direito processual.

Para Cabral, o enquadramento principiológico do sistema de competências entre eficiência e garantias faz com que, em vez de perguntarmos “quem decide”, devamos investigar “quem decidiria melhor a luz de todos os princípios envolvidos”.³⁴

Em conclusão, o *forum non conveniens* e a competência adequada caminham juntos na busca por uma jurisdição justa e eficiente, protegida pelos princípios da boa-fé processual. O *forum non conveniens* atua como um mecanismo de controle, assegurando que o foro escolhido seja o mais adequado para o caso, enquanto a boa-fé objetiva garante que as partes ajam com lealdade e respeito ao devido processo legal. Dessa forma, a combinação desses princípios assegura a integridade do processo e a preservação dos direitos de todas as partes envolvidas.

32 SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 86.

33 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 16^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. In: HARTMANN, Guilherme Kronem. *Controle da competência adequada no processo civil*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 98.

34 CABRAL, Juiz natural e eficiência processual, *op. cit.*

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou investigar os efeitos do abuso do *forum shopping* no direito processual civil brasileiro, especialmente no contexto da competência concorrente, e como o princípio da boa-fé processual pode ser comprometido quando o demandante escolhe estrategicamente o foro mais conveniente. O estudo revelou que essa prática abusiva pode gerar desequilíbrios no processo, prejudicando a defesa do réu e comprometendo a equidade do julgamento. Dessa forma, o uso descontrolado do *forum shopping* se apresenta como uma ameaça à integridade do sistema processual.

Os resultados obtidos demonstram que a hipótese sugerida no início da pesquisa está correta: o abuso do *forum shopping* pode ser eficazmente controlado pela aplicação do princípio do *forum non conveniens*. Esse princípio confere ao juiz a capacidade de avaliar se o foro escolhido pelo demandante é o mais adequado para o julgamento da causa, levando em consideração a proximidade das partes, das provas e das circunstâncias fáticas. Ao rejeitar um foro inadequado, o magistrado garante que o processo se desenvolva de maneira justa e eficiente.

Além disso, o estudo revelou que o *forum non conveniens* atua como um mecanismo fundamental para assegurar a aplicação da competência adequada, ajustando o foro ao caso concreto, conforme os critérios de boa-fé processual. Esse controle judicial evita que a flexibilidade permitida pelo sistema de competência seja utilizada de maneira abusiva, protegendo tanto o equilíbrio do processo quanto os direitos constitucionais das partes envolvidas. O controle da boa-fé processual, nesse sentido, é essencial para preservar a confiança no sistema jurídico.

Outro ponto relevante abordado pela pesquisa é a interligação entre os princípios da competência adequada e o juiz natural. Ao aplicar o *forum non conveniens*, o juiz também reforça a garantia de que a escolha do foro deve respeitar critérios previamente estabelecidos

por lei, evitando qualquer interferência arbitrária ou discricionária na definição do juízo competente. Assim, a combinação desses princípios fortalece a imparcialidade e a legitimidade do processo.

Em conclusão, a pesquisa busca contribuir para o avanço da ciência jurídica, ao propor uma reflexão sobre o papel do *forum non conveniens* como ferramenta indispensável no combate ao abuso do *forum shopping*. A aplicação deste princípio, aliada à boa-fé processual, garante que o processo civil brasileiro permaneça equilibrado, justo e eficiente, promovendo a segurança jurídica e o respeito às garantias constitucionais das partes. Dessa forma, a pesquisa oferece subsídios teóricos para a comunidade jurídica lidar de maneira mais eficaz com os desafios apresentados pela competência concorrente e a escolha do foro.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Processo Civil Ambiental*. 4. ed. ver., atual. e ampl. Bahia: JusPodvm, 2016.
- BADARÓ, Gustavo. *A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112/115, p. 165-188, jan./fev. 2015.
- BENEDUZI, Renato Resende. *Forum non conveniens*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). *Novo CPC: doutrina selecionada. Parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1, p. 799-818.
- BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 38, n. 219, 2013.
- BRAND, Ronald A.; JABLONSKI, Scott. *Forum non conveniens: history, global practice, and future under The Hague Convention on choice of court agreements*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccib>

vil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 01 out. 2024.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. 2017. 792 f. Tese (Provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/25191/1/DISSERTA%C3%87%-C3%83O%20Eduardo%20Luiz%20Cavalcanti%20Campos.pdf>. Acesso em: 01 out. 2024.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 21. ed. Salvador, BA: JusPodivm, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FERREIRA, Gabriela Macedo. *Ato concertado entre juízes cooperantes: esboço de uma teoria para o direito brasileiro*. 2021. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador,

2021. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/33386/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.%20Mestrado.%20Gabriela%20Macedo%20Ferreira.%20Com%20ficha%20catalogo%C3%A1fica..pdf>. Acesso em: 01 out. 2024.
- HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Controle da competência adequada*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- JUENGER, Friedrich K. *Forum non conveniens: who needs it?* In: TARUFFO, Michele (coord.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1998.
- MAZOLLA, Maria A. *Forum non conveniens and foreign plaintiffs: addressing the unanswered questions of Reyno*. *Fordham International Law Journal*, v. 6, 1982. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol6/iss3/8/>. Acesso em: 01 out. 2024.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 279, p. 381-415, maio 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36531144/O_forum_non_conveniens_e_o_processo_civil_brasileiro_limites_e_possibilidade. Acesso em: 01 out. 2024.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- TAVARES, Sara. *A doutrina do forum non conveniens e o processo civil brasileiro*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2011.
- VENTURI, Elton. *A competência jurisdicional na tutela coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- WHYTOCK, Christopher A. *The evolving forum shopping system*. *Cornell Law Review*, v. 96, 2010-2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1596280. Acesso em: 01 out. 2024.

ALÉM DA PUNIÇÃO: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS QUE ENVOLVEM CRIMES SEXUAIS

Ricardo Gueiros Bernardes Dias¹

Hian Gualberto²

Amanda Misael Machado³

INTRODUÇÃO

O modelo processual tradicional, no qual o Estado impõe sua vontade às partes, enfrenta limitações. Apesar de eficaz em alguns casos, esse método pode ser insuficiente, especialmente devido à rigidez dos procedimentos, gerando impactos negativos sobre os envolvidos. Isso aponta para a necessidade de explorar mecanismos alternativos que ofereçam soluções mais adequadas aos conflitos sociais.

1 Pós-Doutorado pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Quadro Permanente da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Atua na área de Direito, com ênfase em Direito e Processo Penal e Direito Constitucional.

2 Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Advogado.

3 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), pós-graduada em Ciências Criminais e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

No contexto de violência sexual de gênero, essas limitações são ainda mais evidentes, uma vez que as causas desses conflitos são históricas e profundamente enraizadas em estruturas sociais como o patriarcado e o machismo, que também permeiam o Poder Judiciário. Dessa forma, o processo tradicional frequentemente capta apenas uma parte superficial do conflito, tornando-se um meio legítimo, mas ineficaz, para resolvê-lo integralmente. A busca por métodos que possam substituir ou complementar o processo tradicional se torna urgente.

Entre os métodos adequados e alternativos ao processo tradicional, a Justiça Restaurativa se destaca como uma possibilidade mais ampla e eficaz, especialmente em contextos em que a indisponibilidade de interesses é tratada de forma absoluta no sistema tradicional. Esse contexto gera questões importantes: o Processo Penal tradicional é capaz de proporcionar uma solução adequada para crimes sexuais? Qual o potencial da Justiça Restaurativa para flexibilizar a noção de indisponibilidade de direitos nesses casos?

Para responder a essas perguntas, o trabalho propõe uma análise das questões jurídicas que contornam a violência sexual e de gênero e a forma como o judiciário reproduz essas desigualdades. Em seguida, examina-se a noção de indisponibilidade de direitos e como ela limita o acesso a métodos alternativos de resolução de conflitos. Por fim, explora-se o conceito e os princípios da Justiça Restaurativa, evidenciando seu papel como um meio viável e necessário para melhorar a prestação jurisdicional, integrando ou até mesmo substituindo o processo tradicional.

VIOLÊNCIA SEXUAL DE GÊNERO

Do ponto de vista do Direito Positivo, a desigualdade formal entre homens e mulheres se mostrava salutar. No Código Civil de 1916 imperava a lógica de submissão feminina à figura do pátrio poder, ou seja, a autoridade incumbida legalmente ao homem de chefiar as relações matrimoniais e familiares. O artigo 233 desse

diploma legal além de coroar o homem como chefe da sociedade conjugal, delega à mulher local de subalternidade, haja vista elencar que sua função seria de colaborar com a chefia masculina.

Ademais, a mulher também não poderia dispor de seus direitos patrimoniais e econômicos, já que caberia ao homem administrar os bens comuns e os bens particulares da mulher⁴. Esses dois exemplos materializam a noção supramencionada de divisão sexual do trabalho e manutenção simbólica do papel masculino e sua influência na sociedade. Ainda, na esfera penal, mesmo a criminalização de determinadas condutas também já se fundou sobre aspectos moralistas de gênero. O crime de estupro, por exemplo, era previsto no capítulo de “crimes contra o costume”, o que denota a despersonalização desse tipo penal. Considerando que as principais vítimas desse crime são mulheres, entender que tal prática fere os costumes da sociedade é, ao mesmo tempo, desconsiderar o dano direto à vítima nesse trágico contexto⁵.

Mudanças substanciais nesses panoramas legais foram obtidas com reformas legislativas e com o advento da nova ordem constitucional brasileira de 1988. O Código Civil de 2002, por exemplo, exclui a figura do “poder pátrio” conferido ao homem e reconhece a igualdade entre os gêneros, já que o homem não exerce, formalmente, esse papel de protagonista nas decisões sobre o patrimônio da mulher ou outras questões afetas a sua individualidade. Além disso, reformas no Código Penal fazem constar que o crime de estupro protege o bem jurídico “dignidade sexual”, o que rompe com o caráter moralista e alheio a materialidade do fato.

4 Neste sentido: Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial

5 ALMEIDA, Heloisa Buarque de. *From shame to visibility: hashtag feminism and sexual violence in Brazil. Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro)*, FapUNIFESP (SciELO) [S.L.], v. 37, n. 33, p. 19-41, dez. 2019.

Ainda no Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) é extremamente relevante para o combate à violência de gênero, principalmente no contexto das relações afetivas. Esse marco legal é responsável por definir e reconhecer as múltiplas formas de violência contra mulher, além de promover acesso a políticas de afastamento do agressor. Apesar de representar um mecanismo importante para mitigar a violência contra mulher, a Lei Maria da Penha recebe diversas críticas no que se refere ao modo de punição do réu, haja vista se pautar numa visão exclusivamente retributiva e pouco ressocializadora e pedagógica⁶ – de modo que as causas estruturais da problemática, como visto no capítulo anterior, se mantêm praticamente incólumes⁷.

Outro importante marco para o combate da violência contra mulher foi a qualificadora incluída no crime de homicídio do artigo 121 do Código Penal. A Lei nº 13.104 de 2015 alterou o parágrafo segundo do referido artigo, e incluiu o inciso sexto neste rol de qualificadoras onde se estabelece um novo mínimo e um novo máximo para a pena do crime. Em 2024, o Projeto de Lei nº 4.266/2023 foi sancionando e, além de definir o “feminicídio” como tipo penal autônomo, ampliou sua pena para até 40 anos de reclusão. Tal tipificação tem diálogo direto com a Lei Maria da Penha, uma vez que os ditames necessários para a subsunção do fato à norma dependem da conceituação dada às “razões de gênero”, como motivadoras para a prática do crime.

Do ponto de vista dos crimes sexuais, a mais recente mudança legislativa foi promovida com a inclusão do tipo penal “importunação sexual”, tipificado no artigo 215-A do Código Penal. Nesse crime, o legislador tipifica violações sexuais de menor gravidade, não antes abarcadas pelos tipos penais existentes.

6 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

7 KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCRIM – ano 14. Nº 168, novembro, 2006.

Recentemente, o Código Penal sofreu outra alteração, por meio da Lei 14.188/2021, e criou-se o Art. 147-B, onde se institui o crime de violência psicológica contra a mulher por razões do sexo feminino. Apesar de possíveis as discussões do ponto de vista prático que essa nova lei pode gerar – haja vista a violência psicológica já estar prevista no art. 7º da Lei Maria Penha – do ponto de vista simbólico⁸ exerce alguma influência na dissuasão da prática delitiva, além de pormenorizar condutas do sujeito ativo do delito com mais precisão, o que demonstra preocupação do legislador em proteger os bens jurídicos envolvidos.

Interessante notar, ainda, que os maiores “avanços” jurídicos em torno da “proteção” da mulher se dão por meio da expansão do Direito Penal, por meio da criminalização de condutas, ou mesmo do enrijecimento dos processos criminais. Vera Andrade, por meio de extensa pesquisa realizada nas Varas Criminais do Fórum de Florianópolis na década de 1980, delineia o fracasso do sistema penal na proteção, prevenção ou reparação dos danos causados à mulheres envolvidas em casos de estupro. Para a autora, o “sistema penal não apenas é estruturalmente incapaz de oferecer alguma proteção à mulher, como a única resposta que está capacitado a acionar – o castigo – é desigualmente distribuído”⁹

Por mais significativos que possam ser esses avanços formais, o Direito Positivo não resolveu a crise de igualdade material que ronda a temática, de modo que, entre avanços e retrocessos, há uma dificuldade para que as mulheres acessem integralmente o sistema judiciário e, quando o fazem, ainda podem sofrer consequências negativas do machismo impregnado nas estruturas das cortes nacionais¹⁰.

8 Em que pese servir para uma finalidade simbólica, críticas contumazes a essa função do Direito Penal são realizadas. Neste sentido, FUZIGER, Rodrigo José. *As Faces de Jano: O Simbolismo no Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014.

9 ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 131.

10 Para Andrade, ao ser impactada pelo sistema de justiça criminal, “além da violência sexual representada por diversas condutas masculinas, a mulher se

A SÍNTESE DA DESIGUALDADE: AUSÊNCIA DE ACESSO À JUSTIÇA DO PONTO DE VISTA SUBSTANCIAL PARA VÍTIMA E AGRESSOR

Mesmo com tais mecanismos legais de distinção de violências, punição e equalização dos papéis de gênero, o número de casos de agressões no Brasil ainda é altíssimo e possivelmente subnotificado, o que reforça a tese de capilarização e camuflagem do patriarcado e do machismo na sociedade atual. Segundo dados do Balanço da Central de Atendimento à Mulher de 2019¹¹, o Brasil registrou mais de um milhão e trezentas mil ligações à Central de Atendimento à Mulher, entretanto, apenas 6,5% destas foram para efetuar denúncias de agressões. O restante dessas chamadas engloba reclamações, disseminação de informações falsas e trotes, o que denota a subnotificação dessas violências.

Outro fator que pode embasar a baixa de denúncias diz respeito ao medo de denunciar, uma vez que, consoante o Relatório “Visível e Invisível” do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2023¹², 66,4% dos autores das violências estão inseridos numa lógica de relacionamento continuado – desse montante, cerca 31,3% são ex-cônjuges, ex-companheiros ou ex-namorados, 26,7% cônjuges, companheiros ou namorados atuais e 8,4% pai ou mãe.

torna vítima da violência institucional plurifacetada do sistema, que expepress e reproduz, por sua vez, dois grandes tipos de violencia estrutural da sociedade: a violência das relações sociais patriarcais (traduzidas na desigualdade de classes) e a violência das relações patriarcais (traduzidas na desigualdade de gênero), recriando estereótipos inerentes a estas duas formas de desigualdade. [...] A passagem da mulher ao longo do controle social formal pelo sistema penal implica, nesta perspectiva, vivenciar toda uma cultura de decriminação, humilhação e estereotipia”. In: ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 131-132.

11 BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. *Balanço 2019: Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher*. Brasília, DF: MMFDH.

12 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 4. ed. [s.l.:s.n.], 2023.

O liame subjetivo que conecta vítima e agressor se torna um obstáculo para denúncias eficientes nos casos de violência contra mulher, já que está inserida numa lógica social de prevalência do gênero masculino e de pouco acolhimento institucional por parte do Estado. Ainda no Relatório “Visível e Invisível” do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2023, 21,1% das mulheres sofrem violência sexual dos seus companheiros ou ex-companheiros (o que representa um montante de 13,6 milhões de mulheres). Importante destacar que, os episódios de violência física ocorrem em patamares muito próximos – cerca de 24,5% dos casos¹³ – o que indica uma crescente e preocupante aproximação dessas violências, sendo que a primeira, em tese, é socialmente mais desaprovada.

Aquelas que conseguem romper essa barreira a fim de ingressar com medidas institucionais e tradicionais para resolução de conflitos, sofrem com um fenômeno denominado de “revitimização”, ou seja, a constante repetição de seu ciclo de violência, já que força a revisitação desse contexto de agressão¹⁴. Esse fenômeno pode ser materializado em diversas fases da instrução processual, de modo que se torna um ônus depender da resposta estatal para solucionar os conflitos cotidianos. Especificamente no judiciário, o processo tradicional é um documento que revela a realidade social vivenciada pelos sujeitos nele envolvidos, não obstante seu caráter formal¹⁵. Quando a realidade social é marcada por traços e cisões de gênero definidos, as laudas dos processos refletem esse cenário.

13 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 4. ed. [s.l.:s.n.], 2023.

14 SILVA, Josiane Alves da. *O processo de revitimização de crianças que vivenciam a violência sexual*. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 15, p. 11-51, janeiro 2016.

15 MATOS, Cristiane Rodrigues Assunção de. *Entre a garantia e a restrição de direitos: a judicialização das situações de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes*. 2013. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 16.

A frieza para lidar com episódios de trauma, especificamente aqueles ligados com as questões de gênero, faz com que a vítima esteja numa posição sensível nas abordagens jurídicas. Em primazia, é preciso destacar que o judiciário brasileiro possui um perfil altamente bem definido, já que é formado majoritariamente por homens, brancos e casados. Segundo dados do levantamento do “Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros de 2018” organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁶, 61% dos juízes titulares, 77% dos desembargadores e 66% dos juízes substitutos são homens, mais de 80% são brancos e 80% deles são casados ou possuem união estável.

Esse panorama social reflete no judiciário métodos de atuação, ideologias e visões de mundo, de modo que, mesmo com a frieza das formas e o suposto afastamento entre os sujeitos processuais exista, a reprodução dessas estruturas sociais preconceituosas pode ocorrer, inclusive, de maneira inconsciente.

Especificamente no que se refere aos crimes sexuais, o judiciário processa essa criminalidade de forma bem distinta das demais. Seus julgamentos, nesses casos, são altamente retóricos, “com incidência em mandamentos patriarcais vinculados a atitudes sociais e históricas”¹⁷. Além disso, diante da violência sofrida, aponta o Relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de 2023, que 45% das mulheres não fizeram nada em relação ao episódio. No mais, 38% afirmam que resolveram o problema da agressão sozinhas, 21,3% não acreditaram que a polícia poderia oferecer a solução e 14,4% não tinham provas suficientes. Esses números refletem o que foi descrito anteriormente. Além do medo para efetuar denúncias, o descrédito nas instituições estatais do judiciário se mostra como fator relevante para o baixo engajamento na busca por soluções legais.

16 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília: CNJ, 2018.

17 GRUBBA, L. S.; VIEIRA DA COSTA, G. Violência Institucional Contra Mulheres na Justiça Criminal. *Prim Facie*, [S. l.], v. 22, n. 49, 2023, p. 51-52.

VIOLAÇÕES AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO RÉU: A CÍCLICA PROBLEMÁTICA DO PROCESSO PENAL TRADICIONAL

Num contexto social como do Brasil, que aglutina e sintetiza a desigualdade social enquanto realidade posta e imutável, esse fato social também se externaliza no processo penal, o que produz um sistema altamente seletivo e violador de direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, não se pode esquecer que o réu possui inerente *status* de indignidade processual¹⁸, o que facilita a normalização de violações a seus direitos.

Como dito, não só a vítima se vê constantemente violada em seus direitos e garantias fundamentais processuais. Ao bem da verdade, esse contexto de frieza do procedimento tradicional também direciona impactos ao réu sob os mais variados aspectos. Neste ponto, pertinente é a crítica de Aury Lopes Jr. e a constante mitigação do *standard* probatório nos casos que envolvem violência de gênero. Para o autor, a vítima sempre está “contaminada pelo caso penal”, tanto por interesses de beneficiar o acusado (guiada pelo medo, por exemplo), quanto para prejudicá-lo (motivada por sentimento de vingança). Considerando que a vítima não presta compromisso de dizer a verdade, seu depoimento, movido por esses interesses, pode ser determinante para a condenação – mesmo que baseado em mentiras.

Sendo assim “o endeusamento da palavra da vítima é tão pernicioso quanto a sua demonização”, de modo que condenações criminais não deveriam ser fundamentadas única e exclusivamente com base nesse meio de prova¹⁹. Entretanto, como ele afirma, os tribunais brasileiros têm aceitado tais fundamentos para legitimar

18 CARVALHO, Thiago Fabres de; ANGELO, Natieli Giorisatto de; BOLDT, Raphael. *Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico*. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

19 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 504-506.

suas sentenças condenatórias, numa demonstração inequívoca de vilipêndiação dos direitos do acusado.

Ainda, é necessário ponderar que, no Brasil, quando se está diante de casos de violência de gênero, diversos setores da sociedade desenvolvem um “entusiasmo pelo rigor penal²⁰”. Maria Lúcia Karam²¹, aponta que, apesar dos avanços protetivos à mulher garantidos pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), esse instrumento normativo rompe com o princípio da isonomia, haja vista não possibilitar ao réu o acesso a uma série de instrumentos da justiça penal negociada, como é o caso da transação penal dos Juizados Especiais Criminais, a substituição de pena garantida nos artigos 43 a 48 do Código Penal, ou mesmo a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (mesmo quando cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos para tais medidas).

A repressão penal, qualquer que seja sua direção, em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações, até porque preconceitos e discriminações estão na base da própria ideia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal²².

Outra forma de violação aos direitos do réu se dá por meio do intenso punitivismo midiático²³ arraigado na sociedade brasileira. Como muito bem ilustra Boldt, há no Brasil uma cooptação

20 Prova desse entusiasmo pelo rigor penal pode ser extraído do Boletim “Visível e Invisível”, quando afirma que 76,5% das mulheres enxergam que punir o réu de forma mais severa é “muito importante para enfrentar a violência doméstica”. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 4. ed. [s.l.:s.n.], 2023

21 KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCRIM – ano 14. Nº 168, novembro, 2006.

22 *Id.*, *ibid.*

23 Nas palavras de Jakobs e Meliá, “o punitivismo pode ser encarado como um incremento quantitativo e qualitativo no alcance da criminalização como único critério político-criminal”. In: JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 60.

dos conflitos sociais por parte da mídia hegemônica, o que facilita a disseminação de ideias de vingança. “A noticiabilidade de um fato depende de fatores como a novidade, atualidade, curiosidade, capacidade de apelar aos sentimentos e, principalmente, o quanto ele se distancia do ordinário e se aproxima do extraordinário”²⁴. Neste sentido, crimes sexuais despertam na sociedade todos esses interesses, o que facilita a propagação de notícias (verdadeiras ou falsas) e, por consequência, a exploração da imagem do autor (ou suposto autor) do fato criminoso.

A amplificação dessas ocorrências, por parte da mídia, afasta a efetividade da Lei de nº 12.015 de 2009, que alterou a ação penal dos casos envolvendo crimes sexuais e, ainda, estabeleceu que o deslinde do processo se daria sob segredo de justiça. Essa violação legal torna os fatos íntimos das partes debatidos no processo (*streptus judicii*) públicos, o que acarreta na desmoralização completa do réu e a aniquilação da sua presunção de inocência e, paradoxalmente, na descredibilização da vítima.

Desse modo, a flexibilização de garantias processuais, o entusiasmo punitivo da população e o próprio punitivismo, operam de modo a “distorcer a realidade pertinente aos direitos fundamentais”, o que contribui para o processo de enfraquecimento simbólico do garantismo, permitindo a plena legitimação das funções reais desempenhadas pelo sistema penal. Isso implica na justificação de comportamentos violentos em nome da defesa social, ao mesmo tempo em que dificulta a construção de uma cultura de direitos humanos²⁵.

Observa-se, assim, que tanto a vítima quanto o autor (ou suposto autor) não possuem acesso substancial à justiça, o que acaba por minar a legitimidade e a efetividade do processo penal tradicional, marcadamente conflitivo. Ora, se o acesso à justiça é, nas pala-

24 BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 66.

25 *Id.*, *ibid.*, p. 147-148.

vas de Dinamarco²⁶, acessar a ordem jurídica justa, é obter justiça substancial, e justiça substancial é receber uma solução tempestiva, bem formulada e que melhore a vida em relação ao bem pretendido, o poder judiciário, sob a égide do processo tradicional, não atende a esses ditames.

Portanto, além de buscar métodos alternativos à punição tradicional, também é fulcral perquirir a alteração do imaginário coletivo em torno da punição, uma vez que a superação desses traços patriarcais, ou qualquer outra forma de preconceito, não se dará através da danosa intervenção estatal²⁷.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONTRIBUIÇÕES PARA A MITIGAÇÃO DO ESTRUTURAL PROBLEMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL DE GÊNERO

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu a política judiciária de tratamento adequado aos conflitos de interesse. Junto a isso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §3º, estabelece aos agentes do Direito (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público) o dever de fomentar a prática de métodos adequados de resolução de conflitos.

É indubitável que o legislador deu ênfase à prática de conciliação e mediação, entretanto, ainda permitiu que outros métodos fossem utilizados – numa concepção de justiça multiportas²⁸ – inclusive durante todo o curso do processo e, quando não for possível substituir

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118.

27 KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCRIM – ano 14. Nº 168, novembro, 2006.

28 “A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil*. Revista ANNEP de Direito Processual, v. 1, n. 1, p. 140-162, 20 ago. 2020, p. 141.

a condenação ou pena por esses métodos, tem-se a possibilidade de integrá-los à prática tradicional.

Desde a instrumentalização desses métodos de resolução de conflitos há o ideal de diminuição dos números de ações judiciais, entretanto, a realidade dos fatos se prova diferente. Com o passar dos anos, os números de ações judiciais só aumentam, o que comprova que tais medidas não solucionaram o número exacerbado de processos. Entretanto, contribuem para a formação de nova cultura de gestão autônoma e autocompositiva de conflitos²⁹.

É exatamente sobre o aspecto da cultura que se fundamenta a grande relevância da utilização de meios autocompositivos de resolução de conflitos nos casos que envolvem violência de gênero. Cenários de relações intersubjetivas e que são, ou foram, continuadas, há a necessidade de se buscar soluções jurídicas humanizadoras e que, ao mesmo tempo, sejam capazes de trazer ao centro da resolução de conflitos os interesses objetivos das partes, de modo a encontrar as raízes mais estruturais dessas relações. Daí decorre a justiça restaurativa.

Não há um conceito definido de Justiça Restaurativa, mas a síntese dos diversos modelos que compõe o que hoje conhecemos como tal, permite a seguinte definição: a justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito³⁰.

A Justiça Restaurativa surge no seio da discussão sobre a justiça criminal na modernidade e às críticas à utilização da prisão como principal instrumento de resposta ao delito, que não são recentes. Assim, trata-se de um método inicialmente relacionado com

29 GORETTI, Ricardo. *Acesso à justiça e mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos*. 2008, p. 197.

30 JACCOULD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 169.

o direito penal e que, à época, recebia influência de dois modelos: Modelo Retributivo e Modelo Restaurativo.

No primeiro modelo, está-se diante das noções mais primitivas de punição, onde a justificativa para que o Estado organizado imponha a pena sobre o cidadão advém do fato deste transgredir a regra imposta pelo primeiro. Assim, em linhas gerais, a retribuição é a “desaprovação ou desvalorização pública que decorre da aplicação concreta de uma pena aos atos que mais gravemente atentam contra os bens ligados ao desenvolvimento cultural e ao sistema de valores dominantes”³¹.

Por óbvio que a justificação do modelo retributivo acompanha ideologicamente ao sistema de organização social vigente e, num Estado liberal-burguês, a punição visa proteger a ordem jurídica e o ideal de coesão social, ou seja, uma compensação advinda do dano causado³². No momento que o desenvolvimento social gera um descompasso com a referida justificação, tem-se a necessidade de se reformular o eixo teórico que legitima a punição e, desse bojo, surge o modelo restaurativo.

Nas palavras de Carvalho, Angelo e Boldt³³, a proporcionalidade pretendida por esse modelo de retribuição, compreendida como a “justa medida”, foi constantemente anulada por conta de movimentos de justificação que convertem a vítima num ente abstrato, como a lei, a sociedade e o Estado. Portanto, a perda desses valores transforma a pena em “vingança cega e mortífera”.

Em contrapartida, o modelo restaurativo, como base teórica capaz de justificar a existência de um direito de punir por parte do Estado, recebeu influências de alguns motes teóricos, mas, com certeza, de modo mais latente do abolicionismo e da vitimologia.

31 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. 1ª ed. Revan, 2007, p. 103.

32 *Id.*, *ibid.*, p. 106.

33 CARVALHO; ANGELO; BOLDT, *Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico*, *op. cit.*, p. 84.

De modo sintético, os ideais abolicionistas buscam a superação radical da centralidade da prisão e do direito penal como forma de tratamento de crimes³⁴. Em primazia porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, problemas e casualidades e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, haja vista não evitar a ocorrência desses delitos e não colaborar com a recuperação do autor e da vítima do delito³⁵.

Já a vitimologia, outra forte influência da Justiça Restaurativa, se debruça sobre o papel da vítima no sistema penal, pois entende o crime como o resultado de uma série de danos e conflitos, construído em torno de comportamentos e experiências distintas, onde a vítima é personagem reconhecida na centralidade das dimensões interpessoais³⁶.

A lente restaurativa busca atingir a raiz da problemática em torno da prática delituosa, uma vez que, se o ato lesivo atua de modo a ferir à vítima, o primeiro objetivo da justiça deveria ser a reparação desta, e não a cega punição do réu³⁷. É importante solidificar que a busca pela cura da vítima, de modo algum significa deixar de punir a violação causada, na verdade, é o oposto disso. O modelo restaurativo compreende o diálogo entre os ofensores e as vítimas, de modo a propiciar um espaço para a que a vítima volte a encontrar sentido na vida, *pari passu* ao incentivo da mudança do ofensor – “um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro”³⁸.

Além da vítima, os ofensores também são foco do modelo restaurativo, uma vez que a punição pela simples retribuição já se mostrou altamente ineficaz para solucionar o problema em torno da

34 ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016.

35 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001, p. 248.

36 BURKE, Anderson. *Vitimologia*: manual da vítima penal. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2022, p. 134

37 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução, Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 176.

38 *Id.*, *ibid.*, p. 176.

ressocialização e a restauração é a janela de oportunidade para uma punição que possa, ao mesmo tempo, emancipar e romper o ciclo de violência. Em oposição à clássica noção de mera culpabilidade promovida pelo modelo retributivo, a justiça restaurativa oferece ao ofensor responsabilidade, isto é, uma chance de compreender o dano causado³⁹

Diante desse paradigma, a Justiça Restaurativa pode ser compreendida como método para a plena aplicabilidade do modelo restaurativo e, como tal, possui características e valores específicos. Apesar de seu conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com base na práxis, a justiça restaurativa possui uma série de especificidades que a diferencia dos demais métodos adequados de resolução de conflitos – tendo nos valores o principal fator de diferenciação.

Braithwaite, um dos grandes pensadores do modelo restaurativo, inaugura a organização metodológica do modelo com a construção de grupos de valores restaurativos. Para o autor, existem três grandes grupos de valores, quais sejam: os obrigatórios, os orientadores e os emergentes⁴⁰, abordados sinteticamente a seguir.

O primeiro grupo de valores possui alta relevância na construção dos modelos de justiça restaurativa, sendo indispensáveis para a sua aplicação. Diversos são os valores que fundam esse primeiro grupo, podendo-se citar: a não dominação; empoderamento; respeito aos limites de sanção legalmente estabelecidos; escuta respeitosa (ou escuta ativa); preocupação igualitária com os agentes envolvidos; *accountability e appealability* e, por fim, o respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Em uma breve análise particular, a não dominação busca se contrapor ao contexto do procedimento tradicional, onde a decisão

39 GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

40 BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M (eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 08-14.

do Estado-juiz se impõe sobre a vontade das partes, assim, nesse paradigma metodológico, todos os agentes constroem o resultado esperado, de modo equânime⁴¹. A partir desse primeiro valor constrói-se a base do empoderamento, haja vista que, somente num contexto de não dominância, tem-se a possibilidade de que os indivíduos sintam-se livres para expor suas opiniões. Além disso, há de se suscitar, neste ponto, a escuta ativa, que é imposta a todos os participantes, obrigando-lhes a ouvir atentamente os depoimentos dos outros, sem que sejam permitidos desrespeitos, humilhações ou opressões, de modo que esse valor é requisito de participação⁴².

O respeito aos limites de sanção legalmente estabelecidos é imprescindível para a mudança qualitativa do paradigma retributivo, uma vez que a integração ou substituição do processo tradicional pela justiça restaurativa esbarra, necessariamente, nos limites impostos pela legislação brasileira. Isso significa dizer que a sanção produzida pela prática restaurativa jamais poderá ser superior ao estabelecido pela lei. Ademais, os limites da justiça restaurativa encontram fronteira na pessoalidade dos agentes, sendo completamente vedado qualquer forma de comportamento degradante ou humilhante, em atenção ao imperativo respeito aos direitos humanos⁴³.

Por fim, os valores que envolvem o *accountability* e *appealability* dizem respeito ao direito subjetivo dos envolvidos num processo em acessar aos mecanismos de justiça restaurativa, inclusive em detrimento do método tradicional de tratamento de conflitos, quando possível fazê-lo. Pallamolla⁴⁴ entende que esses termos podem ser traduzidos como “prestação de contas” e “recorribilidade”, onde o Estado pode ser demandado a fim de garantir aos envolvidos na lide o tratamento que estes considerem adequados para a resolução de seus conflitos⁴⁵.

41 BRAITHWAITE, Principles of Restorative Justice, *op. cit.*, p. 09.

42 *Id.*, *ibid.*, p. 10-11.

43 *Id.*, *ibid.*, p. 10.

44 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula, Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo, IBCCRIM: 2009, p. 63-64.

45 BRAITHWAITE, Principles of Restorative Justice, *op. cit.*, p. 10-11.

Entendemos que esses valores, na verdade, se fundamentam muito mais do que na possibilidade de que os envolvidos no processo tenham o direito de recorrer ao método. Parece altamente necessário que o Poder Judiciário informe as partes a respeito dessa possibilidade, uma vez que, normalmente, sequer tem conhecimento do procedimento. Dessa forma, os valores de *accountability* e *appealability* constituem verdadeiro mandamento ao Judiciário, vinculados ao dever fundamental⁴⁶ de fomentar as práticas restaurativas sempre que possível.

O segundo grupo de valores não é obrigatório, uma vez que os agentes envolvidos na prática restaurativa podem dispensar sua utilização, apesar de serem desencorajados para tal. Nessa gama de valores encontram-se aqueles ligados ao rito (processo) de restauração, como a cura dos envolvidos, a prevenção da ocorrência de novos conflitos e, ainda, a minimização das consequências emocionais advindas do processo⁴⁷.

Por fim, o terceiro grupo de valores é conhecido como “emergente” e, por conta da sua natureza, não podem ser exigidos dos participantes – já que se ligam com aspectos relativos ao perdão, ao pedido de desculpas, ou mesmo à clemência. Sendo assim, apesar de inexigíveis, o seu aparecimento é motivo de celebração, haja vista materializar o sucesso do método⁴⁸.

Pode-se dizer, portanto, que a justiça restaurativa busca romper com a lógica punitiva tradicional. Se antes “punir era transformar sofrimento em infelicidade”, a lente restaurativa busca equa-

46 “Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais”. In: GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daurý César. Dever fundamental: a construção de um conceito. In.: MARCO, Cristhian Magnus de; PEZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (Orgs.). Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade no Brasil e na Espanha. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 87-96. (Direitos Fundamentais Civis, t. 1).

47 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula, *op. cit.*, p. 64.

48 *Id.*, *ibid.*, p. 64-65.

lizar os interesses envolvidos no conflito de modo a possibilitar uma solução mais eficiente para estes⁴⁹. Diante desse cenário, em termos pragmáticos, em 2012, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) desenvolveu a resolução nº 2002/12, onde se estabeleceu os princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal. Busca também a definir, estabelecer terminologias a serem aplicadas e procedimentos que devem ser adotados pelos estados-membros para implementá-la.

De acordo com a Resolução, “Programa de Justiça Restaurativa” significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos. Por sua vez, “Processo Restaurativo⁵⁰” significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador⁵¹.

No Brasil, há registros da implementação de projetos-piloto desde 2005. Contudo, apenas depois da sua institucionalização, promovida pelo CNJ, que se deu verdadeira pungência às práticas restaurativas⁵². Neste sentido, a Resolução de nº 225 de 2016 do CNJ é um marco normativo relevante, posto que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário⁵³ e define a Justiça Restaurativa como “um conjunto ordenado

49 CARVALHO; ANGELO; BOLDT, Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico, *op. cit.*, p. 80.

50 Assim como se deduz da Resolução 12/2002 da ONU, diversas são as espécies de processo restaurativo, como é o caso da mediação vítima-ofensor, da conciliação, da reunião familiar ou comunitária e dos círculos decisórios.

51 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho Econômico e Social. Resolução n. 2002/12. *Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*. 2002.

52 AZEVEDO; Rodrigo Ghiringhelli de; SANTOS, Michelle Karen Batista dos. Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil: promessas para as mulheres vítimas. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*. vol. 196. ano 31. p. 123-161. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2023, p. 128.

53 Não se desconsidera ou desconhece que a Emenda nº1 à Resolução 125,

e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato”, compondo, inclusive, uma de suas metas para o ano.

De toda sorte, se pode notar que as práticas restaurativas não ocupam local de protagonismo no cotidiano do Poder Judiciário, visto que muitos dos programas sequer possuem efetivo constante para tocar as sessões restaurativas. Em contrapartida, aqueles que possuem registro, conseguem demonstrar uma adesão razoável à prática restaurativa. Prova disso é o que ocorreu em Caxias do Sul, onde mais de 6 mil ofensores e ofendidos aderiram ao programa de justiça restaurativa fornecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no período de janeiro de 2015 a outubro de 2016⁵⁴.

Mesmo diante da ausência de informações mais robustas e detalhadas sobre todos os programas, o CNJ olha com esperança para a ocorrência das práticas restaurativas e conclui no relatório que “apesar de todos os limites, o campo dos procedimentos em curso está produzindo impacto positivo na vida das pessoas, das comunidades e de instituições envolvidas, ao afastá-los do violento processo de comunicação que é o sistema penal”⁵⁵.

Observa-se, desse breve panorama, que a Justiça Restaurativa possui ampla regulamentação – nacional e internacional – e que suas práticas podem ser visualizadas, mesmo que não nos níveis desejáveis, em vários locais do Brasil. Contudo, ainda persiste o questionamento: o método se faz eficaz nos casos que envolvem violência sexual de gênero?

realizada em 2013, já previa a justiça restaurativa ao lado da mediação e conciliação. Contudo, o marco normativo mais relevante é, sem dúvidas, a Resolução 225 de 2016, posto que estrutura o método e o programa de forma detalhada.

54 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório Analítico Propositivo. Justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais – *pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. 2018, p. 134.

55 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório Analítico Propositivo. Justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais – *pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. 2018, p. 131.

Como visto, os conflitos que giram em torno das questões de gênero possuem raízes históricas no machismo e no patriarcado, que incumbe, há anos, papel de subalternidade para o gênero feminino. Além disso, observou-se que o Brasil condena, tanto vítimas quanto agressores, a um contexto de afastamento dos espaços institucionais de justiça, pois o processo tradicional vem se mostrando incapaz de solucionar as demandas sociais que se inserem nesse tipo de conflito. Isso se justifica porque os aspectos subjetivos em torno da lide são tão substanciais que o processo tradicional não acessa seus elementos constitutivos, atuando, na maior parte das vezes, para revitimizar e castigar tanto vítimas quanto agressores indiscriminadamente.

Vale citar que até mesmo instrumentos punitivo-retributivos (assim conceituados pela crítica de Maria Lúcia Karam), como a Lei Maria da Penha, permitem a aplicação de procedimentos restaurativos para lidar com os casos por ela regulados. Em que pese não prever expressamente, a Lei cria Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher e, na forma do seu artigo 30, propõe que esses espaços servem para “[...] desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares”.

Esse apontamento é salutar enquanto existe um mito⁵⁶ em torno da inaplicabilidade da prática restaurativa nos casos que envolvem violência sexual e de gênero, de modo a relegar esses episódios ao quase inexorável paradigma do processo tradicional. Prova dessa visão mitológica deriva dos dados fornecidos pela Comarca de Laranjal Paulista (TJSP), que apontam que apenas 1% dos processos circulares restaurativos envolvem violência doméstica contra mulheres⁵⁷.

A noção relativa à indisponibilidade de direitos também macula a maior aplicabilidade do procedimento restaurativo. Como abordado anteriormente, o rito processual em torno dos crimes

56 CNJ, *op. cit.*, p. 147.

57 *Id.*, *ibid.*, p. 351.

ventilados na pesquisa é o da Ação Penal Pública Incondicionada, o que engessa os operadores do Direito, as vítimas e os agressores no manejo considerado mais adequado do conflito.

Ao bem da verdade, essa noção de indisponibilidade, por muitas vezes, obstaculizou a prática de diversos mecanismos da justiça penal negociada – desde a resistência na aplicação da transação penal e a escolha do Ministério Público pelo prosseguimento da ação penal⁵⁸, quanto pelas críticas à aplicação da justiça restaurativa nos casos envolvendo crimes sexuais.

Contudo, a justiça restaurativa, diante da crise paradigmática do processo penal conflitivo e do modelo retributivo das penas, se mostra, na verdade, como um mandamento. Azevedo e Santos evidenciam os irrefutáveis benefícios dos programas restaurativos para os casos de violência contra mulher – aqui englobados os crimes sexuais. Para os autores, a justiça restaurativa fornece às mulheres um local onde lhes é garantido o poder de fala e escuta, um momento para o discernimento sobre suas necessidades, interesses e desejos, afastadas do sexismo e do machismo impregnado no processo tradicional⁵⁹. Em aprofundamento, Garapon, Gros e Pech⁶⁰ explicam que o processo restaurativo promove reconhecimento à vítima, tais como: i) o de agência sobre o conflito e os meios de solucioná-lo; ii) a resposta a respeito das motivações do crime – haja vista a sua ausência levar à noções de incredulidade e culpa; iv) a possibilidade de comunicar, direta ou indiretamente, os seu ressentimentos, entre outros.

Os casos que envolvem crimes sexuais deixam as vítimas, sua maioria mulheres, em estado de completo desamparo, negação da sua própria humanidade e com uma visão objetificada sobre si

58 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 827-828.

59 AZEVEDO; SANTOS, Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil, *op. cit.*, p. 133.

60 GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 289-298.

mesma⁶¹. Assim, a justiça restaurativa, seja por seus valores ou por suas práticas concretas, tem aptidão para promover “um processo de autovalorização e autoafirmação que aumenta o sentimento de legitimidade pessoal e coletiva”⁶².

Para o réu, o paradigma restaurativo também se mostra muito mais eficiente. Não se fala em deixar de aplicar algum tipo de sanção penal, mas sim de fornecer à ele a devida responsabilização por seus atos. O processo tradicional descaracteriza a vítima, de modo que a visão que o réu tem sobre o “objeto” do seu flagelo é exatamente essa: objeto que é, portanto, desprezível. Aqui, ao agressor é reservada a chance de entender o dano causado à vítima e a comunidade ferida. Desse exame profundo de consciência, ele é levado a medir as reais consequências de seus atos, bem como despertar um maior senso de prudência⁶³.

Outro importantíssimo impacto do modelo restaurativo é a atenção dispendida à comunidade. O processo tradicional em nada impacta à sociedade (a não ser para reforçar um ideário de vingança com a condenação, ou de impunidade com a absolvição), uma vez que é vista como um ente abstrato e impessoal⁶⁴. Em contrapartida, a justiça restaurativa evidencia à comunidade os reflexos concretos de comportamentos socialmente aceitos e reproduzidos (como é o caso do machismo, por exemplo), o que promove conscientização e senso de responsabilidade. Além disso, viabiliza um espaço de acolhimento maior à vítima, a fim de “confirmar que não estão

61 FULCHIRON, Amandine. *Actoras de cambio en Guatemala: poner el cuerpo y la vida de las mujeres en el centro de la justicia*. In: AZKUE, Irantzu Mendia; ORELLANA, Gloria Guzmán; LANDALUZE, Iker Zirion (Eds.). *Género y justicia transicional*. España: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2017, p. 7.

62 AZEVEDO; SANTOS, Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil, *op. cit.*, p. 133.

63 AZEVEDO; SANTOS, Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil, *op. cit.*, p. 133.

64 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução, Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 12.

“loucas” e que não se trata de um “problema de uma”, mas sim de um grave problema social e político que marca as sociedades”⁶⁵.

Nesse sentido, é importante compreender que o crime, em alguma medida, compromete a noção de inteireza do grupo e do tecido. Sob o ponto de vista individual, o crime representa a dilaceração do relacionamento da vítima e do ofendido e sob a ótica coletiva, ou seja, o descumprimento do pacto social que a constitui⁶⁶.

Em síntese, a justiça restaurativa permite que as partes (vítima, agressor e comunidade) tomem de volta aquilo que lhes pertence: o conflito. Faz isso com a recuperação do diálogo e a superação do déficit comunicativo⁶⁷, de modo a promover a aproximação das pessoas e o afastamento das arbitrariedades geradas pela irracional busca pela verdade no processo penal. Portanto, “o sistema de justiça restaurativa, com a devida adequação à realidade sociocultural brasileira, pode ser visto como um modelo que tende a fragmentar o poder e a produzir espaços democráticos de resolução dos conflitos”⁶⁸.

CONCLUSÃO

Percebe-se que as medidas estatais meramente punitivas não fornecem esses mesmos benefícios e, ao fim e ao cabo, só produzem o maior alargamento do Direito Penal e das penas – medida comprovadamente contraproducente para o tratamento dos conflitos sociais, principalmente àqueles que envolvem questões de gênero. Através do processo tradicional, a frieza das formas, a prevalência de um modelo retributivo e a noção amplamente compartilhada de absoluta

65 AZEVEDO; SANTOS, *Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil*, *op. cit.*, p. 133.

66 ZEHR, *op. cit.*, p. 10-12.

67 SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

68 BOLDT, Raphael. *Justiça Restaurativa e Democracia: fundamentos jurídico-filosóficos para a superação da razão punitiva*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 196. ano 31. p. 93-122. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2023, p. 08-11.

indisponibilidade de direitos, relega as mulheres vítimas, aos réus e a comunidade afetada, uma resposta institucional incompleta.

A Justiça Restaurativa, ao contrário do paradigma tradicional, oferece um método mais humanizado e adaptável, que busca não apenas a punição do agressor, mas também a reparação dos danos e o restabelecimento da dignidade da vítima, além de incentivar a responsabilização pessoal do réu, nos limites legalmente estabelecidos. Além disso, seus valores centrais – como o diálogo e a participação ativa das partes –, demonstram sua capacidade de responder às necessidades individuais e sociais em casos de violência sexual de gênero. Ao proporcionar espaço para uma resolução mais inclusiva e focada nas raízes do conflito, ela se apresenta como um caminho promissor para mitigar as falhas do sistema punitivo.

Desse modo, argumenta-se que o fomento às práticas restaurativas, bem como a sua oferta concreta, constitui verdadeiro dever fundamental do Poder Judiciário, não bastando a mera previsão normativa. Do contrário, negaria-se aos jurisdicionados o verdadeiro e substancial sentido de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ALMEIDA, Heloisa Buarque de. *From shame to visibility: hashtag feminism and sexual violence in Brazil*. Sexualidad, Salud y Sociedad (Rio de Janeiro), FapUNIFESP (SciELO) [S.L.], v. 37, n. 33, p. 19-41, dez. 2019.
- ANDRADE, Vera Regina P. de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SANTOS, Michelle Karen Batista dos. *Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil: promessas para as mulheres vítimas*. Revista Brasileira de

- Ciência Criminais. vol. 196. ano 31. p. 123-161. São Paulo: Ed. RT, mai/jun. 2023.
- BRAITHWAITE, John. *Principles of Restorative Justice*. Von HIRSCH, A.; ROBERTS, J.; BOTTOMS, A.; ROACH, K.; SCHIFF, M (eds.). Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.
- BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Balanço 2019: Ligue 180 – Central de Atendimento à Mulher. Brasília, DF: MMFDH.
- BURKE, Anderson. *Vitimologia: manual da vítima penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2022.
- BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CARVALHO, Thiago Fabres de; ANGELO, Natieli Giorisatto de; BOLDT, Raphael. *Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico*. 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório Analítico Propositivo. *Justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais – pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília: CNJ, 2018.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil*. Revista ANNEP de Direito Processual, v. 1, n. 1, p. 140-162, 20 ago. 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência Doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. v. 1. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. 4. ed. [s.l.:s.n.], 2023.
- FULCHIRON, Amandine. *Actoras de cambio en Guatemala: poner el cuerpo y la vida de las mujeres en el centro de la justicia*. In: AZKUE, Irantzu Mendia ; ORELLANA, Gloria Guzmán; LANDALUZE, Iker Zirion (Eds.). *Género y justicia transicional*. España: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2017.
- FUZIGER, Rodrigo José. *As Faces de Jano: O Simbolismo no Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2014.
- GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a justiça será*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury César. *Dever fundamental: a construção de um conceito*. In.: MARCO, Crithian Magnus de; PEZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (Orgs.). *Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade no Brasil e na Espanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 87-96. (Direitos Fundamentais Cíveis, t. 1).
- GORETTI, Ricardo. *Acesso à justiça e mediação: ponderações sobre os obstáculos à efetivação de uma via alternativa de solução de conflitos*. 2008.
- GRUBBA, L. S.; VIEIRA DA COSTA, G. *Violência Institucional Contra Mulheres na Justiça Criminal*. *Prim Facie*, [S. l.], v. 22, n. 49, 2023.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. 1ª ed. Revan, 2007.
- JACCOULD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Car-

- los; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- KARAM, Maria Lúcia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCRIM – ano 14. Nº 168, novembro, 2006.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MATOS, Cristiane Rodrigues Assunção de. *Entre a garantia e a restrição de direitos: a judicialização das situações de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes*. 2013. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Política Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho Econômico e Social. Resolução n. 2002/12. *Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*. 2002.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo, IBCCRIM: 2009.
- SILVA, Josiane Alves da. *O processo de revitimização de crianças que vivenciam a violência sexual*. Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, v.[s.n], n. 15, p. 11-51, janeiro 2016.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução, Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A COOPERAÇÃO JURÍDICA ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS VISANDO O COMBATE DE CRIMES CIBERNÉTICOS CONTRA AS MULHERES¹

Diego Gomes Dummer²

Flora Gaspar da Silva³

Valesca Raizer Borges Moschen⁴

Introdução

É notória expansão das tecnologias de informações e da internet nas últimas décadas, principalmente após a década de 1990 com a criação da linguagem HTML e o

1 O presente texto foi desenvolvido através do projeto Mulheres na Ciência, contemplado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo - FAPES

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduado em Direito pela UFES. MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas; Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Sapere Aude: Direito Processual em evolução (UFES/CNPq). E-mail: diego@dummerdepaula.com.br.

3 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Comercial com ênfase em Transportes e Marítimo pela Universidade Erasmus de Rotterdam. Membro do Grupo Labirinto da Codificação do Processo Civil Internacional (UFES/CNPq). Email: flora.gaspar@gmail.com

4 Professora Titular do Departamento de Direito e do Programa de Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Doutora em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona (UB). Coordenadora do Labirinto da Codificação do Direito Internacional Privado (LABCODEX/ CNPq) e do projeto de pesquisa Mulheres na Ciência (FAPES). Bolsista Produtividade FAPES. Email: raizervalesca@gmail.com.

desenvolvimento do sistema WorldWideWeb (www), momento no qual houve a difusão da rede global de computadores a nível pessoal, profissional e educacional.⁵

Ocorre que o desenvolvimento da Internet originou novas formas de violências, principalmente àquelas realizadas contra as mulheres, as quais podem ocorrer através de insultos, zombarias, assédio cibernético, perseguição, coerção sexual, ameaças e difusão não consensual de imagens e vídeos.⁶

Paralelo a este fato, deve-se destacar que, assim como a violência física, a ciberviolência contra a mulher é majoritariamente realizada por ex-parceiros, colegas e pessoas próximas, mas por se tratar de crimes virtuais, podem ser realizados por pessoas anônimas que arditosamente se escondem atrás de seus aparelhos eletrônicos, gerando uma descentralização da conduta ilícita, o que notadamente impõe desafios relacionados a investigação, julgamento e punição do crime.⁷

Por tal motivo, a apuração destes tipos de crimes pode ensinar o compartilhamento de informações dentre diferentes Estados e a realização de atos processuais que envolvam mais de um ordenamento jurídico, visto que, por se tratar de crimes virtuais, podem ser realizados por cidadãos de diferentes localidades em mais de uma jurisdição.

Neste diapasão, faz-se necessária a utilização dos mecanismos da cooperação jurídica internacional, a qual consiste em as-

5 BECLA, A. Information society and knowledge-based economy- development level and the main barriers – some remarks. *Economics & Sociology*, v. 5, n. 1, 2012, pp. 125-132

6 CARASA, Lucía López. Enhancing international cooperation to fight gender inequality: A comparative analysis of the effectiveness of internet regulations in tackling online violence against women in the EU and the USA. Dissertation (Master's degree in Global Economic Governance & Public Affairs, European Institute, 2022. Disponível em <https://www.ie-ei.eu/Ressources/FCK/image/Theses/2022/GEGPA_Lopez_Carasa_Thesis.pdf> Acesso em 10 de nov. 2023.

7 GUIDI, Guilherme Berti de Campos. REZEK, Francisco. Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, 2018.

segurar a eficácia de um ato ou procedimento jurídico que deva ser executado em uma jurisdição estrangeira.⁸ A problemática que motiva esta pesquisa, portanto, está relacionada à dificuldade de apuração e repressão de crimes virtuais que extrapolam fronteiras nacionais, exigindo a colaboração entre diferentes jurisdições.

Nestes termos, o problema principal que norteia este trabalho é: como a cooperação jurídica entre Brasil e Estados Unidos pode contribuir de forma eficaz para a apuração de crimes cibernéticos contra as mulheres?

A Cooperação Jurídica Internacional (CJI) é o instrumento que visa garantir que cada Estado exerça adequadamente a sua jurisdição quando os efeitos jurídicos de um ato são sentidos através das fronteiras nacionais, ou seja, quando os efeitos jurídicos extrapolam a sua soberania estatal e necessitam de serem reconhecidos ou executados por outro Estado nacional.⁹

Trata-se, portanto, da clara hipótese da exceção ao princípio da soberania, visto que autoriza aos Estados exercerem atos oficiais além de sua jurisdição, seja através de mera cortesia, quando um Estado reconhece e executa a ordem advinda de outro Estado por mera liberalidade, ou através de mecanismos regulatórios que vinculam os países, tais como tratados internacionais que obrigam os países signatários a cooperarem mutuamente.¹⁰

Neste ínterim, existe entre o Brasil e os Estados Unidos o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, o qual obriga as partes a prestarem assistência mútua em matéria de investigação,

8 GOICOECHEA, Ignacio. Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial. *Rev. secr. Trib. perm. revis*, a. 4, n. 7, p. 127-151, 2016.

9 TIBURCIO, Carmen. The current practice of international co-operation in civil matters. The Hague Academy Collected Courses Online, v. 393, p. 53-75, 2018, p. 46.

10 GOICOECHEA, *op. cit.*, p. 127-151

inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal.¹¹

Os pressupostos desta pesquisa estão baseados em dois fatores. Primeiro: o reconhecimento do crescimento exponencial dos crimes de ciberviolência contra as mulheres nas últimas décadas. Segundo: a relevância da cooperação internacional como mecanismo jurídico indispensável para garantir a efetividade da justiça em um contexto de crimes transnacionais, em que os dados necessários para a investigação podem estar localizados fora da jurisdição de onde o crime foi cometido.

A relevância deste trabalho está em por trazer à tona os desafios do combate à ciberviolência, com um olhar específico sobre a cooperação entre duas grandes nações. Além disso, destaca a importância de um tratamento jurídico coordenado para proteger as mulheres em um ambiente cada vez mais virtual e globalizado. O estudo se desenvolve por meio da análise da legislação pertinente, doutrina especializada e tratados internacionais, com destaque para a aplicação prática do Acordo de Assistência Judiciária entre Brasil e Estados Unidos no contexto dos crimes de gênero cibernéticos.

Para tanto, inicialmente será realizado um breve resumo sobre a violência contra a mulher em ambientes virtuais, delimitando quais são os tipos de crimes cibernéticos contra as mulheres, sua crescente expansão nos últimos anos e destacando os instrumentos internacionais que visam o combate a esta prática, com destaque para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas e sua meta para alcançar a igualdade de gênero através da eliminação de todas as formas de violência contra mulheres e meninas.

Posteriormente será apresentado o conceito de CJI e a sua relação com o princípio da soberania estatal, com destaque para o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos, com foco no combate a ciberviolência contra a mulher.

11 Art. I do Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001.

Por fim, a conclusão expõe como a utilização do acordo de cooperação entre os países possibilita a facilitação do acesso à justiça pleno, quando tratamos da violência cibernética contra as mulheres, ao assegurar a facilitação de atos imprescindíveis para a concretização do direito lesado.

UM PANORAMA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

Pode-se afirmar, com alguma cautela, que estabelecer métodos adequados de prevenção e repressão de atos de violência contra a mulher representa verdadeira demanda da organização social contemporânea. Não se ignora, por outro lado, que significativa parcela da população ainda ignora a urgência do tema desqualificando-o com argumentos que não refletem a gravidade do problema.

Por esta razão, antes de demonstrar a necessidade de estabelecer, por meio da cooperação jurídica internacional, instrumentos jurídicos que efetivamente atendam à esta demanda, é necessário compreender o contexto histórico que dá suporte à violência contra a mulher e os avanços da legislação brasileira para atender ao propósito de prevenção e repressão. É preciso compreender que estes atos de violência não vitima apenas a mulher, mas toda a sociedade.¹²

A violência contra a mulher na sociedade relaciona-se a uma cultura patriarcal em que, em razão de características físicas e biológicas, caberia ao homem as atividades exercidas que dependessem

12 Sobre os reflexos na violência contra a mulher na sociedade Claudia Mara Viegas e Fabiano Francisco defendem que “o sofrimento causado por tal prática não fica preso às paredes do lar e sempre gera mais violência, pois as crianças e adolescentes que crescem neste ambiente aprendem, com o modelo que assistem, a usar, geralmente, violência como linguagem”. VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FRANCISCO, Fabiano Porto, *Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil*, *Revista dos Tribunais*, v. 999, p. 369-404, 2019, p. 369.

de força física, assumindo, com isso, um papel de provedor. Às mulheres coube as atividades domésticas e a subordinação ao homem.¹³

A divisão de tarefas marcadas a partir do gênero, sob a premissa de que o homem possui força física e a mulher é mais frágil, pode ser vista como uma justificativa natural da diferença socialmente construída entre gêneros desde a pré-história.¹⁴

Embora as diferenças físicas e a divisão de tarefas entre os gêneros sejam o *start* para a opressão da mulher ao homem, não se pode afirmar que sejam a única razão para o desenvolvimento de uma sociedade patriarcal. O problema adquire gravidade ainda maior ao ganhar sustentação ideológica.

O filósofo helenista Filon de Alexandria, há 2.500 (dois mil e quinhentos anos), inspirando-se em uma percepção equivocada dos pensamentos de Platão e Aristóteles, defendia que a mulher possuía menor capacidade de raciocínio e uma alma inferior à do homem. Os textos do filósofo reduziram as mulheres a uma figura repleta de futilidades relacionada quase que exclusivamente à aspectos carnis.¹⁵

Esse modelo se perpetuou ao longo dos anos e permitiu o desenvolvimento de uma sociedade patriarcal e hierarquizada que, paulatinamente foi replicada em inúmeros países.

O Brasil não ficou imune a este pensamento opressor. Durante o período de dominação do Brasil por Portugal, reproduzindo padrão europeu, as atividades educacionais eram destinadas exclusivamente aos homens, reforçando a opressão feminina à dominação do homem.¹⁶ Nesta forma de organização social a mulher estava

13 GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia & Sociedade*, v. 27, p. 256–266, 2015.

14 BOURDIEU, Pierre, *A dominação masculina*, 12. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.p. 19.

15 CAMPOS, Amini Hadad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. *Dirteitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 99.

16 GUIMARÃES, Violência contra a mulher, *op. cit.*

submetida ao domínio do pai (patriarca) e, após o casamento, ao domínio do marido.

O casamento, que era legalmente concebido como um instituto inviolável pelo poder público, legitimava a submissão das mulheres a uma relação estabelecida pelo poder sexual e político que contribuiu para eternização de todo tipo de violação contra a dignidade feminina. Ao longo tempo, a repetição deste cenário tornou-o natural.¹⁷

O curso da história começa a mudar a partir da eclosão dos movimentos feministas que, a partir da década de 60, mobilizavam-se contra denúncias de violência cometida contra as mulheres no âmbito doméstico para exigir que Estado assuma a responsabilidade de assegurar o respeito e a dignidade da pessoa humana, sem distinção de gênero.¹⁸

Somente na Constituição Federal de 1988 o reconhecimento da cidadania da mulher e da igualdade de seus direitos em relação aos homens recebeu adequada proteção constitucional. A Carta Magna expressamente estabeleceu o compromisso do Estado em assegurar a assistência à família, “na pessoa de cada um que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, §8º da CF).

Embora o dispositivo constitucional não trate efetivamente sobre a violência contra a mulher, delineou um novo conceito de família sob a proteção constitucional. Sedimentou um modelo em que a família, na pessoa de cada um de seus membros, sem nenhuma distinção, deve ser destinatária de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A redação do dispositivo reconhece que a família como base da sociedade digna de proteção do Estado¹⁹, mas, além disso, as-

17 VIANA, A.J.B.; SOUZA, E.S.S., O poder (in)visível da violência Sexual: abordagens sociológicas de Pierre Bourdieu. *Revista de ciências sociais*, v. 45, n. 2, p. 155–183, 2016.

18 GUIMARÃES; PEDROZA, Violência contra a mulher, *op. cit.*, p. 257

19 “Frente à inquietude internacional sobre o fenômeno da violência contra a mulher, análises e estudos sobre o assunto se fazem necessários, uma vez

segura a igualdade de gênero, em harmonia com a igualdade de direitos entre homens e mulheres presente no art. 5º, I da CF e a dignidade da pessoa humana expressada no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, a partir da proteção da integridade física e psicológica de todos que integram o núcleo familiar.

A igualdade entre homens e mulheres estabelecida pela Constituição Federal não é suficiente a recuperar séculos de opressão masculina. O fato é que, mesmo com os significativos avanços nos mecanismos de proteção à dignidade das mulheres, a submissão estabelecida a partir da diferença de gênero ainda se revela presente e ganhou contornos estruturais que não se restringem à violência física²⁰ e que ultrapassam o ambiente doméstico.

Cumprindo o preceito constitucional, foi a Lei 11.340/2006 desponha como mais emblemático diploma legal brasileiro relacionado ao tema, a Lei Maria da Penha, que, de forma absolutamente acertada, estendeu o conceito de violência contra a mulher para além dos limites da violência física, englobando também a violência sexual, psicológica, patrimonial e moral.

A Constituição Federal e a Lei Maria da Penha, para atender ao fim que interessa este estudo, precisa ser analisada à luz da dinamicidade que marca as relações sociais contemporâneas frente aos

que tal violência deteriora a saúde individual e familiar da mulher. As mulheres que resistem a uma relação abusiva, indefinidamente, acabam perdendo a saúde individual (física e mental) o que, por consequência, afeta a saúde da família". CASIQUE CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira, Violência contra mulheres: reflexões teóricas, *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 14, p. 950-956, 2006.

20 Não se ignora que uma das formas mais frequentes de violência contra a mulher é a violência física. Claudia Mara Viegas e Fabiano Francisco, a partir de relatório de pesquisa publicado pela Lei Maria da Penha, destacam que a cada 7,2 segundos uma mulher é vítima de violência física do Brasil. Estes dados alarmantes não apagam o fato de que, conforme restará demonstrado neste trabalho, há outras formas de violência que igualmente atingem a integridade das mulheres e, portanto, merecem a adequada proteção. Cf. VIEGAS; FRANCISCO, *Feminicídio*, *op. cit*

diversos instrumentos de conexão e propagação de atos e ideologias que a internet proporciona.

CONTORNOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA VIRTUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Para alinhamento terminológico, adotamos o entendimento segundo o qual os termos violência de gênero e violência contra mulher são sinônimos. O que se debate não é a atribuição de papéis distintos ao homem e a mulher, mas sim o valor e peso de cada um deles que supervaloriza o papel masculino e perpetua a opressão ao papel feminino na sociedade. Esta diferença é que induz a prática das mais diversas modalidades de violência.²¹ Assim toda violência de gênero é também violência contra mulher.

Nestes termos, como a reprodução e perpetuação de uma sociedade patriarcal possui raízes estruturais históricas propagadas sobretudo pelas nações colonizadoras, a construção de uma sociedade igualitária entre gêneros também precisa ultrapassar as fronteiras dos países.

O tema foi debatido na Assembleia Geral da ONU de 1993 cuja declaração indica a intenção em reprimir atos de violência de gênero, definindo-a como qualquer ato de violência apoiado no gênero que produza ou possa produzir danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais na mulher incluindo as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade tanto na vida pública como na privada.²²

A prática de atos de violência contra as mulheres tem na violência doméstica uma espécie do gênero e, por isso, merece ser compreendida em sentido amplo. Uma visão reducionista e dividi-

21 ALMEIDA, Suely de S. Essa violência mal-dita: violência de gênero e políticas públicas. Rio de Janeiro: Eduerj, 2007, p. 25.

22 CASIQUE CASIQUE; FUREGATO, Violência contra mulheres.

da entre as diferentes espécies de formas de agressão que congregam o gênero violência contra a mulher não se compatibiliza com a ampla proteção pretendida pelo Estado. É inegável que a violência de gênero ultrapassou os portões das residências e alcança outras formas de relacionamento.

Na mesma medida em que a internet revolucionou a organização econômica da sociedade, também revolucionou as relações sociais. A adequada repressão dos atos de violência contra a mulher também deve ser dirigida ao ambiente virtual diante da inegável constatação de que o avanço da tecnologia e da internet tornam o ambiente virtual tão, ou mais, cotidiano do que as relações presenciais.²³ As fronteiras a serem ultrapassadas não se referem apenas aos limites territoriais dos países, mas também ao reconhecimento de que a internet possibilita que agressão ocorra em relações humanas virtuais e transfronteiriças.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), de forma absolutamente acertada, sofreu alteração em 2018 para incluir na tipificação de violência psicológica à violação de sua intimidade²⁴ realizada

23 CARASA, *Enhancing international cooperation to fight gender inequality*, op. cit.

24 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, *violação de sua intimidade*, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018); III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, va-

por qualquer meio. A alteração legislativa abre portas para as violações à dignidade da mulher realizadas em canais virtuais também recebam tratamento penal.

A previsão legislativa mostrou-se coerente o relatório da Organização Mundial de Saúde (OMS) divulgado em 2002 que estabeleceu a equiparação de ato de violência contra a mulher a qualquer forma de repressão ou coação realizado em qualquer cenário.²⁵

O relatório da OMS aponta que os fatores culturais podem afetar a quantidade de violência de uma sociedade, por exemplo, ao reproduzir modelos opressores de gênero. A tecnologia proporcionou o uso de novas mídias, como jogos eletrônicos, vídeos e redes sociais, que multiplicam a possibilidade de exposição à violência. Para validar a premissa, demonstra que as influências das culturas para além das fronteiras nacionais tem sido vinculadas a aumento na violência juvenil, tal qual o surgimento de gangues de jovens na América Latina e no Caribe espelhadas nas gangues de Los Angeles e Califórnia, nos Estados Unidos.²⁶ O relatório indica, ainda, alternativas para atenuar estes efeitos no plano estrutural.

No plano individual, a virtualização das relações pessoais ganha particular relevância a partir da inegável constatação de que o avanço da tecnologia e da internet tornam o ambiente virtual tão, ou mais, cotidiano do que as relações presenciais. A pandemia da COVID-19 funcionou como um fermento para intensificar esta virtualização das relações pessoais.

Em março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o mundo vivia sob a pandemia do novo coronavírus SARS-CoV-2 e mundo inteiro precisava adotar medidas para evitar a propagação do vírus. Uma das medidas encontradas foi o esta-

lores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

25 KRUG, Etienne G. *et al. Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.

26 *Id.*, *ibid.* p. 38-39.

belecimento de regras de isolamento para impedir que o vírus se disseminasse entre a população. Esta medida repercutiu em todas as esferas da vida: na saúde, no trabalho, na educação, no lazer e, claro nas relações domésticas. Uma das consequências foi o aumento dos índices de violência física²⁷ e de atos opressores praticados pela internet.

As plataformas virtuais não podem ser consideradas ambientes totalmente seguros às mulheres. Em todo o mundo, 73% das mulheres e meninas já foram expostas a alguém tipo de violência online com algum tipo de exposição, perseguição e assédio sexual nas redes.²⁸ Os dados divulgados pela ONG SaferNet, dedicada à segurança na internet, validam a gravidade do problema. As denúncias relativas à exposição de imagens íntimas e cyberbullying representam 35% das denúncias recebidas em seus canais de atendimento no ano de 2023.²⁹

A violência contra a mulher, portanto, deve receber adequado tratamento também em ambiente virtual, para onde são transportados elementos histórico-culturais enraizados no comportamento humano, sobretudo diante da intensificação da “virtualização” das relações sociais a partir da Covid-19, da consequente intensificação da capacidade de propagação, e da possibilidade da repercussão do ato para uma infinidade de indivíduos.

Estabelecidas estas premissas, cumpre-nos demonstrar como a cooperação internacional pode contribuir para a adequada prevenção e repressão destes atos que ultrapassam as fronteiras existentes entres os países e inexistentes na internet.

27 CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MACHADO, Isadora Vier. Violência de gênero e pandemia. *Revista Estudos Feministas*, v. 30, p. e86988, 2022.

28 PAIVA, Roberta Salomone de. Inovações digitais no combate à violência contra a mulher: iniciativas durante a pandemia da Covid-19 no Brasil. 2021. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 21.

29 *Indicadores Helpline*, disponível em: <<https://indicadores.safernet.org.br/helpline/helplineviz/helpchart-page.html>>. acesso em: 4 fev. 2024.

A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL COMO FORMA DE ASSEGURAR O ACESSO À JUSTIÇA TRANSFRONTEIRIÇO

Antes de adentrarmos especificamente no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre Brasil e Estados Unidos e a sua utilização no combate aos crimes cibernéticos contra mulheres, é necessário traçar um breve panorama acerca do instituto da CJI com enfoque na sua relevância para assegurar o acesso à justiça, principalmente quando lidamos com demandas transfronteiriças.

Isto porque nas últimas décadas houve uma reformulação no conceito de acesso à justiça, tradicionalmente atrelado ao direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação, sendo atualmente conectada ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições, considerada uma prerrogativa democraticamente conquistada pelos cidadãos como “o mais básico dos Direito Humanos”.³⁰

Atualmente, a garantia constitucional da ação configura como verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, de forma que para a obtenção da justiça substancial é necessária a satisfação do trinômio: dificuldades inerentes à qualidade dos serviços jurisdicionais; tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e; sua efetividade.³¹

A obtenção do trinômio necessário para a efetivação do acesso à justiça encontra ainda maiores obstáculos quando enfrentamos demandas decorrentes de relações internacionais, as quais além de abrangerem uma gama de atores e ordenamentos jurídicos, não possui um órgão legislativo unificado, um Poder Judiciário com po-

30 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988, p. 10.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2024. v. 1, p. 112.

der de coerção, nem, tampouco, um órgão executivo dotado de poder de polícia.³²

Sendo assim, o alcance do almejado acesso à justiça pleno é ainda mais complexo visto que a “igualdade de armas” se torna ainda mais utópica já que a diferença entre as partes e os empecilhos que impedem a participação efetiva em todos atos não podem ser totalmente erradicados.³³

Neste cenário, a CJI adquiriu considerável relevância nas últimas décadas, servindo com um verdadeiro artifício para garantir o direito fundamental em seu sentido amplo, assegurando formas que viabiliza a citação do demandado em outro Estado, o direito de resposta em idioma diverso, a produção de provas que envolvesse mais de um ordenamento jurídico e principalmente o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira.³⁴

A CJI pode ser entendida como todo procedimento ou mecanismo desenvolvido com o intuito de facilitar a eficácia de ato jurídico em uma jurisdição estrangeira³⁵, tornando-se instrumento fundamental para efetivação do direito em razão do princípio máximo do Direito Internacional de que a jurisdição é territorial, de modo que sem a cooperação seria inviável que autoridades de um Estado extrapolassem suas fronteiras territoriais, prejudicando a justiça.³⁶

Logo, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos é considerado um instrumento de CJI, visto que possui como escopo a obrigação dos Estados prestarem assistência mútua em matéria de investigação, inquérito,

32 CRETILLA NETO, José. Filosofia do direito internacional. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2017, p. 164-165.

33 CAPPELLETTI; GARTH, Acesso à Justiça, *op. cit.*, p. 15.

34 GOICOECHEA. Nuevos Desarrollos en la Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil y Comercial, *op. cit.*

35 *Id.*, *ibid.*, p. 128.

36 TIBURCIO, The current practice of international co-operation in civil matters, *op. cit.*

ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal.³⁷

O Acordo prevê, ainda, em seu art. I.2, que os atos de assistência incluem a tomada de depoimento ou declaração de pessoas; fornecimento de documentos, registros e bens; localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens; entrega de documentos; transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins; execução de pedidos de busca e apreensão; assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido.

Logo, resta evidente que o citado Acordo é um importante instrumento de CJI visando a concretização do acesso à justiça, através da facilitação de atos que assegurem maior efetividade aos processos criminais quando o delito extrapola a jurisdição de um dos Estados partes.

ACORDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS COMO FORMA DE ASSEGURAR O COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS CONTRA MULHERES

Superado o conceito da CJI e sua importância para a efetivação do acesso à justiça, passa-se a demonstrar como o Acordo pode se tornar um importante instrumento no combate dos crimes cibernéticos contra as mulheres.

Isto porque, dentre os vários atos de assistência elencados no art. II.2 do Acordo, encontra-se o dever de prestar assistência no fornecimento de documentos, registros, enquanto o art. IX.1 do Acordo prevê a assistência entre os Estados parte para o fornecimento de *“cópias dos registros oficiais disponíveis, incluindo documentos ou*

37 Art. I.1, Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001.

informações de qualquer natureza, que se encontrem de posse das autoridades do Estado Requerido”, incluindo os registros virtuais.

Já o art. IX.2 estabelece que:

O Estado Requerido pode fornecer, mesmo que não disponíveis ao público, cópias de quaisquer registros, incluindo documentos ou informações que estejam sob a guarda de autoridades naquele Estado, na mesma medida e nas mesmas condições em que estariam disponíveis às suas próprias autoridades policiais, judiciais ou do Ministério Público. O Estado Requerido pode, a seu critério, negar, no todo ou em parte, uma solicitação baseada neste parágrafo.

É notório que os EUA abrigam uma importante parcela da “indústria da internet”, sendo sede de inúmeros data centers e empresas cibernéticas³⁸, motivo pelo qual o instrumento tem o condão de facilitar o recebimento de registros em uma potencial parcela dos casos que ensejasse a CJI para envio de dados eletrônicos mantidos no exterior, corroborando com a sua importância no combate dos crimes de ciberviolência contra mulheres.

Ademais, a descentralização do conteúdo compartilhado na internet e distribuição indistinta por diversos territórios trazem claros desafios na obtenção de provas, apuração da materialidade e da autoria dos crimes, visto que qualquer pessoa de qualquer lugar pode cometer o ato ilícito, destacando mais uma vez a importância do instrumento para investigar, julgar e punir a conduta criminosa.

Desta forma, a facilitação na obtenção de documentos e registros virtuais entre o Brasil e os EUA, uma potência no armazenamento de dados de internet, certamente constitui um importante

38 Dentre os data center localizados nos Estados Unidos que merecem destaque pela sua capacidade, podemos citar o The Citadel, em Nevada, o Utha Data Center, o Laekside Technology Center, em Chigago, QTS Metro Data Center e o Google Cloud Platform Loudoun County Hyperscale Zone, ambos em Virgínia, Track, no Arizona, Microsoft Data Center e Google Data Center, ambos em Iowa, Quantum Loophole Project, em Maryland.

fator no combate de crimes cibernéticos contra as mulheres, possibilitando a obtenção da prova de forma mais célere e simples.

Entretanto, não se pode deixar de pontuar que a diversidade dos sistemas processuais entre os Estados e, conseqüentemente, a diferença no entendimento que os países possuem sobre a aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais pode diminuir a eficácia da CJI, uma vez que pode levar à inadmissibilidade da prova produzida no exterior.³⁹

CONCLUSÃO

A partir da análise desenvolvida ao longo deste estudo, é possível concluir que a cooperação jurídica internacional entre o Brasil e os Estados Unidos é um instrumento essencial para o combate eficaz aos crimes cibernéticos contra as mulheres. O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre os dois países, que permite a troca de informações e dados eletrônicos, mostrou-se uma ferramenta crucial para a obtenção de provas em casos de ciberviolência, confirmando a hipótese levantada de que a colaboração entre essas nações facilita a apuração e punição de crimes cometidos no ambiente virtual.

Os resultados obtidos demonstram que, em um contexto de crimes transnacionais, como os que ocorrem no ambiente digital, a cooperação internacional é indispensável para superar os obstáculos relacionados à jurisdição territorial e à descentralização das informações digitais. O estudo evidencia que, ao utilizar o Acordo de Cooperação, é possível garantir uma resposta jurídica mais célere e

39 MÜLLER, Ilana. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18112016-112353/publico/Tese_Doutorado_Ilana_Muller_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 8 out. 2024.

efetiva, especialmente quando se trata de crimes de gênero que demandam uma ação rápida para mitigar os danos causados às vítimas.

A pesquisa também contribui de maneira significativa para a sociedade ao lançar luz sobre a importância de mecanismos de proteção internacional no combate à violência contra a mulher em contextos virtuais. Para as instituições, em especial as ligadas à justiça e à segurança, o estudo destaca a necessidade de maior capacitação e integração para fazer uso eficaz dos instrumentos de cooperação internacional. Do ponto de vista da operabilidade do Direito, o trabalho reforça a aplicabilidade prática dos tratados internacionais como ferramentas de proteção das vítimas e de efetivação da justiça.

Por fim, a pesquisa traz uma contribuição relevante para o avanço da ciência jurídica ao abordar um tema de grande importância e complexidade, conectando a discussão sobre direitos humanos e violência de gênero com a necessidade de modernização dos instrumentos jurídicos em um mundo cada vez mais digital e globalizado. Este estudo aponta para a necessidade de aprimorar continuamente os mecanismos de cooperação internacional, assegurando que a legislação acompanhe as inovações tecnológicas e os novos desafios que elas trazem para o campo do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, L. R. de; SILVA, A. T. M. C. da; MACHADO, L. D. S. Jogos para capacitação de profissionais de saúde na atenção à violência de gênero. *Revista Brasileira de Educação Médica*, v. 37, n. 1, p. 110-119, 2013.
- ALMEIDA, Suely de S. *Essa violência mal-dita: violência de gênero e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Eduerj, 2007.
- BECLA, A. Information society and knowledge-based economy- development level and the main barriers – some remarks. *Economics & Sociology*, v. 5, n. 1, 2012, p. 125-132.

- BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 13 out. 2023.
- BRASIL. Decreto n. 3.810/01, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de notas, em 15 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm>. Acesso em: 13 out. 2023.
- CAMPOS, Amini Hadad; CORRÊA, Lindalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2007.
- CAMPOS, Carmen Hein de; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; MACHADO, Isadora Vier. Violência de gênero e pandemia. *Revista Estudos Feministas*, v. 30, p. e86988, 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CARASA, Lucía López. *Enhancing international cooperation to fight gender inequality: A comparative analysis of the effectiveness of internet regulations in tackling online violence against women in the EU and the USA*. Dissertation (Master's degree in Global Economic Governance & Public Affairs, European Institute, 2022).
- CASIQUE CASIQUE, Leticia; FUREGATO, Antonia Regina Ferreira. Violência contra mulheres: reflexões teóricas. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 14, p. 950-956, 2006.
- CRETELLA NETO, José. *Filosofia do direito internacional*. São Paulo: Letz Total Media Creative Projects, 2017.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2024. v. 1.
- GOICOECHEA, Ignacio. Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil e comercial. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 4, n. 7, maio 2016, p. 127-151.
- GUIDI, Guilherme Berti de Campos; REZEK, Francisco. Crimes na internet e cooperação internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, 2018.
- GUIMARÃES, Maisa Campos; PEDROZA, Regina Lucia Sucupira. Violência contra a mulher: problematizando definições teóricas, filosóficas e jurídicas. *Psicologia & Sociedade*, v. 27, p. 256-266, 2015.
- INDICADORES HELPLINE. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/helpline/helplineviz/helpchart-page.html>. Acesso em: 4 fev. 2024.
- KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L.; MERCY, James A.; et al. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002.
- MÜLLER, Ilana. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e seus reflexos no direito à prova no processo penal brasileiro*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-18112016-112353/publico/Tese_Doutorado_Ilana_Muller_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 8 out. 2024.
- PAIVA, Roberta Salomone de. *Inovações digitais no combate à violência contra a mulher: iniciativas durante a pandemia da Covid-19 no Brasil*. 2021. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

- SANTOS JÚNIOR, Elcio Gomes; FRAGA, Thaís Carneiro. O feminicídio (Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015 (LGL\2015\1496)) no ordenamento jurídico brasileiro como norma penal simbólica. *IDEA Revista*, v. 6, n. 1, 2015.
- TIBURCIO, Carmen. The current practice of international co-operation in civil matters. *The Hague Academy Collected Courses Online*, v. 393, p. 53-75, 2018.
- VIANA, A. J. B.; SOUZA, E. S. S. O poder (in)visível da violência sexual: abordagens sociológicas de Pierre Bourdieu. *Revista de Ciências Sociais*, v. 45, n. 2, p. 155-183, 2016.
- VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FRANCISCO, Fabiano Porto. Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 999, n. jan., p. 369-404, 2019.

A ADOÇÃO DO TRANSPORTE DE TÉCNICAS PROCEDIMENTAIS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº. 1.983.478/SP

Leticia Roldi Passamani¹

Roger Gonçalves Saluci²

Tiago Figueiredo Gonçalves³

INTRODUÇÃO

O CPC de 2015, rompendo com o formalismo e rigidez procedimental presente no CPC de 1973, introduziu no ordenamento processual civil um modelo mais flexível e adaptável, com maior integração entre os procedimentos. Dentre

1 Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Pós-graduada pelo IBMEC/SP. Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa Direito Processual em evolução: *Sapere Aude* (UFES/CNPq). Sócia-advogada do Passamani & Bermudes Advocacia.

2 Mestrando em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Direito Processual em evolução: *Sapere Aude* (UFES/CNPq).

3 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Professor do Curso de Direito da FUCAPE – Business School; Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Processual em evolução: *Sapere aude* (UFES/CNPq). Advogado.

as formas de flexibilização procedimental encontra-se o transporte de técnicas entre procedimentos. O objetivo é adaptar o iter procedimental às particularidades do conflito, a partir do trânsito de técnicas entre procedimentos compatíveis, visando a uma tutela jurisdicional mais justa, eficiente e célere, concretizando, por conseguinte, certos princípios constitucionais e processuais como o do devido processo legal, acesso à justiça, duração razoável do processo e isonomia.

Nesse sentido, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no Recurso Especial nº 1.983.478/SP, para reconhecer a aplicação do art. 602 do CPC/2015, disciplinado para o procedimento especial de dissolução parcial da sociedade, aos casos de dissolução total da sociedade. A norma prevê a possibilidade de formulação de pedido de indenização compensável com o valor decorrente da apuração de haveres. Não obstante, na decisão, afirmou-se ser caso de interpretação analógica, sob o pretexto de que as disposições do art. 602 do CPC se mostrariam compatíveis e úteis também à hipótese de dissolução total da empresa.

O problema central do artigo é investigar se a aplicação do art. 602 do CPC de 2015, prevista para a dissolução parcial de sociedades, para os casos de dissolução total, decorre de fato de interpretação analógica, como o Tribunal indicou, ou se representa um verdadeiro transporte de técnicas processuais. A hipótese sugerida é que, ao revés de uma mera interpretação analógica, o STJ, ao aplicar o art. 602 para os casos de dissolução total, teria realizado um transporte de técnicas processuais, alinhando-se ao modelo de flexibilização introduzido pelo CPC de 2015, que visa maior eficiência e adaptabilidade dos procedimentos.

Para investigar o tema proposto, esta pesquisa se utilizou do silogismo lógico, estruturado pelo método dedutivo⁴. A construção desse método decorreu de noções sobre o modelo de flexibilização

4 MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 5 ed. Saraiva, 2009, p. 66.

procedimental adotado pelo CPC de 2015 para analisar o problema central. Alinhou-se à vertente jurídico-teórica, ao propor uma reavaliação dos mecanismos jurídicos e interpretações jurisprudenciais. Ademais, a pesquisa se orientou pela abordagem qualitativa, visando compreender os limites e o alcance do problema, reinterpretado⁵. O procedimento adotado incluiu revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, com ênfase na seleção e estudo do caso de referência.

O MODELO DE FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL DO CPC DE 2015 E O TRANSPORTE DE TÉCNICAS

O modelo de flexibilização procedimental introduzido pelo Código em vigor marcou uma importante mudança em relação ao Código revogado. O CPC/73, conquanto trouxesse disciplina em torno de dezenas de procedimentos especiais, os quais se somavam aos demais procedimentos especiais instituídos em leis extravagantes⁶, apresentava uma rigidez que limitava a adaptação dos ritos processuais às especificidades da causa.

Àquela senda, acreditava-se que uma gama tão vasta de procedimentos atenderia ao princípio da adequação⁷, bem como aos ideais de justiça e de paz social, com a prestação de tutela jurisdicional efetiva, no menor tempo possível.⁸ A intenção original da antiga codificação era criar procedimentos que fossem adequados às diversas demandas do direito material, em relação aos seus sujeitos, objeto ou finalidade⁹. Esse modelo prestigiava a forma como meio

5 MEZZAROBÀ; MONTEIRO, Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito, *op. cit.*, p. 110.

6 GAJARDONI, Fernando. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 86.

7 LACERDA, Galeno. "O Código como sistema legal de adequação do processo". In: *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 164.

8 *Ibidem*, p. 168.

9 *Ibidem*, p. 164.

de segurança jurídica e previsibilidade às partes, sobretudo em razão da própria noção histórica de formalismo como uma garantia às liberdades individuais contra os arbítrios do Estado¹⁰.

De maneira geral, o Código de 1973 não continha normas que permitissem ao juiz ou às partes optar, criar ou combinar o procedimento de acordo com as especificidades do caso ou seus interesses individuais.¹¹ Essa rigidez procedimental, contudo, gerava complexidade e morosidade ao sistema, dificultando a prestação jurisdicional.¹²

O CPC de 2015 buscou simplificar o sistema processual e introduzir um modelo mais flexível, prevendo um procedimento comum adaptável e permitindo uma maior integração entre os procedimentos, inclusive com o transporte de técnicas entre eles. De modo geral, o novo código procurou reduzir a burocratização excessiva, que era apontada como um dos fatores de entrave a um processo justo, eficaz e célere.

Em âmbito constitucional, a flexibilização procedimental encontra-se respaldada pelos princípios do devido processo legal, acesso à justiça, duração razoável do processo e da isonomia. No diploma processual, a flexibilização decorre das normas fundamentais do processo, disciplinadas no artigo 1º do CPC, que estabelece que o processo deve ser ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com os valores e normas constitucionais, no artigo 4º do CPC, que assegura às partes o direito de obter uma solução de mérito em tempo razoável, no artigo 6º do CPC, que prevê a cooperação entre os sujeitos do processo para garantir uma tutela justa e efetiva dentro de um prazo adequado e no artigo 8º do CPC, que exige que o juiz observe os princípios de proporcionalidade, razoabilidade e eficiência na aplicação da lei.

10 MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. *Revista dos Tribunais*, vol. 824, p. 34-60, jun./2004, p. 04.

11 LACERDA, *op. cit.*, 189-191.

12 *Ibidem*, p. 164.

No que se refere ao transporte de técnicas, o CPC de 2015, em seu artigo 327, § 2º, prevê o trânsito de técnicas diferenciadas dos procedimentos especiais para o comum, sobretudo nos casos de cumulação de pedidos sujeitos a ritos diferentes. Para Didier, Cabral e Cunha, este dispositivo autorizaria o “livre trânsito das técnicas diferenciadas”¹³, não apenas dos procedimentos especiais para o procedimento comum, mas do procedimento comum aos especiais e entre procedimentos especiais.

Não obstante, a legitimidade para o transporte de técnicas depende do cumprimento de certos requisitos, quando então a flexibilização do procedimento atenderá, ao mesmo tempo, ao fim de atender a segurança jurídica, e a proporcionar a prestação de tutela jurisdicional adequada, justa e célere. O primeiro deles é a finalidade: a justificativa para a modificação ritualística do procedimento, com inserção de técnicas de outros procedimentos, deve ser a tutela jurisdicional adequada, com o dispêndio mínimo de tempo e energia¹⁴. O segundo requisito é a compatibilidade “da técnica processual exportada com a base que será recepcionada”¹⁵, o que demanda uma análise cuidadosa tanto do direito processual quanto do direito material envolvido¹⁶. O transporte da técnica deve respeitar, ainda, o contraditório participativo, com intimação prévia das partes para que se manifestem e influam na efetiva implementação da técnica¹⁷. Por fim, a decisão que promove o transporte da técnica deve ser

13 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 75.

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 77, p. 168/176, jan./mar. 1995, p. 01.

15 MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença*: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 24-27.

16 *Ibidem*, p. 27.

17 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da aptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista TST*, Brasília, v. 82, n. 3, jul./set. 2016, p. 101.

fundamentada, o que permite a análise dos demais requisitos e o controle dos atos jurisdicionais.

Vê-se, assim, que a evolução do processo civil brasileiro, culminando na edição do CPC de 2015, reflete a busca por um sistema processual mais eficiente e adaptável às demandas contemporâneas. A flexibilização procedimental e o transporte de técnicas surgem como uma resposta às críticas dirigidas à rigidez do código anterior, promovendo uma maior adequação do rito processual às especificidades dos conflitos, sem comprometer a segurança jurídica e a previsibilidade.

O RECURSO ESPECIAL Nº 1.983.478/SP E O TRANSPORTE DE TÉCNICAS PROCESSUAIS

Uma das significativas inovações do Código de Processo Civil de 2015, sem correspondente na codificação anterior, foi a inclusão da ação de dissolução parcial de sociedade entre os procedimentos especiais. Tal inserção revelou-se adequada ao contexto das relações comerciais contemporâneas, uma vez que, ao longo do tempo, a jurisprudência já havia consolidado a possibilidade de rompimento do vínculo jurídico entre sócio e sociedade sem que isso culminasse, necessariamente, no encerramento das atividades empresariais. Essa construção trata-se de uma decorrência direta do princípio da preservação da empresa, permitindo que as atividades continuem a ser desenvolvidas pelos sócios remanescentes, preservando a função econômica e social da sociedade.¹⁸

A distinção entre a dissolução parcial e total de sociedade reside, justamente, nesta preservação e continuidade da empresa. Enquanto a dissolução total ocorre quando a sociedade deixa de existir em virtude da ruptura completa do vínculo entre os sócios,

18 BARIONI, Rodrigo. *Comentários ao código de processo civil: da ação de consignação em pagamento até da ação de dissolução parcial de sociedade*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2020, p. 110.

exigindo, conseqüentemente, a sua liquidação, a dissolução parcial se configura quando apenas um ou alguns dos sócios é (são) excluído(s) ou se desliga(m), o que pode se dar em razão de morte, exclusão, retirada ou recesso. Ou seja, a sociedade permanecerá a existir, mas sem o mesmo vínculo societário anterior.¹⁹

É dentro deste contexto do procedimento especial da dissolução parcial da sociedade que emergem as questões enfrentadas pelo Recurso Especial nº 1.983.478-SP, em que foi discutida a aplicação da técnica do art. 602 do Código de Processo Civil, referente ao procedimento especial de dissolução parcial de sociedade, à hipótese de dissolução total. Os recorrentes aduziram que o referido dispositivo não poderia ser aplicado à dissolução total, tendo em vista que sua previsão se via inserida no regramento do procedimento da dissolução parcial.

O supracitado artigo 602 do CPC prevê que, no contexto da dissolução parcial, a sociedade pode formular pedido aspirando o recebimento de indenização pelos prejuízos que o sócio tenha causado. Esta indenização, uma vez julgada procedente, pode ser compensada com o valor dos haveres a serem apurados. Medida esta que objetiva evitar que aquele sócio em vias de ser desligado da sociedade se beneficie dos haveres sem que antes sejam deduzidos os danos que eventualmente ele possa ter causado durante o período de seu vínculo societário.

No caso em questão, por não se tratar de uma dissolução parcial, mas sim de total, os recorrentes alegaram que o acórdão recorrido teria violado o art. 602 do CPC, ao concluir que os ilícitos relatados pela parte recorrida justificariam a realização da perícia contábil no procedimento de liquidação judicial, quando, na realidade, essa questão deveria ter sido remetida para uma demanda autônoma, na qual, então, tramitar-se-ia um procedimento próprio.

19 MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. *Revista de Processo*, v. 282, p. 383-407, ago. 2018.

Para solucionar a controvérsia acerca da aplicação do art. 602 do CPC, a decisão percorreu a evolução histórica da matéria, destacando que a dissolução parcial consiste em uma criação pretoriana. Inicialmente, não encontrava amparo na regulação processual, uma vez que sob a égide do CPC de 1939 e do CPC de 1973 apenas existia previsão legal relativa à extinção total das entidades societárias. Deste modo, adotava-se a interpretação analógica com o intuito de suprir a lacuna legislativa. Assim sendo, para a dissolução parcial, aplicava-se as disposições relativas à dissolução total previstas nos arts. 655 a 674 do CPC de 1939, as quais permaneceram em vigor por força do art. 1.218, VII, do CPC de 1973.

Outrossim, a decisão sustenta que com a entrada em vigor do CPC de 2015 houve uma inversão da situação anterior, uma vez que o novo diploma legal passou a regulamentar exclusivamente a dissolução parcial de sociedade nos arts. 599 a 609, sem previsão expressa para o procedimento de dissolução total, que agora tramita pelo procedimento comum. Diante dessa ausência normativa específica, defende-se a aplicação da interpretação analógica das disposições relativas à dissolução parcial para os casos de dissolução total.

Para fundamentar este entendimento o julgado cita a doutrina de Humberto Theodoro Jr., que defende que em razão da similitude do direito material que viabiliza a instauração do procedimento as medidas referentes às dissoluções parciais serão sempre aplicáveis aos casos de dissolução total no que lhe forem compatíveis. De modo que, compatibilizando-se, o procedimento comum da dissolução total deve se adaptar, adequando-se com o sistema da dissolução parcial que o legislador adotou.²⁰

Ademais, para reforçar a adoção do art. 602, o julgado também cita o posicionamento de Mazzei e Gonçalves, que sustentam a possibilidade de o magistrado se apoiar no regramento da dissolu-

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2023. v. 2, p. 221.

ção parcial de sociedade para a ação de dissolução total, sempre que não houver incompatibilidade, e desde que seja útil, especialmente no que diz respeito à apuração de haveres.²¹

Assim sendo, o julgado define que “as disposições do art. 602 se mostram compatíveis e úteis à hipótese de dissolução total da empresa”, concluindo que esta dissolução total conduz à liquidação da sociedade por meio da efetiva apuração dos valores de cada sócio, de modo que a indenização por irregularidades pode ser apurada no próprio procedimento, sem a necessidade de uma ação judicial autônoma para esse fim. A partir disso, reconheceu a “interpretação analógica” para que o art. 602 fosse aplicado ao caso de dissolução total.

Em que pese o julgado tenha entendido que a aplicação do art. 602 em casos de dissolução total de sociedade resulte de interpretação analógica, parece-nos que, na verdade, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a compatibilidade entre os diferentes procedimentos, e a utilidade na utilização da técnica do art. 602 aos casos de dissolução total da sociedade, estava promovendo um verdadeiro transporte de técnicas processuais.

Para chegar a tal conclusão, basta verificar que o próprio STJ segue um modelo de análise de compatibilidade que se confunde com a verificação dos requisitos para o transporte de técnicas processuais, uma vez que se remete a viabilidade diretamente ao próprio direito material das dissoluções sociais e a utilidade do transporte. Deste modo, constata-se que o vínculo de direito material gerou base para um transcorrer comum e sem qualquer incompatibilidade de recepção, adotando-se um sistema de comunicação interativa entre o procedimento especial da dissolução parcial e o procedimento comum da dissolução total, visando a máxima eficiência do procedimento.²²

21 MAZZEI; GONÇALVES, A dissolução parcial de sociedade, *op. cit.*, p. 3.

22 MAZZEI; GONÇALVES, Ensaio sobre o processo, *op. cit.*, p. 24-27.

Tanto é assim, que o STJ, utilizando das lições de Mazzei e Gonçalves, reconheceu diretamente a análise da utilidade como requisito para o emprego do art. 602 na hipótese de dissolução total, sendo que os referidos professores, ao tratarem sobre a temática, concernem diretamente acerca do trânsito do regramento, de modo que fundamentam a possibilidade de se ter o apoio do regramento da dissolução parcial justamente em virtude do art. 327, § 2º, do CPC de 2015.²³

O art. 327, § 2º, do CPC de 2015 representa uma das principais expressões da mudança paradigmática em direção à flexibilização procedimental trazida pela codificação vigente. Esse dispositivo reforça a ideia de que o procedimento comum, utilizado para a dissolução total de sociedades, é adaptável e maleável, em contraste com o modelo rígido da codificação anterior. Dessa forma, tem-se que o procedimento comum se torna um terreno fértil para a inserção de técnicas procedimentais específicas voltadas à proteção de direitos determinados, refletindo a evolução do sistema processual em busca de maior eficiência e adequação às particularidades de cada caso.²⁴

Dessa forma, quando o Superior Tribunal de Justiça realiza a análise de compatibilidade e utilidade entre as técnicas processuais previstas no procedimento especial de dissolução parcial e o procedimento comum da dissolução total, não se está diante de uma interpretação analógica, uma técnica hermenêutica normativa, mas de uma análise de transporte de técnicas processuais, viabilizada pela maleabilidade do procedimento comum, que ao contrário da rigidez que marcava a codificação anterior, agora admite a incorporação de técnicas dos procedimentos especiais para a adequada tutela dos direitos materiais.

23 MAZZEI; GONÇALVES, A dissolução parcial de sociedade, *op. cit.*, p. 3.

24 DIDIER JR. Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70.

Para compreender melhor esta realidade processual, é necessário ter em mente o apontamento realizado por Mazzei em aula do grupo de pesquisa CPC, Democracia e Sociedade, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. O professor destaca que diferente do Código de 1973, que permitia olhar o procedimento apenas do começo ao fim, o CPC de 2015 permite uma análise para além da linearidade, de modo que autoriza a adentrar nas próprias técnicas que formam os procedimentos.²⁵

A utilização da interpretação analógica para justificar a aplicação de técnica do procedimento especial para o procedimento comum representa uma visão equivocada de que o procedimento ainda permanece impermeável do começo ao fim, tal como depreende-se do revogado art. 292, §2º, do CPC de 1973, que durante a sua vigência afastava a possibilidade de utilização de qualquer técnica especial no procedimento ordinário.

Por esta razão, é imperioso registrar que os tribunais necessitam voltar seus olhares para o paradigma processual vigente, reconhecendo o fenômeno do transporte de técnicas como uma realidade processual do Código de 2015, distinta da interpretação analógica e do emprego da analogia. A análise de compatibilidade realizada pelo STJ para a utilização da técnica do art. 602 do CPC ao procedimento comum da dissolução total consistiu na própria adoção do trânsito das técnicas processuais, tendo em vista o cenário de normas e procedimentos que já são desenhados para serem interativos e complementares. Esta mudança de olhar é necessária para que se oportunize uma aplicação consciente das técnicas processuais ante a flexibilidade e adaptabilidade que os casos demandam.

Ademais, muito embora reste demonstrado que o STJ adotou em verdade o transporte de técnicas para o presente caso (ape-

25 CPC DEMOCRACIA E SOCIEDADE – PUC-SP. Transporte de Técnicas Processuais. YouTube, 27 mar. 2024. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2iZbHBldFTA&ab_channel=CPCDemocraciaeSociedade-PU-C-SP. Acesso em: 01 out. 2024.

sar de o ter chamado de interpretação analógica), no que se refere especificamente ao art. 602 do CPC, de acordo com as lições de Gonçalves e Delboni, bastaria o reconhecimento de que o pedido indenizatório se dera pela cumulação de pedidos dentro do próprio procedimento comum, considerando o disposto no art. 327, § 1º, do CPC.²⁶

CONCLUSÃO

A entrada em vigor do CPC de 2015 acarretou uma mudança paradigmática no processo civil brasileiro, agora caracterizado pela flexibilidade e adaptabilidade dos procedimentos. O transporte de técnicas processuais é uma consequência da própria evolução do sistema processual, rompendo com a rigidez do CPC de 1973, que limitava a adaptação dos ritos e embaraçava a própria efetividade da prestação jurisdicional.

A presente pesquisa confirma a hipótese de que o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.983.478/SP, ao aplicar o art. 602 para os casos de dissolução total da sociedade empresária, realizou uma transposição técnica, alinhada ao propósito de flexibilidade do CPC de 2015. Não obstante, ainda hoje, quase 10 anos após a entrada em vigor do Código de 2015, existe certa dificuldade em abandonar o uso equivocado da “interpretação analógica” ou “analogia” para se referir ao transporte de técnicas.

Faz-se necessária a compreensão pelos operadores do Direito de que a utilização de técnicas processuais do procedimento especial para o procedimento comum, tal como no caso da dissolução parcial para a dissolução total, decorre diretamente da natureza flexível do sistema processual, onde o *iter procedimental* não é

26 GONÇALVES, Tiago Figueiredo; DELBONI, João Rafael Zanotti Guerra Frizzera. Anotações sobre o transporte de técnicas processuais a partir da ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Processo*, v. 334, p. 255-278, dez. 2022, p. 8.

mais tratado como um caminho linear e rígido, mas sim, como um trajeto maleável e suscetível à introjeção de técnicas especiais. O objetivo é atender às especificidades do direito material tutelado e proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional mais justa e eficiente, atendendo aos princípios constitucionais e processuais inerentes à cláusula do devido processo legal.

Assim sendo, o presente estudo contribui para o esclarecimento acerca da utilização do transporte de técnicas como ferramenta processual apta a adequar os procedimentos às particularidades dos diferentes casos concretos. A análise desenvolvida no Recurso Especial nº 1.983.478/SP exemplifica a aplicação prática do trânsito de técnicas e propõe uma reavaliação dos métodos judiciais à luz do CPC de 2015, de modo a guiar futuras interpretações e aplicações judiciais.

O CPC de 2015 exige dos operadores uma postura interpretativa inovadora, onde a maleabilidade do procedimento possibilita ajustes necessários à concretização dos direitos, favorecendo, assim, o avanço da ciência jurídica e uma prestação jurisdicional mais próxima dos valores sociais e institucionais vigentes ao tempo atual.

REFERÊNCIAS

BARIONI, Rodrigo. *Comentários ao Código de Processo Civil: da ação de consignação em pagamento até da ação de dissolução parcial de sociedade*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2020.

CPC DEMOCRACIA E SOCIEDADE – PUC-SP. Transporte de Técnicas Processuais. *YouTube*, 27 mar. 2024. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=2iZbHBldFTA&ab_channel=CPCDemocraciaeSociedade-PUC-SP. Acesso em: 01 out. 2024.

- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de. Os princípios da adequação, da aptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista TST*, Brasília, v. 82, n. 3, jul./set. 2016.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo; DELBONI, João Rafael Zanotti Guerra Frizzera. Anotações sobre o transporte de técnicas processuais a partir da ação de dissolução parcial de sociedade. *Revista de Processo*, v. 334, p. 255-278, dez. 2022.
- LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de impugnação ao julgado cível: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 824, p. 34-60, jun. 2004.
- MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. *Revista de Processo*, v. 282, p. 383-407, ago. 2018.
- MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Processo de execução e cumprimento de sentença: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR A ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO MONITÓRIA POR AUSÊNCIA DE PROVA ESCRITA EM SEDE DE EMBARGOS MONITÓRIOS

Tiago Figueiredo Gonçalves¹

Luiz Felipe Martine Dias²

INTRODUÇÃO

O procedimento da ação monitória é revestido de especificidades que guardam relação direta com a técnica que dá nome à ação, pela qual o juiz, por meio de pronunciamento inicial, com base em juízo de cognição sumária, realiza juízo de admissibilidade acerca do preenchimento do requisito de “prova escrita sem eficácia de título executivo”. A presença deste requisito o leva a, tomando o direito por evidente, deferir a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer. Desse pronunciamento, pois,

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Professor do Curso de Direito da FUCAPE – Business School; Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Processual em evolução: *Sapere aude* (UFES/CNPq). Advogado. E-mail: tiago.goncalves@ufes.br.

2 Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Processual em evolução: *Sapere Aude* (UFES/CNPq). Advogado. E-mail: luizmartine@hotmail.com.

decorrem os principais efeitos aferíveis das técnicas especiais do procedimento, posicionando-o como ato de especial importância.

A pesquisa pretende analisar esse juízo de admissibilidade que o juiz realiza no bojo do pronunciamento de recebimento da demanda monitoria, que o leva a, tomando por suficiente a prova escrita sem eficácia de título executivo, concluir pela evidência do direito afirmado. Busca, ainda, analisar se, em que medida e sob que circunstâncias é possível, em momento posterior do procedimento, muito especialmente em sede de embargos monitorios, a rediscussão da presença deste requisito de admissibilidade, possibilitando ao juiz a revisão de seu entendimento anteriormente manifestado.

Neste contexto, o estudo ainda analisa se eventual sentença em que a matéria é reavaliada pelo magistrado em sede de embargos, na qual conclui-se pela não verificação do preenchimento dos requisitos do art. 700 do CPC, leva à extinção do processo sem resolução do mérito, ou se, pelo contrário, diante do aprofundamento da cognição em torno da matéria, há julgamento do mérito da monitoria.

O tema é atual e controverso. O Superior Tribunal de Justiça, buscando pacificar entendimento a seu respeito, definiu que, após a conversão do procedimento monitorio para o comum, já não mais se mostraria razoável a extinção do processo fundamentada em inaptidão da prova para aparelhar o pedido monitorio. Muitos tribunais pátrios, contudo, permanecem proferindo decisões terminativas, em descompasso com o entendimento firmado por aquele Tribunal.

O exame da questão se faz buscando compreender as técnicas processuais especiais da monitoria em diálogo com as normas fundamentais, partindo da hipótese, ao final confirmada, de que, por mais que a cognição exauriente realizada com o exame dos embargos monitorios não impeça a rediscussão da admissibilidade em si, com a conversão do rito especial para o comum e consequente eliminação das técnicas especiais monitorias, não há impedimento a que se promova o desenvolvimento regular do feito. Não se mos-

tra adequado extinguir o processo sem resolução do mérito com base neste fundamento, sob pena de desvirtuamento do escopo que levou à previsão do procedimento especial.

Para esse fim, a pesquisa utiliza como metodologia abordagem qualitativa, mediante a revisão bibliográfica de diferentes fontes literárias e normativas, com enfoque analítico e exegético das normas vigentes.

A pesquisa, então, busca contribuir para a pacificação da controvérsia, afastando de modo definitivo a concepção que, no cenário aventado, toma como possível a prolação de sentença sem resolução de mérito, culminando na necessidade de o credor buscar sua tutela mediante o ajuizamento de nova demanda.

O PRONUNCIAMENTO INICIAL NA AÇÃO MONITÓRIA

A ação monitória se insere no âmbito da tutela jurisdicional diferenciada não obrigatória. O suposto titular do direito que atenda aos requisitos do art. 700 do CPC pode pleiteá-lo por meio do procedimento especial monitório. Pode, também, buscar sua tutela em demanda processada pelo procedimento comum, com consequente renúncia dos benefícios do procedimento especial. Tudo conforme sua conveniência.³ O procedimento monitório tem suas técnicas concebidas com o objetivo de acelerar o surgimento da autorização para executar, quando o suposto titular do direito não dis-

3 “Há procedimentos que são criados como uma alternativa de tutela diferenciada ao autor, que se valerá deles conforme sua conveniência”. [...] São os procedimentos especiais não-obrigatórios, opcionais, pois podem ser dispensados pelo autor. A eles se aplica irrestritamente a regra da conversibilidade do procedimento em comum, em caso de cumulação de pedidos.” DIDIER JR., Fredie e; CABRAL, Antonio do Passo e; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 28.

põe de título executivo, mas reúne elementos de prova que revelam forte aparência em torno da existência do direito afirmado⁴.

Daniel Amorim Assumpção Neves explica que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, a tutela monitória é concentrada em um único pronunciamento judicial inicial, no qual há determinação do cumprimento da obrigação, cuja eficácia é suspensa pela apresentação de defesa pelo réu⁵.

O pronunciamento a que se refere é aquele disciplinado no art. 701 do CPC/15. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

O requisito de evidência do direito traz consigo amplo espectro de discussão. A cognição inicial praticada na ação monitória é sumária e limita-se a verificar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 700 do CPC/15: a existência de prova escrita sem eficácia de título executivo, capaz de exigir do devedor o pagamento de quantia, a entrega de coisa fungível ou infungível, ou de bem móvel ou imóvel, ou o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer⁶.

Neste sentido, Antônio Carlos Marcato defende que esta sumariedade é justificada pela ideia de que o processo deva comportar-se, em determinadas situações, e em atenção ao interesse geral, de acordo com o que *geralmente acontece* e como *pode efetivamente acon-*

4 TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória”* – Lei 9.079/95. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 93.

5 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022, p. 1.034.

6 Afirmo Humberto Theodoro Júnior que para que seja válida a opção pela ação monitória, necessária a observância dos requisitos/condições em três planos, isto é, quanto ao objeto da obrigação, aos seus sujeitos, e a prova da relação obrigacional. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais* – vol. II. 50. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 398.

tecer no caso concreto⁷. Autoriza-se a formação de um juízo de probabilidade e de verossimilhança sobre as particularidades do caso concreto submetido ao debate judicial⁸, limitado ao conhecimento dos fatos constitutivos alegados pelo autor como fundamentos do direito deduzido em juízo. Há a possibilidade de obtenção de provimento judicial *inaudita altera parte*, cuja eficácia executiva estaria sujeita à condição suspensiva de ausência de oposição por parte do devedor, ou à condição resolutiva do acolhimento de eventual oposição de sua parte⁹.

Não é correto, contudo, confundir cognição limitada com cognição insuficiente, ou realizada de forma insatisfatória para os fins a que se propõe, tampouco com uma cognição discricionária¹⁰, ainda que parcial aos argumentos trazidos por uma única parte. Eduardo Talamini escreve que haveria, neste momento, efetiva análise do mérito da demanda, motivo pelo qual o requisito da monitoria seria a “prova escrita” e não mero “documento escrito”¹¹. Assim, se diferencia do rito executivo, no qual não há exame de mérito, nem

7 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 357.

8 *Ibidem*, p. 359.

9 *Ibidem*, p. 359.

10 “Como sempre, no exercício da atividade jurisdicional, cabe ao juiz definir os fatos que ocorreram (ainda que não através de cognição exauriente) e atuar concretamente a correta consequência desses fatos. O juiz não decidirá se é “oportuno” ou “conveniente” conceder o mandado. Com base nos fatos que parecem ter ocorrido, definirá se há crédito que justifique a expedição do mandado.” TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 75.

Ainda: “O juiz, quando analisa o pedido de expedição do mandado monitorio, há de fazê-lo ciente de que deve verificar apenas se há boa chance de os fatos constitutivos terem ocorrido. Realizará simples exame da aparência de veracidade – tendo em vista inclusive a provisoriedade da conclusão a que chegará. Enfim, o juiz desenvolverá a atividade cognitiva nos únicos limites compatíveis com o momento procedimental. Afinal, por um lado, ele decidirá com base em alegações e provas unilaterais (até então só o autor participou do processo). Por outro, e não bastasse isso, há a limitação a uma única espécie probatória, a documental escrita. A cognição desenvolvida nessas condições pode apenas ser sumária.” TALAMINI, Eduardo. *Ação monitoria e cheque prescrito: relação subjacente, prova escrita e causa de pedir*. São Paulo: Revista de Processo, 2014.

11 TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 72.

mesmo sumário, mas apenas análise formal da presença do título executivo extrajudicial.¹²

Posicionada a “prova escrita” como pressuposto da concessão da tutela monitoria, haveria, então, efetiva instrução probatória no início do procedimento: a prova enquanto “atividade”, ainda que se trate de instrução limitada à prova documental, mas, sobretudo, a prova enquanto “resultado”, pela formação de convicção por parte do julgador, que alcança convencimento quanto ao mérito da pretensão de autor, desenvolvendo juízos de fato e de direito acerca da prova apresentada¹³. Ocorreria, em síntese, uma cognição propriamente dita do mérito, ainda que sumária¹⁴, acerca da probabilidade do direito alegado¹⁵.

12 *Ibidem*, p. 29. “O vocábulo “prova” veicula pelo menos três significados diversos, em direito processual. Em primeiro lugar, serve para designar o meio empregado para aferição da veracidade da afirmação sobre um fato. Nessa acepção, “prova escrita” tem sentido de “documento escrito”. Só que “prova” é mais do que isso. Denomina também todo o complexo de atividades desenvolvidas para essa aferição. Por fim, também se fala em “prova” quando se quer referir ao resultado obtido com essas atividades, através daqueles meios – ou seja: a convicção a que o juiz chega”. TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 71-72.

13 *Ibidem*, p. 72.

14 “Em termos conceituais, a monitoria é ação de cognição sumária, que objetiva a formação de título executivo em menor espaço de tempo, se comparado com as ações de cognição ampla, apoiando-se na existência de prova escrita, sem força executiva. A ação monitoria não é espécie do gênero ação de execução, como alguns poderiam defender, sendo típica ação de conhecimento, que objetiva a formação de título executivo, sendo marcada pela adoção de procedimento simplificado”. MISAEL, Montenegro Filho. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 3, p. 433.

15 Rememora-se que Kazuo Watanabe define a cognição em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No plano horizontal, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente, e pode ser *plena* ou *limitada (parcial)*, segundo a extensão permitida. No plano vertical, a cognição poderia ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta). Em linha de princípio, a solução definitiva do conflito de interesses se daria em *cognição plena* e *exauriente*, em procedimento plenário quanto à extensão do debate e completo quanto à profundidade da cognição, providenciando ao juízo maior índice de segurança quanto à certeza do di-

O § 5º do art. 700 do CPC define que, havendo dúvida quanto à idoneidade da prova documental apresentada, o autor deve ser intimado para, querendo, emendar a inicial, adaptando o procedimento especial monitorio ao procedimento comum. De plano, verifica-se, nesta primeira técnica especial, o interesse do legislador em resguardar a efetividade do procedimento, evitando que, caso o juízo entenda, no exercício de sua cognição limitada, pela falta de probabilidade do direito do autor, ocorra o indeferimento automático da petição inicial e a extinção do feito sem resolução do mérito, o que obrigaria o autor a ajuizar uma nova demanda, desta feita pelo procedimento comum.

É também exemplo de conversão do rito: a fase monitoria persiste até o momento em que o juiz define que o conjunto probatório apresentado não é suficiente para demonstração do direito alegado, e o autor, em resposta à intimação, emenda a inicial para convertê-la ao procedimento comum, através do qual, mediante cognição exauriente, poderá ser verificada a razão do demandante¹⁶. Assim, o juízo inicial de admissibilidade atua em direta consonância com as normas fundamentais previstas no CPC, seja diante da previsão que determina o prosseguimento da ação monitoria, com a rápida constituição de título executivo judicial em defesa à celeridade e eficácia no provimento jurisdicional, seja diante do comando que obsta seu trâmite, permitindo, contudo, a manutenção da ação, oferecendo oportunidade de adequação do rito, em defesa da economia processual¹⁷.

reito controvertido. WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118-120.

16 TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 112.

17 Discorre Luiz Guilherme Marinoni acerca do direito à tempestividade da tutela jurisdicional: “A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e a adequação deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial [...].” MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva*

É possível afirmar, portanto, que a ação monitória exige prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado, integrando-a, assim, no rol dos processos documentados, tal como o mandado de segurança¹⁸ e o inventário, de forma a garantir a celeridade do procedimento.

A lição de Rodrigo Reis Mazzei evidencia que o processo documentado é aquele que admite apenas a prova já previamente documentada, não permitindo a produção probatória dentro do próprio procedimento; nestes casos, há uma análise retrospectiva da prova, com o objetivo de acelerar o desfecho do processo¹⁹. O autor sugere a existência de variações de rigidez nos processos de natureza documentada: o processo de inventário assumiria posição intermediária, pois, em determinados momentos, estaria autorizada a produção de prova que não a previamente documentada (aponta, a título de exemplo, os arts. 620, § 1, 630, 663, e 664, § 1 do CPC); o mandado de segurança apresentaria maior rigidez, permitindo somente prova documentada, excepcionada a produção probatória diferida na eventualidade de o documento necessário à constatação do direito se encontrar na posse de outra pessoa (art. 6, § § 1º e 2º, da Lei n. 12.016/2009); por fim, a ação monitória garantiria maior

da teoria dos direitos fundamentais. Teresina: Revista Jus Navigandi, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5281>. Acesso em: 01 out. 2024.

18 Uma das exigências formais do procedimento de mandado de segurança é a existência de direito líquido e certo. Quando a lei assim afirma, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald, e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que se requer que este direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração, um “*direito comprovado de plano*”; se dependesse de comprovação posterior, não seria líquido, nem certo. Assim, é necessário prova pré-constituída das situações e fatos que embasariam o direito invocado pela parte impetrante. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

19 MAZZEI, Rodrigo Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil* – Vol. XII (arts. 610 a 673): do inventário e da partilha. Coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João rancisco N. da Fonseca. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 80.

liberdade, visto que o art. 702 do CPC permite a recepção de qualquer meio probante²⁰.

Complementando esta linha de raciocínio, considerando o ponto principal deste estudo - de que as técnicas monitorias são suprimidas com a mera oposição de embargos monitorios e a conversão do rito (notadamente, a impossibilidade de aplicação da automática conversão do mandado monitorio em título executivo judicial) -, o escopo de produção probatória na ação monitoria seria, de forma inversa, *tão rígido* que esta deve vir acompanhada, necessariamente, da supressão de tudo que especializa o procedimento. Não haveria qualquer compatibilidade das técnicas monitorias com a produção probatória em juízo, uma vez que a ação é integralmente convertida ao procedimento comum apenas pela possibilidade de que venha a ser pleiteada essa conversão (afinal, trata-se de faculdade do réu embargante, que não necessariamente será utilizada). Não haveria excepcionalidade a esta regra. A ação monitoria, portanto, possuiria menor rigidez quanto à *amplitude* das provas que possam vir a ser produzidas, mas, em um contexto de aplicabilidade de suas técnicas, seria a mais rígida. Não há qualquer descaracterização ou alteração substancial do inventário ou do mandado de segurança na ocorrência da produção probatória legalmente prevista, enquanto na ação monitoria não há espaço para esta amplitude da cognição sem que seja fundamentalmente alterada.

As técnicas da ação monitoria enquadram-se perfeitamente ao molde dos processos documentados. Posicionar a ação monitoria no rol dos processos documentados possui evidente relevância: permite o diálogo com outras figuras agrupadas no mesmo gênero, facilitando a identificação e análise das técnicas processuais que podem ser importadas ou exportadas²¹, o que, de plano, justifica que seja por este ângulo compreendida.

20 MAZZEI, Comentários ao Código de Processo Civil, *op. cit.*, p. 82.

21 *Ibidem*, p. 82.

IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR-SE ADMISSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE PROVA ESCRITA EM SEDE DE EMBARGOS MONITÓRIOS

Visualizando a existência dos requisitos de prosseguimento do feito sem necessidade de conversão para o procedimento comum, o juiz determina a expedição do mandado monitorio de pagamento, conforme prevê o art. 701 do CPC.

Como forma de defesa, o réu pode opor, independentemente de prévia apresentação de segurança ao juízo, embargos monitorios, na forma prescrita pelo art. 702 do CPC, o que também acaba por converter o feito ao rito comum, instaurando-se o contraditório em sua plenitude²², permitindo a cognição exauriente da matéria submetida à apreciação judicial²³.

Neste caso, há o exercício do direito à ampla defesa pelo embargante e a produção de provas tendentes à desconstituição do mandado, culminando com a prolação de sentença de mérito²⁴. Em síntese, cabe ao requerido promover o início do debate sobre eventuais vícios que maculam o débito e sua causa, lançando mão de todas as defesas de que disponha, tanto as processuais (art. 337 do CPC), quanto as substanciais, diretas e indiretas, passíveis de alegação no procedimento comum (art. 702, § 1º, do CPC)²⁵.

22 Discorre Antônio Carlos Marcato que a opção do legislador pela adoção do procedimento ordinário é justificada, não em função de uma simples conversão do rito especial monitorio para aquele comum, mas exclusivamente pela maior amplitude de cognição que ele possibilita. MARCATO, Antônio Carlos. *Considerações sobre a natureza dos embargos ao mandado monitorio*. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, 1998.

23 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 376.

24 *Ibidem*, p. 377.

25 DIDIER JR., Fredie e; FREIRE, Alexandre e; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – vol. 4. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 700.

Diferentemente do que ocorre quando *não há* apresentação de embargos monitórios pelo requerido, isto é, quando permanece inerte, e por assim permanecer o mandado monitório é convertido em título executivo judicial independentemente de qualquer formalidade (§ 2º do art. 701 do CPC), no julgamento dos embargos monitórios, há o proferimento de sentença de mérito, com todos os efeitos dela naturalmente decorrentes.

Considerando, contudo, que o ato inicial que verifica o preenchimento dos requisitos intrínsecos do rito monitório é proferido mediante cognição sumária, e, assim, limitado aos fatos levados ao processo unicamente pelo autor da ação, pode, ou, em complemento, *deve*, a sentença de mérito dos embargos reavaliar a matéria, agora sustentada por cognição exauriente decorrente do exercício do contraditório da parte contrária, ou estaria a discussão da admissibilidade enrijecida a partir de sua verificação inicial? Haveria preclusão que impediria a reabertura da matéria em momento processual posterior? E, em complemento, pode a parte requerida, em seus fundamentos de embargos monitórios, impugnar o preenchimento destes requisitos pelo autor, e requerer, assim, a extinção do feito sem resolução do mérito, ou, de forma alternativa, caso não o possa, seria o impedimento de rediscutir a matéria uma ofensa ao pleno contraditório do embargante?

A discussão é de evidente importância. Verificado pelo julgador, após a apresentação dos embargos monitórios, e com o devido exercício do contraditório, a eventual insuficiência do preenchimento dos requisitos para admissibilidade da ação monitória, o resultado desta verificação seria a extinção do feito sem resolução do mérito? O rito monitório, cujo propósito basilar reside no encurtamento do trajeto do credor até a constituição do título executivo judicial, pode acabar resultando em considerável prorrogação de eventual resultado, potencialmente forçando distribuição de novo processo pelo rito comum, o que, por sua vez, causa insegurança na utilização do procedimento especial. Em contrapartida, caso não

seja adequada a rediscussão da admissibilidade da ação monitória em sede de embargos, há potencialidade de imputar-se limitação à matéria defensiva da parte adversa, o que, via de consequência, enseja prejuízo ao seu contraditório²⁶.

Necessário dar-se um passo atrás, examinando-se primeiramente a admissibilidade em um contexto mais amplo. Dita José Roberto dos Santos Bedaque que, proposta a ação e iniciado o processo, é necessária a observância da técnica prevista pelo legislador para a adequada constituição e o correto desenvolvimento do instrumento, com a observância do conjunto de regras previamente estabelecidas para que a via estatal de solução de conflitos possa atingir seus objetivos²⁷. Neste sentido, ao receber o pedido do autor, materializado na petição inicial, antes de determinar a prática de qualquer ato, o juiz irá examinar se existem óbices técnicos que possam comprometer o normal funcionamento do mecanismo, com o preenchimento dos requisitos de desenvolvimento válido e regular do processo²⁸.

No intuito de estabelecer-se critério comparativo, traz-se em exame o rito executivo. O art. 783 do CPC determina que a execução para cobrança de crédito necessita, como requisito de prosseguimento, a existência de título de obrigação certa, líquida e exigível. Assim, a petição inicial de execução possui requisitos que devem ser atendidos pelo exequente, em relação ao que deve instruir e o

26 “[...] é fundamental compreender a evidente tensão existente entre garantias processuais, pois, embora existam razões que justifiquem o emprego da tutela jurisdicional fundada em cognição sumária, não se perde de vista a necessidade de assegurar que o contraditório não seja fragilizado desnecessariamente. Enxergar, portanto, o tempo somente como fonte recorrente de prejuízos poderia levar ao esquecimento de que o exercício pleno das garantias processuais, devidamente oportunizadas, não deveria sofrer ameaças de pressa em se alcançar um resultado apenas célere”. EID, Elie Pierre. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos e; CINTRA, Lia Carolina Batista e; EID, Elie Pierre (Coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 92.

27 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 235.

28 *Ibidem*, p. 238.

que requerer, havendo múltiplas hipóteses de extinção da execução por falha ou defeito que leve ao indeferimento da petição inicial²⁹. Em sede de embargos à execução, é facultado ao executado suscitar qualquer invalidade processual da relação processual executiva, o que incluiria a ausência de preenchimento das condições da ação, e qualquer outro que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento³⁰. Na hipótese narrada, mesmo possuindo o exequente título executivo extrajudicial, documento previsto em lei que indica provável e previsível existência de crédito³¹, ainda prevê o legislador oportunidade eventual de defesa que enfrente o preenchimento dos requisitos constitutivos do processo, tamanha a importância de corrigir-se a questão.

O precedente acima elencado revela que o exercício pleno do contraditório engloba a possibilidade de suscitar-se, em sede de defesa pela parte reclamada judicialmente, vício no preenchimento das condições da ação, o que também aparenta indicar, em primeira análise, que, aplicado ao rito monitorio, o requerido também poderia rediscutir o preenchimento dos requisitos de admissibilidade da ação monitoria em sua peça defensiva.

Esta dúvida não permaneceu limitada ao campo teórico: verifica-se dissidência jurisprudencial contemporânea no julgamento de embargos monitorios que suscitam a inadmissibilidade da ação monitoria, alegando-se eventual carência da ação pelo não preenchimento dos requisitos previstos no art. 700 do CPC.

Em recente acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Goiânia, em julgamento de apelação cível, houve acolhimento dos embargos monitorios para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, por não ter a embargada se desincumbido de provar seu direito de exigir da embargante o pagamento de quantia mediante prova escrita sem eficácia de título executivo, suscitando a ausência

29 ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 8. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2024, p. 272.

30 *Ibidem*, p. 697

31 TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 29.

de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo³².

De forma similar, o Tribunal de Justiça de São Paulo também proferiu recente acórdão de extinção da ação monitória por não apresentação de prova escrita que suportasse o rito monitório³³.

Em complemento, em sua doutrina clássica, Eduardo Talamini se posicionou favoravelmente à total abertura argumentativa em sede de embargos monitórios. Afirma que, se o réu tempestivamente opõe embargos, nesses poderá ser veiculada qualquer matéria, inclusive a inépcia da inicial, seja porque ao réu não foi conferida oportunidade de se manifestar sobre ela, seja por se tratar de defeito de ordem pública³⁴.

32 “A ação monitória tem por objetivo prestar uma tutela jurisdicional às crises de inadimplemento, de forma mais célere, aos credores que possuem prova escrita dessa relação obrigacional, mas desprovido de eficácia executiva, mediante a formação de um título executivo judicial, que é constituído por cognição sumária e pela inversão do contraditório. [...] Se não for evidente o direito do autor, a monitória deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 701) [...] Por não ter a embargada/apelada se desincumbido de provar o seu direito de exigir da embargante/apelante o pagamento de quantia em direito, mediante prova escrita sem eficácia de título executivo, o acolhimento dos embargos monitórios para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo é medida que se impõe.” (TJGO; AC 5158442-91.2023.8.09.0051; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Ronnie Paes Sandre; DJEGO 02/05/2024)

33 “Não apresentada prova escrita que possibilite o pedido monitório. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS MONITÓRIOS E DE EXTINÇÃO DA AÇÃO MONITÓRIA, com fulcro nos artigos 485, inciso VI, e 702, parágrafo primeiro, ambos do Código de Processo Civil” (TJSP; AC 1015604-09.2022.8.26.0100; Ac. 17595063; São Paulo; Trigesima Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Flavio Abramovici; Julg. 19/02/2024; DJESP 27/02/2024; Pág. 2147).

34 “Em qualquer hipótese e na medida em que ainda não houve anterior oportunidade de contraditório (diferentemente do que acontece nos embargos à execução fundada em título judicial, por exemplo), toda e qualquer matéria que sirva de defesa em processo de cognição plena poderá ser suscitada”. TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória”* – Lei 9.079/95. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 321 e p. 147.

Com respeito ao entendimento exarado, esta linha não nos parece correta.

Explicita José Roberto dos Santos Bedaque que as condições da ação só serão corretamente compreendidas se for determinada com bastante clareza e precisão a finalidade desta categoria processual; somente após a identificação da razão de ser do instituto será descoberta sua verdadeira natureza, e poderão ser aplicadas corretamente as regras que lhe dizem respeito³⁵.

O objetivo da monitoria – e, assim, a própria justificativa de sua existência como procedimento especial – é a rápida constituição do título executivo extrajudicial³⁶. Para tanto, faz uso de técnicas diferenciadas que necessitam, cumulativamente, de concreta e marcante possibilidade de existência de crédito, e que o requerido, regularmente citado, não apresente defesa³⁷. Somente neste caso específico o rito monitorio se mantém íntegro e alcança sua plenitude, culminando na aplicação do § 2 do art. 701 do CPC.

A apresentação dos embargos monitorios, desta forma, retira do rito monitorio sua característica singular, descaracterizando-o e convertendo-o para o procedimento comum, com abertura para cognição ampla e exauriente³⁸. Inclusive, ao final, é proferida sentença que julga o mérito dos embargos, formando-se coisa julgada material acerca do direito do autor³⁹. A conversão é tão completa que se admite até mesmo a apresentação de reconvenção⁴⁰, por par-

35 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 366.

36 TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 29.

37 *Ibidem*, p. 29.

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais – vol. II*. 50. ed. rev., atual. e ampl. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 408.

39 *Ibidem*, p. 410.

40 Antônio Carlos Marcato suscita que há uma equiparação do instrumento dos embargos monitorios à uma contestação, permitindo a oposição de qualquer matéria alegável como defesa no procedimento comum, e em razão dessa equiparação, o CPC/15 autoriza a apresentação de reconvenção pelo réu-embargante, desde que fundada em vínculo conectivo entre ela e a ação “princi-

te do embargante, conforme o art. 702, § 6 do CPC, assim também definido na Súmula 292 do STJ⁴¹.

Muito embora o procedimento monitorio seja especial, não deve ser considerado como um procedimento intermediário entre o conhecimento e a execução: não seria um procedimento híbrido, com componentes cognitivos e executivos, e a diversidade ritualística do procedimento monitorio na sua primeira fase não desnaturaria a atividade de cognição judicial própria do processo de conhecimento⁴².

Se há possibilidade de cognição ampla e exauriente mediante a conversão do feito para o procedimento comum, e se as técnicas especiais que caracterizam a ação monitoria como procedimento especial são, desta forma, suprimidas, por inexistência de finalidade para sua aplicação naquele momento processual⁴³, então a reabertura de discussão sobre admissibilidade, por mais que *formalmente possível*, não seria razoável, pois não haveria impedimento algum ao regular desenvolvimento do feito⁴⁴. E, se não há impedimento

pal” ou o fundamento da defesa, sendo vedado ao autor-embargado, por outro lado, a *reconventio reconventionis*. MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 376.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 292. A reconvenção é cabível na ação monitoria, após a conversão do procedimento em ordinário. DJ 13/05/2004. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5819/5938>>. Acesso em mai./2024.

42 DIDIER JR.; FREIRE; MACÊDO; PEIXOTO, *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*, *op. cit.*, p. 700.

43 “Tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vista à plena consecução de finalidade.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 265.

44 Narra José Roberto dos Santos Bedaque que “antes de verificar se o autor tem, ou não, o direito pretendido, se a pretensão deduzida é realmente amparada pelo direito material, deve o juiz verificar, à luz da relação descrita na inicial, se as condições da ação estão presentes. Indaga-se: por quê? A resposta só pode ser uma: para evitar que o processo se desenvolva inutilmente, pois a ausência de possibilidade jurídica, interesse ou legitimidade revela que o direito pretendo é manifestamente inexistente.” BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, *op. cit.*, p. 366.

ao regular desenvolvimento do feito, não há inépcia a ser alegada quanto ao preenchimento dos requisitos do art. 700 do CPC. Então, por mais que seja possível concordar com o entendimento exarado por Eduardo Talamini, de que toda e qualquer matéria *poderia* ser alegada em sede de embargos monitorios⁴⁵, o *mérito* da alegação de inépcia por inadmissibilidade, por ausência de prova escrita capaz de consubstanciar o rito monitorio, resta prejudicado pela própria apresentação dos embargos. A conversão do rito suprimiu eventual inépcia do feito.

Inclusive, eventual extinção do feito sem resolução do mérito efetivamente incorreria em ofensa às normas fundamentais norteadoras do processo, em especial a celeridade e economia processual, ao forçar o autor a distribuir novo feito desnecessariamente.

Inexistiria ofensa ao contraditório da parte requerida, ao impedir-se a rediscussão da matéria. Não restaria técnica especial a lhe imputar ônus naquele momento processual; por exemplo, o risco de ter rapidamente constituído, em seu desfavor, título executivo judicial. Tampouco haveria modificação nas regras de distribuição do ônus da prova, podendo simplesmente negar o fato constitutivo do direito do autor ou deduzir fatos impeditivos, modificativos ou extintivos⁴⁶.

É interessante posicionar, inclusive, os embargos monitorios como mecanismo de defesa de especial eficiência: confere êxito automático em interromper as técnicas especiais do procedimen-

45 TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 321 e p. 147.

46 Entendem também Fredie Didier Júnior, Alexandre Freire, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto que se aplica aos embargos monitorios as regras ordinárias de distribuição do ônus da prova. No entanto, devido ao requerente já ter demonstrado, mesmo que em cognição sumária, a verossimilhança de seu crédito, a principal carga probatória deve recair ao encargo do embargante com a finalidade de, no mínimo, abalar a probabilidade de direito do autor da monitoria (DIDIER JR.; FREIRE; MACÊDO; PEIXOTO, Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório, *op. cit.*, p. 700). Indaga José Roberto dos Santos Bedaque a necessidade de anular-se todos os atos praticados, tão somente para adequação do procedimento, se inexistente diferença quanto à atividade cognitiva do juiz e as garantias do contraditório e ampla defesa foram resguardadas. BEDAQUE, Efetividade do processo e técnica processual, *op. cit.*, p. 377.

to monitório, sem necessidade de avaliar-se seu mérito. Com sua mera oposição tempestiva, o rito é convertido, e a cognição é ampliada. Não há sentido em discutir o preenchimento dos requisitos do art. 700 do CPC, se, com a oposição dos embargos monitórios, o requerido obtém o exato e automático provimento de suprimir a aplicação das técnicas especiais monitórias.

E este entendimento é corroborado por recentes julgamentos proferidos pelo STJ, nos quais se definiu que, caso a iliquidez do crédito passe despercebida pelo juiz e o réu, citado, apresente embargos monitórios, o processo não deve ser extinto sem resolução do mérito, já que, com o oferecimento dos embargos, o processo prossegue pelo procedimento comum, oportunidade em que pode ser apurado o *quantum debeatur* mediante dilação probatória. Definiu-se, também, que a exigência de ajuizamento de nova ação de conhecimento violaria os princípios da instrumentalidade das formas, da razoável duração do processo e da primazia do julgamento de mérito⁴⁷.

A técnica especial, com o propósito único de garantir a efetividade do processo, por dissidência jurisprudencial, acabou por forçar os credores a suportar o ônus de buscar os tribunais excepcionais, despendendo tempo e esforço desnecessário simplesmente para ver reconhecido o direito de prosseguir com o feito. Ressalta-se a colocação do voto da Ministra Relatora Nancy Andriighi na ocasião do julgamento de REsp 2.078.943/SP⁴⁸: “(...) após a conversão para

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 2109100/PR. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ADITIVOS CONTRATUAIS. E-MAILS. PROVAS DOCUMENTAIS HÁBEIS A INSTRUIR A AÇÃO. PROBABILIDADE DO DÉBITO EVIDENCIADA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SÚMULA 7/STJ. Relatora: Min. Nancy Andriighi, 05/02/2024. DJE. Distrito Federal, 2024.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 2.078.943/SP. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS MONITÓRIOS. CONVERSÃO DO RITO ESPECIAL EM PROCEDIMENTO COMUM. POSSIBILIDADE DE AMPLA PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PROVA PERICIAL INDEFERIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR INSUFI-

rito comum, a prova escrita será analisada em conjunto com outros elementos probatórios que venham a ser produzidos durante a instrução processual; todavia, não mais com a exclusiva finalidade de autorizar a expedição do mandado injuntivo, mas para aferir a procedência ou improcedência do pedido inicial, em um exame mais aprofundado das alegações deduzidas pelas partes”.

Diante do exposto, verifica-se que, após a oposição dos embargos e da conversão ao procedimento comum, “não se mostra razoável a ulterior extinção da demanda a pretexto da inaptidão da prova para aparelhar o pedido monitorio” (AgInt no REsp 1.343.258/SP, Quarta Turma, DJe 19/10/2017 e AgInt no REsp 1.362.774/CE, Quarta Turma, DJe 22/5/2019).

Logo, a posterior extinção do processo por insuficiência da prova escrita configura cerceamento de defesa, notadamente quando requerida a produção probatória pela parte autora após a oposição de embargos monitorios.

Importante ressaltar que os efeitos aqui tratados, curiosamente, não decorrem unicamente do proferimento da decisão de admissibilidade *per se*. Analisada em um vácuo, seu conteúdo não impediria, naturalmente, posterior rediscussão; não difere em seu conteúdo decisório de outros juízos de admissibilidade presentes no CPC. Tampouco a lei confere expressa impossibilidade de rediscussão, de forma a aclarar a matéria. Somente haveria esta limitação *porque* é facultado ao requerido a oposição dos embargos monitorios e a abertura da discussão no momento processual adequado.

Em acréscimo, não se trata de impossibilidade de extinguir-se a ação monitoria, verificada a ausência de outros pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. O que se impede é que, em julgamento dos embargos monitorios, haja

CIÊNCIA DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURADO. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO E SENTENÇA. RETORNO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 12/12/2023. DJE. Distrito Federal, 2023.

extinção do feito que se fundamente na ausência de preenchimento dos requisitos de admissibilidade do rito monitório, notadamente a insuficiência de prova escrita, por se tratar de discussão superada nesta etapa do procedimento. Não haveria, a título de exemplo, impedimento à capacidade do magistrado de verificar a existência de ilegitimidade passiva do réu, extinguindo o feito em seu favor⁴⁹.

Em complemento, não se impede que o julgador fundamente eventual procedência dos embargos monitórios com base na falta de provas da existência da obrigação. Aqui, distingue-se o que é necessário para justificar a admissibilidade da ação monitória do que é necessário para formar o convencimento do magistrado no julgamento dos embargos monitórios, em análise de mérito. Esta distinção fica clara no seguinte exemplo prático: o autor traz ao juiz extenso lastro probatório acerca da existência da dívida, e, por sua vez, reconhecendo a verossimilhança de seu direito, o juiz expede o mandado monitório em desfavor do réu. O réu, ao opor embargos monitórios e no pleno exercício de seu contraditório, tem a capacidade de impugnar o lastro probatório trazido pelo autor, e assim desconstituí-lo, enfraquecendo o pleito autoral perante o magistrado.

Nota-se que aqui não se fala em extinção do feito sem resolução do mérito por falta de provas, mas de improcedência da ação. A doutrina clássica de Eduardo Talamini oferece uma importante observação que corrobora este argumento: ao tratar da possibilidade de o autor apresentar novas provas em sede de embargos monitórios, afirma que, tendo sido concedido o mandado, reputou-se

49 “O reconhecimento da falta de pressuposto pode verificar-se logo no início da relação processual, o que levará a indeferimento da inicial. Ainda em toda a fase de saneamento a questão continua sujeita à apreciação. E, até mesmo no julgamento final, o tema poderá ser objeto de exame, pois não há preclusão temporal para a matéria de pressupostos do processo e condições da ação [...]. Os pressupostos processuais são requisitos de ordem pública, que condicionam a legitimidade do próprio exercício da jurisdição. Por isso, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, desde que ainda não decidido o mérito da causa, com trânsito em julgado.” THEODORO JÚNIOR, Curso de Direito Processual Civil, *op. cit.*, p. 1306.

razoável a prova escrita, e plausível o crédito. A partir de então, torna-se incumbência do réu, mediante embargos, demonstrar a inexistência do crédito, com a possibilidade de ampla produção probatória para ambas as partes. Sendo o embargante bem-sucedido, seria caso de proferimento de *sentença de mérito*, reconhecendo a inexistência do crédito, e não a mera extinção do processo monitorio por carência da ação⁵⁰.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou evidenciar a impossibilidade de rediscutir a admissibilidade da ação monitoria, em embargos monitorios ou na sentença proferida em julgamento destes embargos, com base no não preenchimento dos requisitos do art. 700 do CPC. O ato inicial, ao verificar o preenchimento destes requisitos e expedir o mandado monitorio, enseja a superação do mérito de tal pedido, pois a inépcia deixou de existir: as razões que impediriam o adequado prosseguimento do feito foram corrigidas com a apresentação dos embargos e a conversão do procedimento especial ao rito comum.

Na ausência de qualquer outro vício formal de admissibilidade, as provas apresentadas pelo autor devem ser impugnadas de forma completa, por meio de cognição ampla e exauriente, e não apenas em sua validade como prova escrita sem eficácia de título executivo. Caso se limite a tratar apenas desta validade, o resultado deve ser a integral rejeição dos embargos monitorios.

E a sentença de embargos monitorios que determina a extinção do feito sem resolução do mérito, com base em falta de prova escrita, também merece reforma, sob pena de causar prejuízo ao instituto da ação monitoria como um todo, gerando insegurança aos credores, que temerão optar pelo rito especial pelo risco de eventual

50 TALAMINI, Tutela monitoria, *op. cit.*, p. 345.

extinção sem resolução do mérito decorrente de controvérsia sobre a natureza das provas trazidas, o que não ocorreria na distribuição de cobrança pelo rito comum. Mesmo que a questão seja eventualmente sanada através da interposição de recursos excepcionais, os prejuízos materiais resultantes do consequente retardo do provimento jurisdicional final ainda constituirão óbice à utilização do procedimento especial.

É imperiosa a necessidade de pacificação da controvérsia jurisprudencial, garantindo segurança jurídica àqueles que optem pelo rito monitório para tutela de seu direito material. Apesar da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema demonstrar importante avanço na solução da questão, a simples inserção, dentro das normas do rito constantes no CPC, de artigo que deixe expressa esta impossibilidade de rediscussão, auxiliaria a efetividade do procedimento, evitando rediscussões desnecessárias.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 8. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 2.078.943/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 12 dez. 2023. *Diário da Justiça Eletrônico*. Distrito Federal, 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso Especial 2.109.100/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 5 fev. 2024. *Diário da Justiça Eletrônico*. Distrito Federal, 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 292. A reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário. *Diário da Justiça*, 13 maio 2004. Disponível em:

- <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/download/5819/5938>. Acesso em: maio 2024.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v. 4. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- EID, Elie Pierre. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coords.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- MARCATO, Antônio Carlos. Considerações sobre a natureza dos embargos ao mandado monitório. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, 1998.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5281>. Acesso em: 1 out. 2024.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *Comentários ao Código de Processo Civil – v. XII (arts. 610 a 673): do inventário e da partilha*. Coord. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

- MISAEL, Montenegro Filho. *Curso de direito processual civil* – v. 3. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- TALAMINI, Eduardo. *Ação monitória e cheque prescrito: relação subjacente, prova escrita e causa de pedir*. São Paulo: Revista de Processo, 2014.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais* – v. II. 50. ed. rev., atual. e ampl. [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



ESTE LIVRO FOI COMPOSTO EM IOWAN OLD STYLE
PARA MAIS TÍTULOS E INFORMAÇÕES:
WWW.ANTITESSES.COM.BR

A evolução das inovações tecnológicas, a digitalização dos procedimentos e a ampliação das fronteiras jurisdicionais impõem novas perspectivas sobre os direitos fundamentais, a estrutura do processo e os mecanismos de cooperação jurídica internacional. Este livro discute essas questões a partir de uma abordagem multidisciplinar e comparativa, reunindo pesquisadores de diversas instituições e contextos jurídicos. A dinâmica entre gênero e tecnologia no Direito revela desafios que vão desde a estruturação de sistemas de inteligência artificial aplicados à justiça até os impactos da digitalização nos processos e na cooperação internacional. A crescente adoção de sistemas automatizados levanta questionamentos sobre imparcialidade, segurança jurídica e garantia de direitos fundamentais, exigindo reflexões sobre vieses algorítmicos, desigualdades estruturais e a necessidade de regulamentação. Ao mesmo tempo, a emergência de tecnologias como o blockchain desafia princípios jurídicos tradicionais, especialmente no campo da propriedade intelectual e da territorialidade dos direitos. Ao reunir essas perspectivas, esta obra propõe fomentar um diálogo qualificado sobre os desafios e transformações do Direito no século XXI. O leitor encontrará aqui um espaço de reflexão baseado em pesquisas sólidas e experiências comparadas, contribuindo para o desenvolvimento de soluções inovadoras e sustentáveis para as questões emergentes na interface entre gênero, tecnologia e processo.

