

REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 3, n. 1 (jan.-abr. 2022)



Neste número:



ULTRAcontinental de LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 3, número 1 (jan.-abr. 2022)

Fundadores

Professor Doutor Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2022

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 3, n. 1, jan.-abr. 2022)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola
da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba -
Paraná, Brasil.

Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre
Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en
Sciences Sociales de Paris - Paris, France.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez -
Universidad Europea de Madrid - Madrid, España.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda -
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las
Palmas de Gran Canaria, España.

Professor Doutor Diego Megino Fernández -
Universidad de Burgos - Burgos, España.

Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto
Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos,
Portugal.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada -
Universidad de Alcalá - Madrid, España.

Professor Doutor José María Pérez Collados
- Facultat de Dret – Universitat de Girona -
Girona, España.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz -
Universidad Nacional de Colombia - Bogotá,
Colombia.

Professora Doutora Paula Quintas -
Universidade Portucalense; Instituto Superior
de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto,
Portugal.

Professor Doutor Richardson Xavier Brant
- Universidade Estadual de Montes Claros -
Montes Claros - Minas Gerais, Brasil.

Professora Doutora Rocío Martín Jiménez -
Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid,
España.

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana -
Roma, Itália.

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa

Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 3, n.º 1. Montes Claros/MG, Brasil,
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2022.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catálogo: Vinicius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos

(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista.ultracontinental@gmail.com

Achoimre
Contents
Crynodeb
Kokkuvöte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Përmbledhje
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
Рэзюмэ
Resum
Resumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvedo
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMARIO

APRESENTAÇÃO.....	5
 DOUTORADO	
Carl Shapiro, Mark A. Lemley The role of antitrust in preventing patent holdup.....	16
Eduardo de Oliveira Leite Pensão alimentícia: breves reflexões sobre questões polêmicas.....	61
Giuseppe Cassano Manifesto per la satira e per i comici: in tema di sketch politicamente (s)corretti	90
José Antonio Tomás Ortiz de la Torre Principales rasgos de la evolución histórica del sistema español de derecho internacional privado: del derecho antiguo al código civil (a propósito del bicentenario del primer proyecto de código civil de España).....	111
W. Patrick McPhilamy, III Los Angeles CCAP: a strategic course of action to achieve carbon neutrality by 2050.....	148
 MESTRADO	
Marcela Valente Costa Violência doméstica em Portugal: um ordenamento jurídico realista?.....	164
 ESTUDOS CONTINUADOS	
Adela Perez del Viso Un taller de técnicas de litigación oral civil y penal en bimodalidad: experiencia pedagógica.....	184
Edgar J. Moya Millán Los conceptos de persona y de dignidad humana.....	196
Paulo Ferreira da Cunha Civilização & direito: força normativa da esperança.....	209
 CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO.....	 217

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prežentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсаукесер
Παρουσίαση
Презентација
Презентация
Презентація
Прэзентацыя
Представяне

APPRESENTATION

O ano de 2022 representa o ano da consolidação da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. Embora seja o início do ano – o primeiro quadrimestre – está em formação o terceiro componente do tripé necessário à firmeza. Iniciada no segundo quadrimestre de 2022, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** começa a formar o terceiro ano. E o número três, desde os tempos da escrita da Bíblia, tem uma representação da completude, do firmamento, e da perfeição. Menos sagrado é o conceito de que com três suportes já se apresenta sem facilidades de tombos.

Neste volume 3 (o terceiro ano), número 1 (o do primeiro quadrimestre do ano), a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vem honrando a qualidade do veículo científico que ultrapassa os continentes. Há textos da América do Norte, América do Sul e Europa. E há espaço para quem tem Mestrado completo, Doutorado completo e para quem escreve sobre assuntos que complementam o Direito. O centro, porém, continua sendo o Direito. Das mais variadas segmentações.

Na seção “Doutorado”, há a presença de dois textos do Brasil, da Espanha, dos Estados Unidos e da Itália.

ESTADOS UNIDOS. Quando o assunto é a lei das patentes de produtos criados pelas empresas, há poucos especialistas (de verdade) que dominam o assunto. Um deles, com destaque em todo o mundo, é **Mark A. Lemley, Professor Doutor** da Universidade de Stanford (no Curso de Direito), nos Estados Unidos. Estuda o tema há tempos e publica artigos nas melhores Revistas do mundo envolvendo o assunto. Outro destacado autor é **Carl Shapiro, Professor Doutor** da “Haas School of Business”, da Universidade da Califórnia, Campus de Berkeley. Ambos já foram convidados a emitir Pareceres sobre demanda, nos Estados Unidos e na Europa, que envolvem patentes e o direito de fabricação de modelos e produtos por somente a empresa que os desenvolveu. Agora, eles se unem para escrever, para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o artigo “The Role of Antitrust in Preventing Patent Holdup”. Os autores falam da lei antitruste e da suspensão do direito de um fabricante ter exclusividade de produção de um produto durante um determinado tempo. Fala das disputas

dos fabricantes, que querem prorrogar o prazo de exclusividade da produção do produto – o fabricante que desenvolveu o produto – ou do modelo, e das pretensões dos demais fabricantes em também terem o direito de produzir a mesma mercadoria. Ou parecida. Desenvolvem também o tema da obrigação da lei (antitruste) de impedir que as grandes indústrias sejam protegidas a ponto do exercício do domínio da produção, impedindo a ação de concorrentes – muitas vezes, impondo condições para a aquisição de um componente (fabricado por outra indústria) somente se esse fornecedor não vender para seu concorrente. Dois tópicos antagônicos predominam o texto: a tentativa de retenção da patente depositada e a suspensão do direito de exclusividade (patente) na fabricação de alguns produtos. O estudo mostra detalhes, citando muitos casos já analisados e decididos, e uma vasta literatura, a melhor do mundo globalizado.

BRASIL. A participação brasileira no presente número desta Revista é dotada da maior fortaleza. O texto é de autoria do **Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite**. Fato que, por si só, já justifica o tamanho e a importância. Alguns dos diversos livros deste autor já foram utilizados como doutrina para embasar decisões do Tribunal Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de Tribunais regionais brasileiros. A análise científica, desta vez, é relativa às questões tidas como polêmicas em relação à pensão alimentícia. O título “Pensão Alimentícia: Breves Reflexões Sobre Questões Polêmicas” está muitíssimo bem empregado, pois o texto mostra alguns pontos ainda controversos quando da fixação do “quantum” da pensão alimentícia. É praticamente normal que Juízes Monocráticos e Tribunais tenham em conta percentuais, do rendimento do alimentante, que não têm motivo legal para constituírem parâmetro de valores de pensão alimentícia. Uma demonstração interessante é relacionada ao acréscimo salarial que o alimentante obtém após o início da prestação alimentícia, o que se mostra desvinculado da pessoa – e até “apesar da pessoa” – que quer receber aumento da pensão alimentícia apenas porque a possibilidade financeira do alimentante sofreu acréscimo, sem demonstração da necessidade do próprio alimentado. Outros detalhes que carecem de uma padronização pelos Tribunais estão descritos neste artigo. Leitura atenciosa e estudo repetido deste texto são de extrema importância.

ITÁLIA. Cada vez mais se pode garantir: o Direito comporta diversos segmentos para fins de estudos em profundidade. Os ramos ou segmentos do Direito apresentam novidades na mesma proporção em que a sociedade também evolui. O que prova que o Direito, como elemento vivo, acompanha a sociedade e, de fato, as regras são uma codificação dos conceitos que a moral da sociedade exige. Para demonstrar que os estudos do Direito são mais amplos do que quaisquer outros do segmentos do conhecimento, o **Professor**

Doutor Giuseppe Cassano escreveu o artigo “Manifesto per la satira e per i comici: in tema di sketch politicamente (s)corretti.”. Para o autor, “A sátira, direito subjetivo de relevância constitucional, tem um fundamento complexo, identificável na sua natureza de criação do espírito, na sua dimensão relacional, na sua função de controle exercida com ironia e sarcasmo para com poderes de qualquer natureza. Expressada na forma escrita, oral ou figurativa, a sátira constitui uma crítica corrosiva e muitas vezes implacável, baseada numa representação que enfatiza e deforma a realidade para provocar o riso. Embora incompatível com o parâmetro da verdade, a sátira nunca pode ser traduzida em mero escárnio, desprezo, destruição da dignidade, ataque ad personam. O recente monólogo da dupla cômica Pio e Amedeo, sobre o politicamente correto, reabre questões que nunca ficaram latentes.”. Trata-se de uma ampla análise do discurso implementado pelo Direito, com a utilização da palavra, escrita ou pronunciada durante audiências ou Tribunais, com a intenção de ofender, desqualificar a parte “ex adversa” ou mesmo menosprezar as pretensões que a parte oposta leva à apreciação do Poder Judiciário. O “poder da palavra”, que edifica ou destrói – dependendo do emissor – é a análise do texto científico em assunto. Um diferente estudo, digno de uma atenção especial.

ESPAÑA. Sempre que se tem a oportunidade de ler um artigo científico da lavra do **Professor Doutor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre**, logo já se pode pensar em um trabalho muitíssimo bem elaborado, com demonstração de uma pesquisa histórica de causar plena admiração. Por total merecimento, ele é membro ativo da Real Academia de Doutores da Espanha. Neste artigo, há uma modéstia estampada no título. De fato, muito mais do que “principales rasgos”, o que há é um mergulho profundo na questão histórica que acompanhou o nascimento do Direito Internacional Privado como disciplina. Por isso, há o retorno ao ano de 1492 (“y cuenta hoy con quinientos treinta años de antigüedad, si bien doctrinalmente comienza unas décadas después con los escritos del español Fray Francisco de Vitoria”), passando à análise da influência do Direito Internacional Privado nos projetos de Código Civil da Espanha. Especialmente, a pesquisa doutrinária se assenta no denominado “Primer Proyecto de Código Civil de España”, de 1821, motivo da comemoração do bicentenário do início dos estudos que resultaram no fortíssimo Código Civil espanhol, codificação que muito influenciou a Europa e as Américas. Os livros e as leis pesquisadas são de vários anos. Em verdade, há muita pesquisa em publicações dos anos 1800 e, “no máximo”, da metade do século XX (1950). Obviamente, há citações bibliográficas mais modernas, mas que fazem referência ao assunto principal. O modesto título (“Principales rasgos de la evolución histórica del sistema español

de derecho internacional privado: del derecho antiguo al código civil”), como já dito, representa, de fato, uma pesquisa para ficar marcada na história.

ESTADOS UNIDOS. Com Doutorado pela California Western School of Law (Estados Unidos) e Mestrado pela Law at University of Cambridge (Inglaterra), **W. Patrick McPhilamy, III**, é estudioso do Direito relacionado às questões ambientais. O seu artigo científico trata das estratégias que o Estado de Los Angeles está colocando em prática com vistas à redução da emissão de carbono, até o ano de 2050. Apresenta, no itinerário, alguns estudos com programas de redução de poluição com prazos previamente fixados, como até 2030, até 2040, etc. O centro, porém, é quanto às normas que Los Angeles tem fixado em relação às construções (comerciais, industriais e residenciais) e para comercialização de produtos não poluentes, como as baterias recarregáveis ou dificilmente descarregáveis, a utilização de energia solar, a produção de automóveis elétricos – com baterias recarregáveis em menos de uma hora de utilização de energia elétrica – e, enquanto todos os automóveis não sejam movidos por energia, a ênfase é dada aos menos poluentes. Por isso mesmo, o Estado norte-americano tem se preocupado com os veículos de transportes pesados, emissores de grande parte do gás carbônico e consumidores de petróleo. Por sinal, há referência ao preço do barril de petróleo, com a previsão de que haja inicialmente um aumento do preço para, ao fim (com a substituição do petróleo por processos menos poluentes), sofrer uma queda que poderá fazer o barril ter preço não superior a vinte dólares. O artigo coloca o Direito Ambiental de forma transversal em todos os pontos capazes de reduzir a zero a emissão de gás carbônico e outros gases poluentes. O artigo é denominado “Los Angeles CCAP: a strategic course of action to achieve carbon neutrality by 2050”, sendo que “CCAP” é a sigla do Plano de Ação para Mudanças Climáticas, implantado por Los Angeles.

MESTRADO

A seção destinada aos autores que têm grau de Mestre vem ocupada por uma Doutoranda em fase final de curso. Por pouco, já ocuparia a seção dos Doutores. Trata-se de **Marcela Valente Costa**, que se graduou e se tornou Mestre, bem como está cursando o Doutorado/Doutoramento, na Universidade Católica Portuguesa. Além dessas qualidades, ela é autora de literatura infantil, com bom trânsito em Portugal. O tema escolhido é “Violência doméstica em Portugal: um ordenamento jurídico realista?”. Envolve, como se pode ver, questões de Direito Penal e de Direito Constitucional. Exatamente com fundamento no Código Penal português e na Constituição da República portuguesa, e ainda tem por base a Convenção de Istambul, a autora descreve as formas de violência

doméstica e aponta a proporção em que as vítimas são mulheres, crianças, idosos e portadores de necessidades especiais. E indica as modalidades dessas violências. Entre elas, demonstra a existência de uma violência econômica, conceito codificado em Portugal como sendo “impedir o acesso ou fruição aos recursos econômicos e patrimoniais próprios ou comuns” (art. 152 do Código Penal português), ou “agressão econômica, impedindo-se o livre acesso ou gestão de dinheiro ou do patrimônio” segundo doutrina transcrita pela autora. São posições como essas, dentre outras, que tornam o artigo científico em discussão como sendo de ampla diferença e confiabilidade. E o coloca como diferenciado não apenas porque exótico, mas porque demonstra formas e fórmulas cujos percursos não são os tradicionalmente estudados. Apenas mais um exemplo, que não será aqui definido, mas que merece atenção: a autora mostra que a violência doméstica se tornou tão repetida que já virou literatura.

ESTUDOS CONTINUADOS

A seção com o título “Estudos Continuados” recebe uma explicação detalhada quando da apresentação do terceiro e último texto. Mas, adianta-se que são estudos de Direito – a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica artigos científicos sobre os vários segmentos do Direito, mas somente sobre Direito – que se encontram ocultos em outras forma de manifestação literária. Em oportunidades anteriores, já foram publicados Pareceres, Estudos sobre temas específicos e análise de componentes de Banca Examinadora de Tese de Doutorado... em Direito.

São três os autores que comparecem. E são os seguintes.

ARGENTINA. A **Professora Adela Perez del Viso** tem ampla experiência em lecionar Inglês Jurídico e Direito Internacional Privado na Universidade de Cuyo, *campus* San Luís, na Argentina. Ativa em participações em congressos virtuais, participante de diversos cursos para aprimoramento da educação à distância, há alguns anos – antes do coronavírus impor as aulas virtuais – ela vem ministrando cursos com o uso das tecnologias da comunicação (TIC). São cursos à distância. Com fundamento em suas experiências na preparação de aulas virtuais, especialmente em época de poucos recursos tecnológicos como parâmetro, ela criou métodos próprios de aprendizagem à distância e formas de incentivar a participação dos seus alunos. Ainda tendo essas experiências como base, escreveu o artigo “Un taller de técnicas de litigación oral civil y penal en bimodalidad: experiencia pedagógica” especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. No texto, a autora expõe as técnicas de ensino para preparação dos estudantes (para quando se graduarem) e

profissionais do Direito (para atuação imediata) para aplicação da oralidade nos processos cíveis e criminais. Especialmente em época de Juizados Especiais, o denominado “Juicio Oral” é a aplicação processual de forma célere, sem muito papel ou petições gravadas em formato virtual. Para transitar bem nessa seara, é importante que os aprendizes e os profissionais estejam alinhados com as técnicas processuais. O curso que a autora montou, e que é objeto de explicação no texto, é uma oficina (“workshop”, em Inglês; ou “taller”, em Espanhol) com as demonstrações dessas técnicas. O que se acha bem demonstrado no texto. Além disso, há ampla bibliografia referida, para continuidade e especificidade do estudo, com destino aos mais interessados em aprofundar a ponto de também aplicar as técnicas.

ARGENTINA. Conhecedor de Direito Internacional, Direito Processual Constitucional, Direito Administrativo, legislación Mineral e Petrolífera, Finanzas Públicas e Direito Tributário, o **Professor Doutor Edgar J. Moya Millán** é também da área da Filosofia do Direito. E, especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, escreveu o artigo “Los Conceptos de Persona y de Dignidad Humana”. A travessia tem início pelo estudo do conceito de “pessoa”, na antiguidade, com a descrição da evolução na Idade Média e até a obtenção de palavras derivadas, como “personagem” e “personalidade”. Para continuar, o autor descreve sobre a personalidade humana e as condições dignas para o ser humano. A descrição envolve a pesquisa, também, no Código Civil e Comercial argentino, trazendo as definições legais e comparando com outras legislações (incluindo uma ligeira passagem pelo Código Civil brasileiro de 2002). Ao fim do texto, a certeza é de que o tema comporta, sim, uma dedicação à leitura e, se possível, até a continuidade do estudo, visto que há boas impressões da lavra de outros autores que são referidos no texto científico.

PORTUGAL. Quando, em fim de 2019 e início de 2020, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** habitava ainda no campo da ideia, na formação, na vontade de vir a ser, o nosso contato foi com o **Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha**. E, em uma conversa virtual com ele, ele disse que assumira a condição sazonal – em Portugal é assim, diferentemente do Brasil, cuja investidura tem tom de eternidade – de Conselheiro (se fosse no Brasil, seria Ministro) do Superior Tribunal de Justiça, a mais alta Corte de Justiça de Portugal. Confirmamos com ele que, conforme conversas de anos antes, teríamos uma seção denominada “Estudos Continuados” na Revista até então em concepção. A ideia da seção fora, sim, uma sugestão da sua parte. Quanto ao nome da seção, o nosso diálogo chegou a uma série deles. O nome “Estudos Continuados” foi nossa sugestão e acabou sendo acatada. Quanto à época e o assunto da conversa de anos anteriores à presente Revista, foi por nós tema tratado no

capítulo (páginas 235-238) do livro “Pensar, ensinar e fazer justiça: estudos em homenagem a Paulo Ferreira da Cunha”, organizado por Jean-Lauand e João Relvão Caetano. Agora, pela segunda vez (a primeira, foi no volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, em maio de 2020), o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha tem um texto publicado na seção. O estudo, denominado “Civilização & Direito: Força Normativa da Esperança” vem exatamente em homenagem ao Professor Doutor Jean-Lauand, o que vale também como uma homenagem da própria **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** a esses dois ilustres integrantes da Suprema Corte de Justiça de Portugal. O estudo apresenta uma relação do Direito com a civilização, entremeado de literatura e fundamentação em diversos autores, de diversos segmentos (não, unicamente de Direito). Sempre colocando o Direito como capaz de ser “além de tradutor universal, pacificador universal”. Uma leitura amena, como se fosse uma literatura jurídica própria para descansar a mente do eterno estudante do Direito, entre um denso livro e um artigo científico de grandes proporções. Embora uma narrativa de pequeno tamanho, contém em si uma profundidade enorme, incomensurável, daquelas cujo fim da leitura leva o estudante a pensar como fazer para acumular tamanho conhecimento; conhecimento acumulado e para ser invocado ou avocado no momento da busca pelo engrossar da cultura em um mundo de tantas “culturas” ralas.

No presente quadrimestre, a qualidade dos textos e dos autores coloca a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como um periódico científico capacitado e que deve receber o maior reconhecimento. A esperança é dupla: que seja agradável ao leitor e que, em próximos quadrimestres e anos, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** continue nessa evolução que tanto traz alegria.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Autoria

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

Urheberschaft

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

Authorship

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

Paternidad literaria

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

Paternité

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Juridica a déjà publié (y compris ce numéro):

Paternità

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Numero de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1.º	Espanha	17
2.º	Brasil	12
3.º	Argentina	09
4.º	Portugal	07
5.º	Estados Unidos	03
	México	03
7.º	Colômbia	02
	França	02
	Itália	02
	Japão	02
11.º	Canadá	01
	Índia	01
	Moçambique	01
	Polónia	01
	Suíça	01
	Turquia	01
	Uruguai	01

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Ступень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomë Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Dokortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradën e Doktoratës
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантура
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Διδακτορικό

DOCTORADO

THE ROLE OF ANTITRUST IN PREVENTING PATENT HOLDUP

CARL SHAPIRO¹

MARK A. LEMLEY²

ABSTRACT

Patent holdup has proven one of the most controversial topics in innovation policy, in part because companies with a vested interest in denying its existence have spent tens of millions of dollars trying to debunk it. Notwithstanding a barrage of political and academic attacks, both the general theory of holdup and its practical application in patent law remain valid and pose significant concerns for patent policy. Patent and antitrust law have made significant strides in the past fifteen years in limiting the problem of patent holdup. But those advances are currently under threat from the Antitrust Division of the Department of Justice, which has reversed prior policies and broken with the Federal Trade Commission to downplay the significance of patent holdup while undermining private efforts to prevent it. Ironically, the effect of the Antitrust Division's actions is to create a greater role for antitrust law in stopping patent holdup. We offer some suggestions for moving in the right direction.

INTRODUCTION

Patent holdup occurs when a patent holder is able to obtain unreasonably high royalties by asserting its patent against another company's products because

¹ Carl Shapiro is the Transamerica Professor of Business Strategy Emeritus at the Haas School of Business, University of California at Berkeley. Shapiro served as an expert witness in the FTC v. Qualcomm case discussed below.

² Lemley is the William H. Neukom Professor at Stanford Law School and a partner at Durie Tangri LLP. We thank Jorge Contreras, Tom Cotter, Joe Farrell, Doug Melamed, Steve Salop, and participants at a workshop at the University of Pennsylvania Carey Law School for comments on a prior draft. Our opinions are our own; no one has funded this Article. California, United States. e-mail: mlemley@law.stanford.edu or mlemley@durietangri.com.

that company's most efficient way to develop, make, and sell those target products involves investments that cannot easily be redeployed to non-infringing products (See FEDERAL 2011, p. 191).³ The owner of a valid patent that is essential to making devices that comply with a popular telecommunications standard would wield enormous monopoly power if it could block device manufacturers from selling products that comply with that standard. The elevated royalty rates that would result from such unconstrained monopoly power would be passed through to device prices, causing substantial consumer harm. These problems would be magnified because there are thousands of Standard-Essential Patents ("SEPs") reading on modern telecommunications standards, and each SEP owner could demand a monopoly price to permit use of the standard.

We address the proper role of antitrust in this setting. While many holdup problems can be solved without antitrust law, antitrust has a role to play in policing holdup, particularly in cases where the patent owner avoids its contractual commitments or uses a SEP to restrict competition in adjacent markets. The very forces in the federal government that currently oppose antitrust intervention also oppose using patent or contract law to enforce commitments to license patents on Fair Reasonable and Non-Discriminatory ("FRAND") terms. They have done so in part by denying the very existence of the problem. Ironically, their efforts may make antitrust intervention more, not less, important.

The problem of patent holdup is a special instance of the general problem of holdup that has been studied extensively in the literature on transaction cost economics.⁴ Opportunism by firms generally discourages investments that are subject to holdup. As a special case of that general principle, patent holdup retards innovation. With more than 300,000 utility patents issued each year by the U.S. Patent and Trademark Office ("PTO"),⁵ preventing patent holdup is critical to promoting economic growth, especially in industries experiencing rapid technological progress, where patent holdup can act as a headwind slowing down innovation.

Considerable progress to address the problem of patent holdup was made from 2006 to 2016:

- the Supreme Court's 2006 *eBay* decision greatly reduced the threat of patent holdup by limiting the availability of injunctions;

³ "The ability of patentees to demand and obtain royalty payments based on the switching costs faced by accused infringers, rather than the ex ante value of the patented technology compared to alternatives, is commonly called 'hold-up.'"). In the context of standard-setting, the Department of Justice and the Federal Trade Commission have defined holdup as "the ability of an intellectual property holder to extract more favorable licensing terms after a standard is set." (UNITED STATES; FEDERAL, 2007, at 5).

⁴ "This type of hold up is a variant of the classical 'hold-up problem.'." *Id.* at 35 n.11. See *infra* Section I for further discussion.

⁵ *U.S. Patent Activity Calendar Years 1790 to the Present*, USPTO. Available in: <https://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/h_counts.htm>. [<https://perma.cc/MA3K-FV92>] (last visited Apr. 10, 2020).

- to patent holders, particularly those patent holders whose only legitimate interest was in collecting a reasonable licensing fee;⁶
- the Federal Circuit cracked down on junk science in patent damages in a series of decisions. These decisions rejected the “25 percent rule of thumb.”⁷ They require courts in complex product cases to apportion damages, awarding the patentee damages only for the value their invention contributed and preventing them from using an inflated claim over the entire product to hold up the manufacturer.⁸ They also empower district courts to vet and reject untested economic theories before trial in a *Daubert* proceeding;⁹
- the Supreme Court and the Federal Circuit made it easier for defendants to recover their attorneys’ fees in frivolous cases,¹⁰ significantly reducing the profitability of “bottom-feeder” patent trolls that relied on the cost of litigation as the basis of holdup;¹¹
- the United States Trade Representative in 2013 vetoed an exclusion order awarded by the International Trade Commission (ITC) related to a Samsung SEP infringed by certain Apple smartphones and tablets, explicitly expressing concerns about patent hold-up (See FROMAN, 2013, at 2);¹²
- the Federal Circuit’s 2014 decision in *Ericsson v. D-Link Systems, Inc.* established, in the context of SEPs where a patent owner has promised to license on FRAND terms, that “reasonable royalties” should reflect the incremental value of the patented invention prior to its inclusion in an industry standard and *not* the value associated with standardization (*Ericsson, Inc.*, 773 F. 3d at 1.226, 1.232);

⁶ See *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 392-93 (2006) (rejecting the rule that injunctions are automatic on a finding of infringement); *id.* at 396-97 (Kennedy, J., concurring) (“Legal damages may well be sufficient to compensate for the infringement [of patents used primarily for obtaining licensing fees] and an injunction may not serve the public interest.”).

⁷ See *Uniloc USA, Inc. v. Microsoft Corp.*, 632 F.3d 1292, 1315 (Fed. Cir. 2011) (holding that “the 25 percent rule of thumb is [...] fundamentally flawed”).

⁸ See *Finjan, Inc. v. Blue Coat Sys., Inc.*, 879 F.3d 1299, 1309 (Fed. Cir. 2018) (“When the accused technology does not make up the whole of the accused product, apportionment is required.”); *Ericsson, Inc. v. D-Link Sys., Inc.*, 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014) (“The ultimate reasonable royalty award must be based on the incremental value that the patented invention adds to the end product.”); *Lucent Techs., Inc. v. Gateway*, 580 F.3d 1301, 1338 (Fed. Cir. 2009) (rejecting a damages calculation that used an inflated royalty rate).

⁹ See *Uniloc*, 632 F.3d at 1306 (“Under *Daubert*, the District Court must exercise its ‘gatekeeper’ function in ensuring that scientific testimony is relevant and reliable.”).

¹⁰ See *Octane Fitness, LLC v. Icon Health & Fitness, Inc.*, 572 U.S. 545, 557 (2014) (rejecting the “Federal Circuit’s requirement that patent litigants establish their entitlement to fees under § 285 by ‘clear and convincing evidence.’”); *Adjustacam, LLC v. Newegg, Inc.*, 861 F.3d 1353, 1361 (Fed. Cir. 2017) (awarding attorney’s fees to the defendant under § 285 as a result of “dubious behavior” by the plaintiff). As a disclosure, one of us (Lemley) represented defendant Newegg in that case.

¹¹ For a discussion of this problem, see Lemley; Melamed (2013, at 2.126, 2.167).

¹² (citing patent holdup as one of the bases for his veto).

- the Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) in 2015 substantially clarified and strengthened the FRAND commitments it requires of participants, limiting the circumstances under which SEP holders could seek injunctions and clarifying the meaning of “reasonable rates,” (See IEEE-SA, 2015)¹³ with support from the Department of Justice in the form of a favorable business review letter (HESSE, 2015);¹⁴
- the Federal Trade Commission and its European and Asian counterparts took several actions to prevent owners of SEPs from behaving opportunistically by seeking injunctions on FRAND-encumbered patents.¹⁵

Further progress to limit patent holdup can be made in three areas.

- PRIVATE CONTRACTS: industry participants can do more to prevent patent holdup. Notably, more Standards Setting Organizations (“SSOs”) can follow the lead of the IEEE by clarifying and strengthening their FRAND policies and creating mechanisms to enforce those policies;
- PATENT LAW: the courts can continue to build the case law establishing that patent damages should be based on the value of the patented invention to the infringing party prior to that party making investments specific to that technology, and simplifying patent damages to insure that reasonable royalties do not exceed that incremental value;
- ANTITRUST ENFORCEMENT: as a backstop, competition authorities can promote innovation and protect consumers by taking appropriate enforcement actions against firms that abuse the market power associated with SEPs and/or breach their FRAND commitments to avoid those patent and contract law limits.

¹³ (defining “Reasonable Rates” as “appropriate compensation to the patent holder for the practice of an Essential Patent Claim excluding the value, if any, resulting from the inclusion of that Essential Patent Claim’s technology in the IEEE Standard” and including a list of considerations for determining reasonable rates).

¹⁴ (noting that IEEE’s new RAND commitment “may further help to mitigate hold up”).

¹⁵ The FTC enforcement actions were taken against Bosch and Google. *In re Robert Bosch GmbH Corp.*, 155 F.T.C. 713 (2013); *Motorola Mobility LLC & Google Inc.*, 156 F.T.C. 147 (2013). In Europe, the Court of Justice of the European Union issued injunctive relief for violating FRAND terms. *Case C-170/13, Huawei Techs. Co. Ltd. v. ZTE Corp.*, EU:C:2015:477 at 10-11 (July 16, 2015). Chinese and Korean courts issued similar injunctive relief against Motorola and Samsung. See Esther H. Lim & C. Brandon Rash, *China Court Swiftly Enforces U.S. Company’s IP Rights Against Chinese Company in Motorola v. Guangzhou Weierwei*, FINNEGAN (Mar. 2008). Available in: <<https://www.finnegan.com/en/insights/articles/china-court-swiftly-enforces-u-s-company-s-ip-rights-against.html>>. [<https://perma.cc/D8AS-P3SZ>] (describing a Chinese court issuing such injunctive relief against Motorola); Eric Pfanner, *Korean Court Rejects Samsung Lawsuit Against Apple*, N.Y. TIMES (Dec. 12, 2013). Available in: <<https://www.nytimes.com/2013/12/13/technology/korean-court-rejects-samsung-lawsuit-against-apple.html>>. [<https://perma.cc/CF5Y-GPPD>] (describing a Korean court issuing such injunctive relief against Apple).

We focus below on the role of antitrust enforcement in limiting patent holdup. However, we emphasize that we see private contracts and patent law as the primary methods to prevent patent holdup. Antitrust is a complement and a backstop to these methods, not a substitute for them.¹⁶ If SSOs were to adopt and enforce effective FRAND policies and courts were to give them effect in both contract and patent law, most of the patent holdup problem would go away (See LEMLEY; SHAPIRO, 2013, at 1.166).¹⁷ Even then, however, antitrust would still be necessary in some circumstances to prevent companies from undermining or evading their FRAND commitments, as was the case in *Rambus Inc. v. FTC* [522 F.3d 456, 459 (D.C. Cir. 2008)], *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.* [501 F.3d 297, 304-05 (3d Cir. 2007)], and *FTC v. Qualcomm Inc.* [411 F. Supp. 3d 658, 672-74 (N.D. Cal. 2019)].¹⁸

Unfortunately, antitrust enforcement to prevent patent holdup is in danger of becoming *less* effective due to the policy positions currently being taken by the Antitrust Division of the Department of Justice. These new policy positions appear to be based a specious argument that patent holdup is rare or unproven, combined with a fundamental misconception about the proper role of patents in a market economy. Ironically, while patent and contract law can largely solve the patent holdup problem, and while progress on those fronts has been made in the past, the Antitrust Division is undermining those efforts in ways that might require *stronger* antitrust intervention.

In Part I, we discuss transaction cost economics and the general theory of holdup. In Part II, we draw on our prior work to explain how these general principles apply to the particular case of patent holdup. Part III addresses various ways of limiting patent holdup, focusing on the role of antitrust and the recent efforts by some, including the Trump Administration, to undo recent progress in this area.

I. TRANSACTION COST ECONOMICS AND THE GENERAL THEORY OF HOLDUP

Transactions cost economics explores how for-profit firms in a market economy structure their affairs to promote efficient investment in productive assets.¹⁹ Oliver Williamson in particular stressed the dangers of opportunism

¹⁶ See Lemley (2007, at 167) (“Antitrust law serves a valuable purpose, but where the holdup problem is concerned, it is a backstop.”).

¹⁷ (“SSOs can and should adopt best practices that will prevent patentee holdup while ensuring that the question of the appropriate royalty is resolved in a fair and predictable way.”).

¹⁸ Shapiro testified on behalf of the FTC in the *Qualcomm* case. See below for a further discussion of this case, including a critique of the Ninth Circuit decision in August 2020 reversing the District Court.

¹⁹ Oliver Williamson was awarded the 2009 Nobel Prize in Economics “for his analysis of economic governance, especially the boundaries of the firm.” Ronald Coase was awarded the 1991 Nobel Prize in Economics “for his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy.”

that can arise in the presence of relationship-specific investments. Williamson recently explained:

TCE [transaction cost economics] gave early prominence to the relatively neglected condition of *asset specificity*, which became a crucial defining attribute of transactions. Asset specificity describes the condition where the identity of the parties matters for the continuity of a relationship. [...] these assets cannot be redeployed to alternative uses or users without loss of productive value (TADELIS; WILLIAMSON, 2012, at. 159, § 3.1.1, emphasis in original, citations omitted).²⁰

Williamson has long emphasized what he calls the fundamental transformation that occurs when parties make relationship-specific investments: ex ante competition can be replaced by ex post monopoly (See, e.g., WILLIAMSON, 1979, 241).²¹ This is the problem of holdup: the owner of a key asset can charge more than the asset is worth ex ante if the buyer has made asset-specific investments that will be lost unless the parties agree on terms of trade.

A. The Conditions Under Which the Holdup Problem Is Greatest

As with all great ideas in microeconomics, the general theory of holdup identifies a simple and robust economic concept that is amenable to empirical testing and validation. The core idea behind the theory of holdup is that a party that makes substantial investments, the value of which relies heavily upon the actions of another party, is vulnerable to exploitation by that other party and thus may have lessened incentives to invest. This core idea is intuitive and very general.

Naturally, a party making a large relationship-specific investment has a strong incentive to protect itself from ex post exploitation. Over the past fifty years, the field of transaction cost economics has grown rapidly based on its powerful ability to use asset specificity to explain fundamental business relationships. Notable successes include explaining the presence or absence of vertical integration and the design and use of long-term contracts. Both are mechanisms designed to guard against holdup. In such settings, the terms that well-informed parties would

²⁰ Williamson was exploring these ideas over forty years ago. See Williamson (1973, at 317-318) (noting that the cost advantages of firm-specific knowledge lead to smaller pools of potential players); Williamson (1971, at 1160 (describing the cost advantage of prior players with firm-specific knowledge).

²¹ ("Initial large-numbers competition [...] is quickly thereafter *transformed* into one of bilateral monopoly – on account of the transaction-specific costs. [...]") (emphasis in original).

negotiate *ex ante* provide the competitive benchmark against which potential solutions to the problem of holdup can be evaluated.²²

As Williamson has emphasized since the 1970s, the potential for holdup – which we will refer to as “the holdup problem” – is greatest in situations where one party invests heavily in assets that are specific to its relationship with another party. Situations where efficiency requires substantial investment in relationship-specific assets are very common: the worker moving to take a new job and learning skills specific to that job; the tenant customizing rental space to suit its preferences and needs; the supplier of specialized components investing to serve a large customer; and a firm developing and designing a new product that might later be found to infringe another party’s patent. Likewise, Klein, Crawford and Alchian, in their seminal 1978 paper, emphasized the risk of “post-contractual opportunistic behavior” after such investments are made (KLEIN; CRAWFORD; ALCHIAN, 1978, at 297). They state: “After a specific investment is made and such quasi rents are created, the possibility of opportunistic behavior is very real.” (KLEIN; CRAWFORD; ALCHIAN, 1978, at 298).²³

Managing the holdup problem is most difficult in dynamic and uncertain environments where *ex ante* contracts are necessarily incomplete in significant respects. Much of the theoretical literature has explored the optimal design of long-term contracts, while the empirical literature has identified contracting imperfections and obstacles in a variety of different settings (*See generally* TADELIS; WILLIAMSON, 2012, § 3.1.1, at 164; BRESNAHAN; LEVIN, 2012, at 853).

B. The Social Costs of Holdup

Holdup causes several types of social costs. First, there are costs associated with whatever arrangements are used to control and limit holdup. Second, to the extent that those arrangements are imperfect, parties making specific investments will not be fully protected from holdup, so their incentives to invest and innovate will be undermined, creating deadweight loss and inefficiency. Third, actual holdups can create *ex post* inefficiencies and deadweight losses of the sort normally associated with monopoly power. Fourth, the prospect of engaging in hold-up can lead to inefficient rent-seeking behavior by parties trying to place themselves in a position to behave opportunistically. This welfare analysis is very similar to the analysis of the social costs associated with the

²² This competitive benchmark is both sensible and practical: sensible because it rewards a supplier based on its superiority over its competitors, and practical because it does not require invoking any pre-specified notion of competition, much less perfect competition (which would make no sense when we get to patent holdup).

²³ *See also* Tadelis; Williamson (2012, § 3.1.1, at 164); (“These [transaction-specific] assets cannot be redeployed to alternative uses or users without loss of productive value.”); Williamson (1985, at 64) (“Some individuals are opportunistic some of the time and that differential trustworthiness is rarely transparent *ex ante*.”).

problem of theft, which include analogous categories: (1) the costs incurred to prevent or mitigate actual thefts; (2) the deadweight loss associated with activities deterred due to the fear of theft; (3) the costs caused by actual thefts that nonetheless occur; and (4) the cost of activities undertaken by would-be thieves to engage in theft.²⁴

While it is difficult to measure the social costs caused by the holdup problem, we can be confident that these costs are elevated by legal rules or other public policies that make it more difficult for market participants to structure their relationships to manage holdup efficiently. This will be important below when we discuss SSO rules to control SEP holdup.

C. Market Responses to Holdup

Market participants will structure their relationships as best they can to avoid or minimize the inefficiencies associated with opportunism. Three mechanisms stand out as common responses to the problem of holdup: (1) vertical integration, which aligns interests by placing both parties to the relationship inside a single firm; (2) long-term contracts, which ideally can be designed to protect the party making the specific investments while rewarding the other party based on its *ex ante* superiority over alternatives; and (3) flexibility, whereby the party making the investments shifts from specific investments toward more general investments in order to reduce its reliance on the other party. Classic examples in the empirical literature include vertical integration in the automobile and aerospace industries, the structure of contracts between franchisors and franchisees, and the duration of contracts for the supply of coal and natural gas.

However, when efficiency calls for substantial investments in specific assets, there is no costless way to solve the holdup problem. Each of the three mechanisms above comes with its own costs. Vertical integration may deprive the downstream firm of the benefits of competition and innovation among input suppliers. Preserving flexibility, through dual sourcing or relying on standardized inputs, sacrifices some of the efficiencies associated with specific investments.

The general theory of holdup does not predict that actual *ex post* holdups will be common, even in situations where the holdup *problem* is substantial. To the contrary, under the general theory of holdup, actual *ex post* holdups represent *failures* by market participants to efficiently structure their relationships. Indeed, transaction cost economics predicts that such failures will be relatively rare in stable, well-understood business settings with limited

²⁴ For seminal work on this topic, see Tullock (1967, at 224). Similarly, Gibbons describes the three sources of “transactional failures” that arise in “difficult transactions,” namely: “(a) unprogrammed adaption because *ex ante* contracts are incomplete, (b) lock-in arising from the ‘fundamental transformation’ and (c) haggling (i.e. inefficient bargaining) because *ex post* contracts are incomplete.” (GIBBONS, 2010, at 268).

private information, at least for transactions between sophisticated parties taking place in economies where property rights are well-defined, contract law is well-developed, and contracts are reliably enforceable. But that does not mean that holdup is not a problem, or that successful efforts to avoid it by altering existing business relationships are costless.

D. Empirical Support for the General Theory of Holdup

An impressive body of empirical work supports the general theory of holdup described above. Literally hundreds of papers have been published in peer-reviewed journals developing and testing the general theory of holdup. As Robert Gibbons, one of the editors of the *Handbook of Organizational Economics*, stated in his article on transaction cost economics, “the huge body of TCE literature is overwhelmingly empirical.” (GIBBONS, 2010, at 273).

One extensive line of research uses transaction cost economics to explain the scope and incidence of vertical integration (See WRIGHT, 2007).²⁵ Put differently, these papers use transaction cost economics to explain the “make vs. buy” decisions of firms. A closely related line of research uses transaction cost economics to explain how firms structure their contractual relationships. Shelanski and Klein provide an early survey of this literature (See SHELANSKI; KLEIN, 1995, p. 341-350).²⁶ As they conclude, “Studies that examine the make-or-buy decision and the structure of long-term contracts, in particular, overwhelmingly confirm transaction cost economic predictions.” (See SHELANSKI; KLEIN, 1995, p. 352).²⁷

Masten assembles some of the best early empirical articles on vertical integration and vertical contracting.²⁸ Whinston notes that “TCE predicts that any increase in quasi-rents will increase the likelihood of vertical integration (a finding that is so far consistent with nearly all of the existing empirical literature).” (WHINSTON, 2003, p. 2). Macher and Richtman reviewed “over 3,500 abstracts from which [they] obtained approximately 900 articles that empirically test some aspect of TCE theory.” (MACHER; RICHMAN, 2008, p. 2).²⁹ After recognizing

²⁵ (“The holdup theory and the relationship between asset specificity and vertical integration is perhaps the most empirically tested economic propositions [sic] of modern industrial organization.”).

²⁶ (surveying “vertical integration, ‘hybrid’ contracting modes, long-term commercial contracts, informal agreements, and franchise contracting”).

²⁷ Shelanski and Klein note the presence of some conflicting evidence, but go on to say, “taken as a whole, the body of empirical research in TCE shows that a good deal of economic activity aligns with transactions in the manner predicted by the theory.” *Id.* They then concur with Paul Joskow’s view that the empirical evidence in transaction cost economics is in “much better shape than much of the empirical work in industrial organization generally.” *Id.* (quoting JOSKOW, 1991, at 53).

²⁸ See *Case Studies in Contracting and Organization* (Scott Masten, Ed.) (1996).

²⁹ Macher and Richman are especially interested in the “reach of transaction cost applications in fields outside [industrial organization] economics and in a variety of social sciences.” *Id.* Macher; Richman (2008, at. 42-43).

considerable variability in the quality of the empirical work that they surveyed, they concluded, “even so, the volume of our findings lend considerable support overall for the main predictions of TCE.” (MACHER; RICHMAN, 2008, p. 43).³⁰

In addition, there is an enormous amount of anecdotal evidence based on long-term contracts between sophisticated parties in situations where substantial specific investments are involved and the parties come to rely on each other. It is safe to say that anyone who has seen a good number of such contracts will confirm that they normally contain provisions by which one party obtains price and performance protections to limit opportunism by the other party.

E. Actual Holdups Are Very Difficult to Measure

As just noted, the extensive empirical support for the general theory of holdup consists primarily of studies showing that firms structure their relationships to avoid or minimize the adverse effects of holdup. Critically, the evidence does *not* involve quantifying the magnitude of actual ex post holdups.³¹ Indeed, the empirical literature on holdup has relatively few documented examples of large-scale actual holdups.³² This will be important below when we turn to evaluating the empirical evidence regarding patent holdup in particular.

Anticipating the arguments being made by those who deny that the patent holdup problem is real and significant, it is instructive to ask *why* the empirical literature on the general holdup problem has not proceeded by measuring the frequency or magnitude of actual holdups.

In part this is for a very good conceptual reason: the theory predicts that market participants will structure their affairs to avoid or mitigate actual holdups. As stressed above, the social costs caused by the holdup problem can be large even if large-scale holdups are very infrequent. The validity of the general theory of holdup, and the importance of the holdup problem, do not hinge on the frequency or magnitude of actual holdups.

But practical considerations also play a big role in explaining why the very large empirical literature on the holdup problem includes few documented instances of actual holdups. Even in situations where such holdups take place,

³⁰ See also Bresnahan; Levin (2012, § 3, at 862) (characterizing the empirical evidence as “quite favorable” for transaction-cost theory); Lafontaine; Slade (2007, at 658) (“Virtually all predictions from transaction-cost analysis appear to be borne out by the data.”).

³¹ Lafontaine and Slade explain that empirical work regarding inter-firm contracts has been quite successful at explaining the *incidence* of various practices, but less successful at quantifying the effects of these practices, primarily because such quantification would require access to data that is typically proprietary (LAFONTAINE; SLADE, 2012, § 3.2).

³² Perhaps the most famous example involves General Motors and Fisher Body. See Klein (2000, at 106-126) (detailing Fisher Body’s holdup of General Motors after General Motor’s demand for Fisher’s products exceeded supply). Yet even this famous example is hotly disputed as a factual matter. See Casadesus-Masanell; Spulber (2000, at 76). (“A number of significant aspects of the [Fisher Body] account in the economics literature are incorrect.”).

they are exceedingly difficult for researchers to reliably detect and quantify. To see why, denote the holdup (ex post monopoly) price by P_H and the ex ante competitive price by P^* . The (per-unit) magnitude of the actual ex post holdup is equal to $(P_H - P^*)$. Measuring either component of this difference can pose quite a challenge for researchers. Actual transaction prices in complex business-to-business transactions are rarely observable by researchers. Plus, even when a measure of price is available, it typically is confounded by other terms and conditions, making P_H very hard to observe. Coming up with a good measure of the competitive benchmark price P^* is even harder, since it reflects a counterfactual and since the transactions at issue are by nature idiosyncratic. Practical considerations also explain why the empirical literature on the holdup problem includes few documented instances in which the *prospect* of holdup has discouraged investment. The resulting reduction in investment typically will not normally be observable to researchers, much less attributable to holdup.

For all of these reasons, scholars studying the holdup problem widely agree that the general theory of holdup is very well supported empirically without expecting, much less demanding, a body of empirical work measuring actual holdups. This same sensible approach should be applied to patent holdup.

When we turn to look at patent holdup below, we will examine the two types of evidence used in the more general empirical literature on holdup. First, we look for evidence identifying situations in which the patent holdup problem is significant. The telltale marker that the patent holdup problem is significant in a given setting is the presence of substantial investments specific to a given patent or patent portfolio. Second, we look for evidence that the mechanisms used to manage the patent holdup problem are costly or imperfect. There is clear evidence that the mechanisms used by SSOs to manage SEP holdup are costly and imperfect.

F. The Role of Antitrust in Limiting Holdup Generally

Antitrust can assist contract law and other private arrangements to limit holdup in some circumstances. In many cases, holdup is purely a private matter involving two parties, such as a landlord and a tenant, or a coal mine and a railroad. In those cases, where holdup or its prospect does not have marketwide effects and does not harm third parties, antitrust is generally unnecessary. Other legal doctrines, including contract law, criminal and civil antifraud laws, and tort law, suffice. Furthermore, antitrust law must be careful not to impede private solutions to the holdup problem, as when rivals engage in cross licensing to allow themselves greater freedom to design new products (See SHAPIRO, 2000, p. 120, 130).³³ However, when holdup has marketwide effects that cause harm to third parties, including consumers, antitrust has a role to play in preventing

³³ ("From the perspective of competition policy, cross licenses of this sort are quite attractive.").

holdup. Antitrust law is especially needed when the incidence of holdup falls on downstream customers rather than intermediaries. This can occur when a platform company follows an “open early, closed late” strategy, building its market position with a promise of openness that it later breaches (See LEMLEY; MCGOWAN, 1998, at 770-771).³⁴ Such a policy standing alone might not violate the antitrust law; it could simply be contractual opportunism (See LEMLEY; MCGOWAN, 1998, at 770-771). But both deliberate misrepresentations that a standard will remain open and breach of a contractual commitment to keep it open can serve to interfere with competition in a way antitrust law should care about.

The role of antitrust in limiting holdup has been explored extensively in the antitrust treatment of practices involving aftermarkets. Consider a manufacturer of a durable good that competes with other manufacturers by promising not to discriminate against third parties who service its equipment, so customers can be assured of competition in the aftermarket to service the equipment. This is a contractual solution to the holdup problem faced by customers. Suppose, after building up an installed base of users, this manufacturer breaches that commitment and monopolizes the aftermarket for servicing the equipment, perhaps as part of a strategy to harvest the installed base through inflated service charges while exiting the equipment market. That type of breach of contract is likely to harm customers by disrupting the competitive process. Those are the key elements of an antitrust violation.³⁵

Antitrust also can guard against deceptive practices that undermine various contractual and organizational mechanisms designed to prevent holdup. Parties seeking to benefit from holdup may engage in fraud or other deceptive or misleading conduct that prevents third parties, including consumers, from enjoying the benefits of competition or from creating efficient private arrangements to avoid holdup. For example, they may conceal information *ex ante* in order to avoid triggering a negotiation until after their power is locked in, as Unocal and Rambus both did in hiding their patents from standard-setting organizations.³⁶ Antitrust prohibits that misbehavior, ensuring that parties have the information and ability to contract privately to avoid holdup.

³⁴ (discussing the risk that Java would gain popularity as an open platform and then close the platform). That risk came to pass; Oracle bought Sun and closed Java. For a discussion of the costs faced by consumers locked in by this “open early, closed late” strategy, see Shapiro; Varian (1999, 103-34).

³⁵ For a real-life example of this type of fact pattern, see *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

³⁶ See *Rambus Inc. v. FTC*, 522 F.3d 456, 459 (D.C. Cir. 2008) (reporting the FTC’s findings that Rambus “deceptively failed to disclose” its patent interests in four standardized technologies); *Union Oil Co. of California*, 140 F.T.C. 123, 125 (2005) (alleging that Union Oil pursued patents while misrepresenting to regulatory authority that the relevant research was in the public domain). Shapiro testified on behalf of the FTC in the *Unocal* case.

II. PATENT HOLDUP

A. *Theory of Patent Holdup*

Patent holdup is a specific application of the general theory of holdup. When an actual ex post patent holdup occurs in the form of a patent license, its (per-unit) magnitude equals the difference between the royalty rate obtained by the patent holder and the royalty rate the patent holder would have been able to negotiate prior to the licensee making investments specific to practicing the patent. The royalty rate without holdup reflects the intrinsic value of the patented invention, which will be large for major inventions. Nothing we say should be taken to suggest that a patent holder should be prevented from obtaining the reasonable royalty rate that reflects the ex ante incremental value of its inventions, properly discounted to reflect the chance that the patent is invalid or not infringed (See LEMLEY; SHAPIRO, 2007, p. 1.999).³⁷ Rather, our concern is with the ability of patent owners to capture more than that intrinsic value by exploiting the irreversible investments made by the licensee.

Patent holdup, like all holdup, arises when products and services require specific investments. In this context, an investment to develop a new product is “specific” to a given patent to the extent that it cannot readily be transferred to a product that does not infringe that patent.³⁸ If the patent holder owns a whole portfolio of patents, an investment to develop the new product is “specific” to that portfolio if it cannot be transferred to a product that avoids infringing the entire *portfolio* of patents.³⁹

Due to the probabilistic nature of patents, patent holdup does not require surprise or ambush: it can occur even if the firm developing a new product is well informed and able to negotiate with the patent holder before making any specific investments. We prove this as theoretical matter in a simple bargaining model in prior work. (See LEMLEY; SHAPIRO, 2007, at 2.003-2.005).⁴⁰ Patent holdup without surprise can occur because both outside options available to the firm developing the new product, in its ex ante negotiation with the patent holder, are costly to that firm. The first outside option is to design its new product to avoid any danger of later being found to infringe the patent. The cost of designing around the patent is the same, regardless of the probability that the patent will later be found invalid or not infringed by the new product. As a

³⁷ (“The [reasonable and expected] royalty rate must be discounted to reflect patent strength.”).

³⁸ In many cases, an infringing product can be redesigned to avoid infringing, but this process takes time, so it does not avoid holdup altogether.

³⁹ This assessment must be based on the patent portfolios that will be in place after the firm introduces its product. Patent holdup can arise, or become more severe, due to a horizontal consolidation of patents reading on the firm’s product, or because a practicing entity who would not assert its patents due to the cost of a countersuit sells its patents to a Patent Assertion Entity (PAE).

⁴⁰ (setting forth the “early negotiation” model); Shapiro (2010, at 298-300).

result, the royalties paid by a firm negotiating based on this outside option will be unreasonably high, especially for weak patents. The second outside option is to proceed ahead with product development and face the possibility of later being found to infringe the patent. But invoking this option negates the value to the downstream firm of knowing about the patent in advance and leaves that firm vulnerable to ex post holdup. As a result, negotiating based on this outside option also leads to unreasonably high royalties.⁴¹

Based on the general theory of holdup and the results just described, the danger of patent holdup is greatest when (1) a firm is developing a new product that may (or may not) later be found to infringe a patent, and (2) efficient development of that new product requires that firm to make substantial investments that are specific to the patent(s) in question. Patent holdup does not require “surprise” and can be especially problematic for vague or weak patents. Furthermore, the patent holdup problem is exacerbated if multiple firms own such patents, leading to royalty stacking infringed (See LEMLEY; SHAPIRO, 2007, p. 1.999). Notably, the harm caused by the holdup problem here often does not take the form of an injunction shutting down a product for patent infringement. Rather, its most common form is the payment of unreasonably high royalties to the patentee to avoid the costly and inefficient measures to avoid the holdup that patentee could otherwise impose.

B. Evidence of Patent Holdup

We now turn to the empirical evidence relating to patent holdup. We address both categories of evidence identified above relating to the general theory of holdup.

B.1. The Patent Holdup Problem Is Significant for Many High-Tech Products

Large patent-specific investments are common in the information and communications technology (ICT) sector (See UNITED STATES; FEDERAL, 2007, at 3-4, 35-36).⁴² When SEPs covering widely used compatibility standards are involved, the presence of large specific investments surely is the norm. After all, any investment that would be lost if the infringing firm were forced to stop selling all of its compatible products is specific to even a single SEP.

The significance of patent-specific investments in any particular patent infringement case is an empirical question that depends upon the facts of that

⁴¹ For a fuller discussion of this point, see Shapiro (2010, at 298-300).

⁴² (explaining that the ITC sector relies on a variety of patented technologies that must be licensed or designed around); See UNITED STATES; FEDERAL (2007, at 43, n. 50) (noting the costly nature of SEPs in the ICT sector).

case. In an individual case where a party is arguing that it is subject to ex post patent holdup, that party should be required to establish that it has made significant investments specific to the patent or patent portfolio in question.⁴³ In cases involving SEPs reading on widely used industry standards, noncompliant products are unlikely to be commercially viable, so it will normally be sufficient for the party to show that it has made significant investments specific to the product category in question.

Notably, a company does not need to be aware of a particular patent to make an investment specific to that patent. Indeed, the vast majority of holdup cases (and indeed the vast majority of patent lawsuits) involve patents discovered only after the investment is made (See COTROPIA; LEMLEY, 2009, at 1.442, 1.446).⁴⁴ The fact that the patent can be argued by its owner to cover the specific investment is what gives rise to the holdup problem.

B.2. Managing the Patent Holdup Problem is Very Difficult for High-Tech Products

The general theory of holdup suggests several mechanisms that a firm developing a new product might employ to protect itself from patent holdup. To be effective, these mechanisms must be deployed prior to the firm's development effort. First, the firm might vertically integrate, which in the case of patent holdup would mean acquiring the patents in question. Second, the firm might sign a longterm contract, which in the case of patent holdup would mean entering into a long-term licensing contract with the patent holder prior to product development. Third, the firm might retain flexibility to use other inputs, which in the case of patent holdup would mean designing its product to allow it to easily and rapidly modify its product to avoid infringement.

We do indeed see each of these responses in some cases, but the mechanisms normally used to limit holdup often do not work well to prevent patent holdup. This implies that the social costs caused by patent holdup also will be high. In prior work, we and others identify a number of factors that make it very difficult for firms developing new products in the information technology and communications sector to protect themselves from patent holdup (See LEMLEY; SHAPIRO, 2007, at 1.992):⁴⁵

⁴³ This assessment should be made under the assumption that the patent(s) involved are valid and infringed. Additionally, a party seeking in advance to avoid patent holdup may argue that it will likely make such specific investments, or would do so in the absence of the threat of patent holdup.

⁴⁴ (reporting that only 31.1% of patent infringement cases "involve allegations that the defendant was even aware of the patent before the lawsuit," and the number was much smaller in the IT industries).

⁴⁵ (noting that products in the ITC sector "can easily be covered by dozens or even hundreds of different patents").

- *Broad Patents with Vague Boundaries.* Many U.S. patents have broad claims with vague boundaries, making it difficult to determine in advance whether a new product will infringe them, especially since product development takes time and is uncertain. (BESSEN; MEURER, 2008, at 54-56);
- *Uncertainty About Future Product Attributes.* A firm developing a new product may not know its specific features until well down the development path. (See LEMLEY; SHAPIRO, 2007);
- *No Independent Invention Defense.* A product infringes a patent even if the firm developed that product entirely on its own, as is the norm in patent infringement cases (COTROPIA; LEMLEY, 2009, at 1.425-1.426);
- *Weak Patents.* Nearly 75% of patent suits fail (ALLISON; LEMLEY; SCHWARTZ, 2014, at 1.787-1.788). Even the small number of cases that involve defendants aware of a patent at the time they invest often involve patents that should not have issued or that are been claimed to cover something they do not plausibly reach. A weak patent can give rise to patent holdup even if the firm is fully aware of that patent when it launches its development effort;
- *Patent Pendency Lags.* Patents take 3-4 years to issue on average (LEMLEY, 2013, p. 11, n. 43). Even if a firm carefully reads all pertinent patent applications when they are published, and steers well clear of their claims, that firm can still be exposed to patent holdup due to the lag between a patent's priority date and the publication of that patent application by the United States Patent and Trademark Office (PTO). That is especially true since patent applicants can and do modify their claims during the patent prosecution process to cover products they see being introduced in the market and ongoing standardization efforts;⁴⁶
- *Patent Thickets.* Many patents may plausibly be asserted against a single product, and these patents are likely to be held by multiple owners (PARCHOMOVSKY; WAGNER, 2005, p. 35; SHAPIRO, 2000, p. 126).

In certain other industries, by contrast, a firm planning to develop a new product can easily identify the single firm that owns strong, clear patents that are likely to be asserted against that product. In those situations, if entry raises joint profits, an ex ante licensing contract could work well. Thus, firms in industries like pharmaceuticals or medical devices tend to identify the (many fewer, more

⁴⁶ In *Kingsdown Medical Consultants, Ltd. v. Hollister Inc.*, the Federal Circuit stated that "there is nothing improper, illegal or inequitable in filing a patent application for the purpose of obtaining a right to exclude a known competitor's product from the market." 863 F.2d 867, 874 (Fed. Cir. 1988). "Nor," noted the Federal Circuit, "is it in any manner improper to amend or insert claims intended to cover a competitor's product the applicant's attorney has learned about during the prosecution of a patent application." *Id.*; see also Lemley; Moore (2004, at 69) (noting that firms use continuation applications to "track changes in the marketplace").

certain) holders of potentially critical patent rights and either negotiate a license up front or change the way they design their product. Most new high-tech products, and certainly those complying with popular industry standards, do not fit this more benign fact pattern.

For all of these reasons, holdup tends to be a thornier problem in the information technology and telecommunications industries. As an illustrative example, there are strong reasons to believe that effectively avoiding patent holdup is more difficult for a firm developing a new industrial robot than in the typical bilateral holdup situation studied in the transaction cost economics literature, such as an electric utility building a new generating facility that relies on a specific mine to supply coal, or an entrepreneur opening a new franchise. The electric utility can enter into a long-term contract with the mine or acquire the mine if necessary. The entrepreneur can sign a detailed long-term contract with the franchisor. In contrast, for the reasons given above, the robot maker will have difficulty even identifying all of the (possibly thousands of) patents that might be asserted in the future against its new robot, many of which might not issue until the robot maker is well down the road in its development process.

Furthermore, even for those patents that can confidently be identified in advance, there are substantial transaction costs associated with each of the three mechanisms normally used to avoid holdup.

- *Vertical Integration.* Vertical integration is rarely a good solution for patent holdup. If one robot manufacturer purchases a group of patents and patent applications that are likely to be asserted against tomorrow's robots, the danger of patent holdup may actually become greater for the other robot manufacturers.⁴⁷ This suggests that patent holdup would best be mitigated overall if a group of robot manufacturers purchases these patents. However, that solution involves its own substantial transaction costs, not to mention potential antitrust exposure. Further, there are just too many patents to make this feasible in the information technology sector;
- *Long-Term Contracts.* Long-term ex ante patent licensing contracts intended to cover future products involve substantial transaction costs. Our robot manufacturer is likely to have a relatively poor sense of what its future products will look like when it first begins developing them, yet that is the point in time when it must begin making substantial specific investments. Furthermore, it may be very difficult for the robot maker to identify all of the patents that might be asserted against its future products, or what the scope of those patents will be, especially for patent applications that have not yet been issued or that will later be filed as continuations. On top of that, there may well be multiple parties who

⁴⁷ This can happen because a robot manufacturer asserting the patent is more likely than a non-practicing entity to be able to obtain an injunction against other robot manufacturers, and because one robot manufacturer gains by excluding or raising the costs of its rivals. These forces can be offset if the party subject to holdup has its own patents that can be asserted in a countersuit.

have applied for patents that are likely to be asserted against the new robots, raising issues of royalty stacking, which multiplies the patent holdup problem. For all of these reasons, very few companies developing complex products in the information, technology, and communications area are able, as a practical matter, to “clear” their products by entering into ex ante licensing arrangements with most or all of the parties holding patents that might later be asserted against their new products.⁴⁸ For SEPs, FRAND commitments seek to overcome these problems, but these commitments do not specify royalty rates and even if they are effective, enforcing them involves substantial transaction costs;⁴⁹

- *Retaining Flexibility.* Retaining flexibility during the development process so as to dodge possible infringement claims for the resulting product can be exceedingly difficult, especially given the large number of patents and their vague boundaries. Further, even if such flexibility could be achieved, it might be very costly in terms of reduced product performance or the need to deploy additional engineering resources. That is especially true when the patent is an SEP, since standardization is critical to many IT technologies. Those, too, are inefficiencies, which can lead to elevated royalty rates or cause other costs associated with mitigating patent holdup.

To summarize, each of the three basic mechanisms for mitigating patent holdup – vertical integration, long-term contracts, and retaining flexibility – faces *greater* obstacles when it comes to patent holdup in the high-tech sector than it does for more traditional types of holdup.

Reputational concerns also can mitigate holdup to some degree. However, the reputation mechanism also performs relatively poorly in the context of patent licensing for a number of reasons. It is difficult to identify the patents that may be asserted against a new product. Licensing terms are typically kept secret. Reputational effects may operate with a significant delay. A patent holder’s incentives can change (as when an operating company fails and then aggressively monetizes its patents). And patent owners can and do sell their patents to Patent Assertion Entities (PAEs) to assert them aggressively.⁵⁰ Plus, for SEPs, the standard-setting process can make it difficult for SSO participants to steer new standards clear of a firm that has behaved opportunistically in the past if that firm makes a FRAND commitment to the new standard. Reputation works only if you can avoid dealing with companies that behave unreasonably; that may not be possible if they own SEPs.

⁴⁸ For a fuller discussion of this patent preclearance dynamic, see Lee; Melamed (2016, at 404-09).

⁴⁹ This highlights the benefits of reducing those transaction costs, e.g., by clarifying the circumstances under which SEP holders can obtain injunctions and the meaning of the term “reasonable royalties.” See *supra* note 15.

⁵⁰ Indeed, PAEs typically find it valuable to develop a reputation for aggressively pursuing patent infringement claims. (MORTON; SHAPIRO, 2016, at 91).

The conclusion from this analysis is unambiguous: patent holdup is an especially thorny subspecies of holdup, making it especially costly and difficult for firms developing new complex products to protect themselves from patent holdup.

C. Actual Patent Holdups Are Very Difficult to Measure

As with holdup in general, quantifying the frequency and magnitude of actual patent holdups is very difficult as a practical matter and not a useful way of assessing the importance of the patent holdup problem. Rarely can researchers observe the ex post price, because patent licensing terms are normally confidential. Even when researchers can observe the license fees, they are often embedded in a complex agreement. And even in those rare cases where researchers can accurately observe the ex post price, they are unlikely to observe the ex ante price, making it difficult if not impossible to measure the magnitude of the holdup.

Litigated cases also are problematic as a source of data to quantify the magnitude of actual patent holdups. A litigated case resulting in an award of reasonable royalties may well involve attempted holdup, but by definition it cannot provide smoking-gun evidence of actual holdup, at least if one accepts that the royalties awarded by the court are reasonable.⁵¹ Rather, at least since the Supreme Court eliminated the automatic entitlement to an injunction, litigation to judgment (which is rare) often reflects a refusal to give in to holdup by a defendant willing to take its chances in court. And the vast majority of patent cases settle. The terms of a settlement are rarely observable, so it is impossible to know whether those settlements reflected the value of holdup.

Notwithstanding these points, a number of authors have pointed to a lack of empirical evidence to argue that patent holdup either does not exist or is not a significant problem (See, e.g., WRIGHT; GINSBURG, 2015).⁵² Even taken on their own terms, many of these papers are deeply flawed. One such paper, which has often been cited by those who downplay the importance of patent holdup, purports to offer empirical evidence inconsistent with the hypothesis that SEP holdup has slowed innovation or harmed consumers (See GALETOVIC, HABER; LEVINE, 2015a, p. 551-554).⁵³ The conclusion to this Qualcomm-funded paper

⁵¹ Two recent SEP cases provide good examples of this fact pattern. In *Microsoft v. Motorola*, Judge Robart found that the reasonable royalties for Motorola's SEPs were \$1.8 million, a "tiny fraction" of the \$4 billion that Motorola was seeking. (TEECE; SHERRY, 2016, at 119). In the *Innovatio* case, Judge Holderman found that the reasonable royalties were 9.56¢ per unit, a tiny fraction of the \$36 per unit demanded for a bar code scanner. *In re Innovatio IP Ventures, LLC*, MDL N° 2303, 2013 WL 5593609 at *3, *12 (N.D. Ill. Oct. 3, 2013).

⁵² ("There is no empirical evidence that anticompetitive patent holdup is prevalent."); see also Layne-Farrar, 2014, at 2 ("The empirical studies conducted thus far have not shown that holdup or royalty stacking is a common problem in practice.").

⁵³ (finding no empirical support for the notion that SEP holdup hypothesis has slowed innovation or harmed consumers).

states, “we cannot reject the hypothesis of no SEP holdup.” (See GALETOVIC, HABER; LEVINE, 2015a, p. 572). How do these authors reach this conclusion? They compare rates of change of quality-adjusted prices in “SEP-reliant” industries with “similar” non-SEP-reliant industries, primarily over the 1997-2013 period (See GALETOVIC, HABER; LEVINE, 2015a, p. 551-552).⁵⁴ For example, they show that quality-adjusted prices of cellular phones have fallen faster than the quality-adjusted prices of automobiles (See GALETOVIC, HABER; LEVINE, 2015a, p. 564-566).⁵⁵ This exercise does not address the relevant hypothesis: whether SEP holdup increased the price of cellular phones from what it otherwise would have been (See GALETOVIC; HABER; LEVINE (2015b)).⁵⁶ The quality-adjusted prices of pharmaceuticals have risen much faster than automobiles over the same period of time, but that similarly is not proof that pharmaceuticals are subject to a patent holdup problem.

Beyond the obvious and fatal flaws in this empirical work,⁵⁷ the whole line of inquiry is of limited relevance for the purpose of measuring the social costs of holdup or designing institutions to limit patent holdup, because it only looks for instances of actual patent holdup. As explained above, these instances are very difficult to detect and are only the tip of the iceberg in terms of the social costs of patent holdup (See COTTER; HOVENKAMP; SIEBRASSE, 2019, at 1.547-1.5448).⁵⁸ So far as we can tell, the vast majority of these papers have been funded by Qualcomm and other patent holders seeking to weaken the institutions designed to control patent holdup, increase their leverage in

⁵⁴ They also attempt to test for SEP holdup by asking whether the *eBay* decision differentially affected the rate of change of quality-adjusted prices in SEP-reliant industries and non-SEP-reliant industries. *Id.* at 555. This test, too, has exceptionally low power, given the lags in the system and the many other factors that affect the rate of change of quality-adjusted prices. Worse yet, the basic assumption behind the test – that *eBay* had a greater impact on SEPs than on other types of patents – is highly questionable. More likely, *eBay* had a greater effect on *non-SEPs* than on SEPs. Prior to the *eBay* decision, FRAND commitments already limited the use of injunctions for SEPs, while non-SEPs automatically received injunctions.

⁵⁵ The original version of this paper used the price of *bananas* as a “comparable” benchmark (GALETOVIC; HABER; LEVINE, 2014).

⁵⁶ (acknowledging that “the equilibrium outcome of the SEP hold-up hypothesis is that consumers either face higher prices or lower quality products than they would if hold-up was not taking place”).

⁵⁷ More recent work fares no better. One recent paper claims to have counted up all the royalties on phones worldwide and found that they amount to only 3% of the price of a phone. (GALETOVIC; HABER; ZARETZKI, 2018, at 271-272). But the authors reach that conclusion only by ignoring the value of patents owned by companies that make phones or phone components, which collectively own the largest number and likely the most valuable patents. See Lemley; Melamed (2013, at 2.130) (noting that “smartphone companies alone spent over \$15 billion acquiring patents” over the course of a few years). Even apart from that huge omission, their data are suspect, since later court evidence revealed that just one company – Qualcomm – charged 3% across the board for its patents alone. *FTC v. Qualcomm Inc.*, 411 F. Supp. 3d 658, 673 (N.D. Cal. 2019).

⁵⁸ (noting that patent holdup can be a problem even if it isn’t systemic, and that “it may be that case law imposing limits on the entry of injunctions is itself a leading factor constraining firms from engaging in holdup”).

licensing negotiations, and thus increase their ability to monetize their patents.⁵⁹

Despite the difficulties of observing the incidence and magnitude of actual patent holdups, we *are* able to observe the telltale signs of actual patent holdup. Transaction cost economics, and simple bargaining theory for that matter, tell us that actual patent holdup can be expected to occur when three conditions are present: (1) a firm has developed a new product independently; (2) that firm has made significant investments that are specific to one or more patents asserted against that product; and (3) the firm is not protected from patent holdup.⁶⁰ As discussed above, conditions (1) and (2) are common in the high-tech sector, placing considerable weight on the institutions that protect firms from patent holdup.

The presence of those institutions is itself evidence that the patent holdup problem is real and significant. As we noted in Part I, companies try to structure their transactions to avoid holdup, developing institutions for that purpose. As we have seen, the traditional market solutions do not work well for patents. In most industries, the central mechanisms limiting patent holdup come from patent law, namely the rules governing injunctions and patent damages. In the high-tech sector, companies have overwhelmingly turned to SSOs in an effort to obtain global commitments to an *ex ante* royalty, which appear in the form of FRAND commitments. The near-universal recognition in the industry of the need for such a mechanism is strong evidence that companies view holdup as a problem they must build institutions to avoid.

⁵⁹ To be sure, companies on both sides have funded work in this area. But Qualcomm's investment has been extraordinary and has led to the creation of entire centers as well as funding scholarly papers. See, e.g. Brooks; Geradin (2011, at 1) (acknowledging that the author previously represented Qualcomm); Brooks (2011, at 435) (acknowledging that the author was representing Qualcomm in litigation pending when the article was written); Geradin; Layne-Farrar; Padilla (2008, at 144) (acknowledging financial support from Qualcomm); Ko (2014, at 209) (acknowledging financial support from Qualcomm); Layne-Farrar; Llobet; Padilla (2014, at 24) (acknowledging financial support from Qualcomm); Layne-Farrar; Llobet; Padilla (2009, at 445) (acknowledging financial support from Qualcomm); Layne-Farrar; Padilla; Schmalensee (2007, at 671) (acknowledging financial support from Qualcomm); *About, HOOVER IP²*. Available in: <<https://hooverip2.org/about/>>. [https://perma.cc/7U7Y-4H8W] (last visited May 20, 2020) (acknowledging financial support from Qualcomm); *Qualcomm Gives \$2 Million for Patent Research*, NW. PRITZKER SCH. L. (Aug. 2013). Available in: <<https://www.law.northwestern.edu/campaign/gifts/qualcomm/index.html>>. [https://perma.cc/R8XL-ZGTL]. Explaining that Qualcomm gave a \$2 million gift "to establish the Project on Innovation Economics, research that will investigate the role of patents in incentivizing technological innovation"; Supporters, Ctr. for the Protection of Intell. Prop. Available in: <<https://cpip.gmu.edu/about/supporters/>>. [https://perma.cc/6ZL5-C7E2] (last visited May 20, 2020) (acknowledging financial support from Qualcomm); TILC News (Apr. 26, 2007). Available in: <<https://perma.cc/2ET3-CDAK>>. (acknowledging Qualcomm support); U.S. Telecom Firm Boosts Research Funds at Tilburg University Law and Economics Center Beneficiary, Go Dutch. Available in: <<http://www.godutch.com/newspaper/index.php?id=1181>>. [https://perma.cc/V3YF-J6HM] (last visited June 2, 2020) ("Research Center TILC, the Tilburg Law and Economics Center, has received almost €300,000 from American telecom company Qualcomm.").

⁶⁰ As explained above, actual patent holdup also can be expected to occur even without "ambush" when a firm is anticipating making specific investments and cannot easily identify the patents that may be asserted against its new products or when the identified patents are relatively weak. See *supra* notes 40-41 and accompanying text.

D. FRAND Commitments for Standard-Essential Patents

The danger of patent holdup is particularly high for SEPs that read on popular industry standards. The reason is not hard to see: the patents are by definition thought to be essential to work in the field.⁶¹ If compliance with a standard is essential to market success, as it often is in network markets, a company has no choice but to invest in assets that might later turn out to be subject to SEPs. Further, there is unambiguous evidence of substantial patent thickets for many patent standards, as measured by the number of declared SEPs for those standards (See BIDDLE; WHITE; WOODS, 2010).⁶²

Precisely because patent holdup is such a grave problem for SEPs, SSOs commonly, if not uniformly, require that participants agree to license any SEPs on FRAND terms.⁶³ Indeed, the FRAND commitment itself developed as a response to anticompetitive conduct by patent owners that failed to disclose their claim to own rights in a standard and then demanded excessive royalties after the standard-setting organization was locked in.⁶⁴ There is a broad consensus that the primary purpose of these FRAND commitments is to prevent SEP holdup by ensuring that parties seeking to make, use, or sell products that comply with the standard are able to do so, provided they pay reasonable royalties for the required SEPs (See SIEBRASSE; COTTER, 2017; COTTER, 2009, at 1.201).⁶⁵

The widespread requirement that owners of SEPs commit to licensing them on FRAND terms is an application of the general theory of holdup. Firms developing products that will comply with an industry standard typically need to make very substantial investments that are specific to these SEPs. This makes SEP holdup an obvious danger. The general theory of holdup teaches us that market participants will migrate towards the most efficient way of avoiding or mitigating SEP holdup. What are their choices?

⁶¹ Whether they actually are essential is open to some debate. See Lemley; Simcoe (2019, at 628-632) (“When SEPs are asserted in court, most of them turn out not to be infringed.”).

⁶² (“identifying 251 technical interoperability standards implemented in a modern laptop”); Lemley; Shapiro (2013, at 1.158) (noting the thousands of patents claimed to be essential to smartphone technology); Armstrong; Mueller; Syrett (2014, at 7) (unpublished manuscript). Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2443848>. [<https://perma.cc/K2DE-PA64>] (“One estimate suggests that there are 250,000 current patents relevant to the modern smartphone.”).

⁶³ Much has been written about these FRAND policies. For a fine review, see generally Contreras (2019).

⁶⁴ See Contreras (2015, at 42-44, 64-66) (“In response to the perceived threat of patent hold-up, many [standards-development organizations] have adopted formal policies that impose one or both of the following obligations on participants: (1) an obligation to disclose patents essential to implementation of a standard, and/or (2) an obligation to license such patents on FRAND terms.”).

⁶⁵ (“SSOs have experimented with or considered various policies designed to minimize the risk of patent holdup. [...] such as requiring SSO members/patent owners to commit to licensing their technology, if at all, on RAND terms.”); Lemley (2002, at 1.924-1.925) (“If an IP owner agrees to license its patents that cover a standard on reasonable and nondiscriminatory terms, others will assume that they are free to use that standard so long as they pay a reasonable royalty.”).

Vertical integration cannot solve the SEP holdup problem, since the whole idea of standard setting is to enable many downstream firms to make compliant products, which requires practicing SEPs.⁶⁶ For a standard to work, *every* firm needs access to *every* SEP; they cannot simply vertically integrate with some of the SEPs that read on that standard. Nor can product design flexibility solve the SEP holdup problem because a compliant product will infringe SEPs by definition.⁶⁷ The best hope for dealing with SEP holdup is to rely on disclosure of SEPs together with some type of ex ante long-term contract.

Enter FRAND commitments: promises made by all participants in a standards body that they will license all essential patents on “fair, reasonable, and nondiscriminatory terms.” Those ubiquitous commitments are evidence of an entire industry trying to protect itself from patent holdup.

However, because FRAND commitments require collective action, and because SSOs typically operate on the basis of consensus, they are subject to their own substantial imperfections and transaction costs. In particular, the FRAND commitments called for by most SSOs are surprisingly vague given their critical role in limiting SEP holdup. The most common provision simply requires that SEP holders make irrevocable commitments to license their SEPs on reasonable and non-discriminatory terms, but does nothing to specify or limit those terms.⁶⁸ Despite these obstacles, FRAND commitments can be made more explicit and more effective at preventing SEP holdup, as exemplified by the recent salutary changes at the IEEE.⁶⁹ However, in this paper we simply take as given existing SSO policies, vagueness and all. For our purposes here, the key point is that these FRAND commitments are the central mechanism used by SSOs to address the problem of SEP holdup. We can apply the general theory of holdup to ask how well these FRAND commitments work to mitigate holdup. We also can apply the general theory of holdup to help us understand the economic effects, and formulate the best policy responses, when SEP owners breach their FRAND commitments. But the very fact that those commitments are ubiquitous is itself evidence of an entire industry seeking to mitigate a widespread holdup problem.

⁶⁶ Vertical integration can work to some degree, e.g., if a large downstream firm acquires a collection of SEPs. But other downstream firms would still need access to those SEPs on reasonable terms. A group of downstream firms could acquire a collection of SEPs, but again other downstream firms would still need access to those SEPs. Patent pools can help mitigate the SEP holdup problem, but downstream firms who are not pool members still need access to those SEPs on reasonable terms.

⁶⁷ Flexibility can help in some circumstances, e.g. by making certain aspects of the standard optional rather than mandatory, thereby reducing the number of SEPs. But mandatory elements are typically critical for an interoperability standard to work properly, and as a factual matter many SEPs read on these mandatory elements.

⁶⁸ For a survey of standard-setting organization rules relating to IP, see Lemley (2002, at 1.924-1.925).

⁶⁹ See IEEE-SA (2015, at 4) (requiring all proposed IEEE standards to be accompanied by an assurance that any SEPs would be available for a reasonable royalty). Importantly, the IEEE rules also provide a mechanism for SEP owners to control holdout by patent users who refuse to pay reasonable royalties. *Id.*

Fortunately, United States courts have come to understand the critical role played by FRAND commitments in mitigating SEP holdup. Most notably, the Federal Circuit has explicitly found that the concept of reasonable royalties, as applied to SEPs, means the royalties that would be negotiated prior to the establishment of the standard rather than transferring to the patent owner the value of collective adoption of the standard.⁷⁰ In addition, the Federal Circuit, applying *eBay*, has indicated that injunctions will normally not be available for SEPs: “a patentee subject to FRAND commitments may have difficulty establishing irreparable harm.”⁷¹ The Ninth Circuit has taken the same position.⁷² Nothing in these decisions prevents SEP owners from properly protecting themselves from non-paying users, but they do give force to the contractual mechanisms companies use to try to avoid holdup and replicate what a negotiation might look like absent irreversible investments.

Another significant step to avoiding holdup was the Supreme Court’s decision in *eBay v. MercExchange* that successful patent holders were not automatically entitled to an injunction.⁷³ Following *eBay*, the lower courts have generally ruled that non-practicing entities are normally entitled to reasonable royalties but not permanent injunctions because their interest is only in a reasonable license fee.⁷⁴ While *eBay* did not eliminate the danger of patent holdup, it greatly reduced the scope of patent holdup, at least by non-practicing entities. If a court will not grant an injunction, patent holdup is unlikely so long as reasonable royalties are calculated correctly.

From the perspective of transaction cost economics, *eBay* was a huge step forward. The *eBay* case established a bundle of rights for patent owners that promotes innovation by balancing the twin goals of (1) rewarding invention by

⁷⁰ See *Ericsson, Inc. v. D-Link Sys., Inc.*, 773 F.3d 1201, 1232 (Fed. Cir. 2014). The Federal Circuit laid out two “special” considerations for “dealing with SEPs.” *Id.* “First, the patented feature must be apportioned from all of the unpatented features reflected in the standard. Second, the patentee’s royalty must be premised on the value of the patented feature, not any value added by the standard’s adoption of the patented technology.” *Id.* As the Federal Circuit noted, “these steps are necessary to ensure that the royalty award is based on the incremental value that the patented *invention* adds to the product, not any value added by the standardization of that technology.” *Id.* (emphasis in original).

⁷¹ *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286, 1332 (Fed. Cir. 2014). The Federal Circuit left open the possibility that an injunction may be warranted if the infringer refuses to pay a FRAND royalty. See LEMLEY; SHAPIRO (2013, at 1.144) (“The standard-essential patent owner may seek an injunction against an unwilling licensee.”).

⁷² “Implicit in such a sweeping promise is, at least arguably, a guarantee that the patent-holder will not take steps to keep would-be users from using the patented material, such as seeking an injunction, but will instead proffer licenses consistent with the commitment made.” *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, 696 F.3d 872, 884 (9th Cir. 2012). “Motorola, in its declarations to the ITU, promised to ‘grant a license to an unrestricted number of applicants on a worldwide, non-discriminatory basis and on reasonable terms and conditions to use the patented material necessary’ to practice the ITU standards.” *Id.*

⁷³ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 394 (2006).

⁷⁴ See Seaman (1953) (“District courts appear to have adopted a de facto rule against injunctive relief for [patent assertion entities] and other patent owners who do not directly compete in a product market against an infringer. [...]”); Gupta; Kesan (2015) “District courts [have] consistently denied permanent injunctions [...] in instances when the patent holder and the infringer are not direct competitors in a product market.”

patent holders through suitable patent remedies, and (2) encouraging subsequent innovation and commercialization by reducing patent holdup. The Supreme Court's ruling in *eBay*, coupled with the appellate court's rulings on damages, have substantially reduced the danger of SEP holdup in conventional patent infringement actions by aligning the patentee's remedies with the intrinsic value of its invention rather than allowing it to lay claim to the value of standardization itself.⁷⁵ Unfortunately, however, these limitations on injunctions for SEPs do not apply to exclusion orders granted by the International Trade Commission (ITC). The ITC has the authority to sharply limit exclusion orders for SEPs if they are not in the public interest, but so far the ITC has not done so, despite urgings from the Department of Justice and the USPTO during the Obama Administration. In one highly visible case, the U.S. Trade Representative vetoed an ITC exclusion order for an SEP.⁷⁶

E. The Patent Holdout Chimera

Patent advocates have sought to deflect concerns about patent holdup not only by denying its existence but by concocting a supposedly parallel story of "patent holdout." On this theory, patent owners are being deprived of the fruits of their R&D investments by implementers who copy their technology but refuse to pay. The idea is to tell a story that parallels patent holdup.⁷⁷

Patent holdout is incoherent as a theoretical matter and rejected as an empirical matter. Empirically, between 95% and 99% of patent defendants in the IT industry are not in fact copying anything (COTROPIA; LEMLEY, 2009, at 1.445-1.446). They are independent inventors.⁷⁸ Indeed, as we have seen, it is quite often impossible to know whether someone else invented the same thing you did at around the same time until years after the fact. Coupled with the notorious vagueness of IT patents (See BESSEN; MEURER, at 54)⁷⁹ and the sheer number of them, patent holdout does not explain what goes on in the technology industry unless it means failing to predict which of 500,000 patents, many of which you cannot see, will someday be asserted against technology

⁷⁵ The remaining prospect for holdup in these cases stems primarily from the possibility that the patent infringement damages awarded by the court will exceed the level of reasonable royalties. How often this happens, and why, is beyond the scope of this paper.

⁷⁶ See Froman, 2013, at 2; *cf.* Certain Electronic Devices, Including Wireless Communication Devices, Portable Music and Data Processing Devices, and Tablet Computers, Inv. N°. 337-TA-794, USITC (June 4, 2013) (Final) (setting forth the original, vetoed exclusion order). For a discussion of ITC remedies involving SEPs, see Colleen; Lemley (2012, at 41-43).

⁷⁷ See, *e.g.*, Froeb; Shor (2015, at 2) ("Just as implementers invest before knowing what end-product demand will be, so too must innovators invest before knowing whether an innovation will be implemented."). The authors consult on these issues for Ericsson, the owner of many SEPs.

⁷⁸ For a discussion of the prevalence of independent invention, see Lemley (2012, at 712-735); see also Shapiro (2006, at 92).

⁷⁹ ("Patent law often fails to provide good notice to innovators about the patent rights relevant to adoption of a new technology.").

you have developed yourself even though you have never heard of the inventor and they never built anything. That is not to say that there are never cases of deliberate copying, but they are a tiny fraction of patent suits in the IT industry.

The problems with patent holdout run far deeper than that, however. According to the patent holdout theory, the patent holder is unfairly disadvantaged because it has incurred the sunk costs of developing its invention before it can negotiate with an alleged infringer. But this is precisely how innovation in the private sector is intended to work in the presence of a patent system. The reward to an inventor is based on the *incremental value of its invention*, not on the amount of money expended to achieve that invention or the risk involved.⁸⁰ A major invention can earn enormous profits even if it did not involve large R&D expenditures, and a patented invention may have no commercial value, even if it was very expensive to develop.

Those who express concerns about patent holdout seem to want to increase the returns to patent holders whose inventions add little or no incremental value. That's simply not how the patent system works or is intended to work. Indeed, doing so would create perverse incentives for companies to seek patents with holdup power rather than to fund R&D programs leading to technological advances.

The patent holdout theory boils down to a complaint that basing patent damages on reasonable royalties is not favorable enough to patent holders; that they should be entitled to capture *all* the social value that traces in some way to their technology (See ELHAUGE, 2008, p. 541-545). But no property gives its owner the right to all related social surplus, and no market works that way. On top of all that, the patent holdout view seems rooted in the stilted view that all innovation comes in the form of patents. That proposition is disproven by a large literature and impressive body of evidence showing that a great deal of the creation, adoption, and diffusion of new technologies does not take place in the form of patents.⁸¹

Those pushing the theory of patent holdout as parallel to patent holdup also misunderstand the actual operation of the patent system. Patent holdup, like any kind of holdup, occurs because the party engaging in patent holdup, namely the patent owner, has the law on its side and can therefore shut down the defendant's conduct unless the defendant pays a surcharge. But there is no similar legal right of the party supposedly engaging in patent holdout to infringe a patent. To the contrary, the law gives patent owners the right to sue for an injunction (if they are practicing entities) and, in any event, for damages

⁸⁰ Different systems are used in some circumstances. For example, the government can offer a prize for the first party to achieve a certain goal, or the government can directly fund private research or development efforts.

⁸¹ See, e.g., Levin; Klevorick; Nelson; Winter (1987, at 784, 793-796) (noting that certain industries primarily rely on non-patent means of appropriating returns); Cohen; Nelson & Walsh (2000), (finding that firms leverage their inventions via "secrecy, lead time advantages, and the use of complementary marketing and manufacturing capabilities"). See generally Hall; Rosenberg, 2010a; and Hall; Rosenberg, 2010b.

adequate to compensate for the infringement.⁸² While courts may have difficulty calculating those damages, they tend to err on the side of paying patent owners too much, not too little.⁸³ Plus, a defendant deliberately infringing a patent must also pay punitive damages for willful infringement,⁸⁴ and often attorneys' fees as well.⁸⁵ Some companies may try to "hold out" by infringing a patent and refusing to pay reasonable royalties, but the law can and does call them to account for it. Patent holdout might be a worry if we did not have a patent system, but that system by design prevents patent holdout.⁸⁶

It is true that a *group* of companies might conspire together to drive down the price of inputs, just as they might form a cartel to raise their own prices. These "buyers' cartels" are a legitimate worry of antitrust law (HOVENKAMP et al, 2019).⁸⁷ But a single company developing a product it made and defending itself in a later patent suit is not a buyers' cartel. Nor is a group of companies that responds to the danger of patent holdup, not by refusing to pay or by setting an artificially low price, but by agreeing *with the patent owners themselves* to pay the price patent law would rightfully charge them anyway – a FRAND royalty.

F. Summary

So far, we have established the following propositions:

- the theory of holdup predicts that the danger of holdup will be greatest for transactions involving large, specific investments, and that market participants will structure their affairs to minimize the costs associated with holdup, including mitigation costs;
- the general theory of holdup has extensive empirical support in the academic literature. This empirical support comes primarily from observing situations in which market participants structure their relationships to mitigate the inefficiencies resulting from holdup;
- looking for the presence or absence of actual holdups in specific settings is not an effective way to test the theory of holdup. There may be little

⁸² 35 U.S.C. §§ 283, 284 (2018) (empowering courts to "grant injunctions in accordance with the principles of equity" and to award "damages adequate to compensate for [...] infringement").

⁸³ See Lemley (2009, at 656) ("Courts have [...] artificially raised] the reasonable royalty rate [...] in an effort to compensate patent owners."); Love (2010, at 265) ("Courts' application of the entire market rule routinely overcompensates patentees.").

⁸⁴ See *Halo Elecs. v. Pulse Elecs.*, 136 S. Ct. 1923, 1932-34 (2016) ("[Punitive damages] should generally be reserved for egregious cases typified by willful misconduct.").

⁸⁵ See *Octane Fitness v. Icon Health & Fitness*, 572 U.S. 545, 552 (2014) (explaining that attorneys' fees are awarded in "exceptional" cases). As both Contreras and Cotter et. al. note, holdout essentially resolves to "willful patent infringement" the law already punishes. Contreras *infra* note 104, at 895; Cotter et al. *supra* note 58, at 1.551.

⁸⁶ True, patent litigation is expensive, and that makes litigation less attractive, particularly if the stakes are small. But that's true for both plaintiffs and defendants.

⁸⁷ For an example of such a cartel, see *Jones Knitting Corp. v. Morgan*, 361 F.2d 451, 452, 459 (3d Cir. 1966).

or no actual holdup in a given situation because market participants have effectively adopted strategies to mitigate or eliminate holdup. Furthermore, researchers usually lack the data necessary to quantify actual holdup, even when it occurs;

- the conditions under which holdup is a danger apply with unusual force to patent holdup. The primary mechanisms market participants normally employ to mitigate holdup do not work well to mitigate patent holdup, especially in the information technology and telecommunications sector;
- holdup based on SEPs is an especially grave danger, due to the large number of declared SEPs and the magnitude of the investments that are specific to making products that comply with popular industry standards. Industry participants, well aware of this danger, generally require SEP owners to make FRAND commitments to mitigate the risk of SEP holdup. Injunctions are generally inconsistent with those commitments.⁸⁸ The Supreme Court's *eBay* decision, by limiting the availability of permanent injunctions, reduced the danger of patent holdup;
- so-called patent holdout – by which people usually mean “patent infringement” – is adequately addressed by patent law and is in no way comparable to patent holdup.

All of this implies and confirms that FRAND commitments play a major role in limiting SEP holdup. Efforts to make those commitments more effective should be welcomed so long as SEP owners are able to receive the reasonable royalties to which they are entitled.

III. THE ROLE OF ANTITRUST IN POLICING HOLDUP

A. *Standard-Setting Organizations Have Long Been Recognized as Procompetitive*

Standard-setting organizations naturally raise antitrust issues, as they involve agreements among competitors affecting the manner in which they compete. Efforts by incumbent firms to use safety and performance standards to exclude new technologies were struck down by the Supreme Court in the 1980s as violations of Section 1 of the Sherman Act, and properly so.⁸⁹

⁸⁸ See Burk (2018, at 333, 338-339) (voicing concerns about a “bait-and-switch on the part of the patent holder who promised non-exclusive fair and reasonable terms but later demands injunctive exclusivity”); Carrier, 2019, at 274) (praising courts for recognizing that injunctions involving SEPs should be issued with care).

⁸⁹ See *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* 486 U.S. 492, 495-97, 501 (1988) (refusing to provide *Noerr-Pennington* immunity to firm that manipulated voting in SSO to shut out new manufacturer); *Am. Soc’y of Mech. Eng’rs, Inc. v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556, 559-64 (1982) (holding SSO liable after it set forth a standards interpretation designed to shut out new manufacturer).

Antitrust attention has shifted to compatibility standards during the past twenty years as the importance of standard-setting in the high-tech sector has grown. The antitrust and scholarly consensus recognizes two important ways in which compatibility standards promote competition and benefit consumers (See LEMLEY, 1996, at 1.081).⁹⁰ First, compatibility standards can give consumers the low prices, enhanced variety, and improved quality that result from competition, together with the large positive network effects associated with assured compatibility. A phone that can communicate with other phones is much more valuable than one that can't, and a device that can access the Internet anywhere is much more valuable than one tethered to a particular company's version of WiFi. As a consequence, SSO activities in furtherance of these goals should be evaluated using the rule of reason, not subject to *per se* liability under Section 1 of the Sherman Act.

Second, SSOs can promote the adoption of new technology by limiting patent holdup. As a consequence, SSO efforts to establish effective rules requiring SEP owners to license their SEPs on FRAND terms to all parties seeking to make or sell compliant devices promote innovation and are pro-competitive. Indeed, it is breaches of these rules that can harm competition and consumers (LEMLEY, 2007, at 156-158, 161).⁹¹ This consensus reflects economic research relating to standard-setting, network effects, and innovation. The implication is not that compatibility SSOs are never problematic, but rather that setting standards and enforcing reasonable patent policies related to those standards promotes rather than impedes competition.⁹²

This consensus can be seen in numerous policy statements and enforcement actions by the FTC and the DOJ over the years.⁹³ As one example, in 2006, the Antitrust Modernization Commission(AMC) made the following

⁹⁰ (discussing the benefits of compatibility standards).

⁹¹ To serve this function, the "reasonable" in FRAND must refer to the reasonable royalties before the standard is established. (*Id.* 2007, at 158. As discussed above, patent law moved decisively in this direction over the same time period.

⁹² Indeed, Melamed and Shapiro (2018, at 2.110) have argued that joint standard setting *without* such policies may itself be anticompetitive.

⁹³ See, e.g., United States; Federal (2007, at 194) ("A definition of RAND based on the ex ante value of the patented technology at the time the standard is set is necessary for consumers to benefit from competition among technologies to be incorporated into the standard. [...]"); United States; Federal (2007, at. 37) ("In light of these potential procompetitive benefits, the [DOJ and FTC] would generally expect to apply the rule of reason to evaluate conduct such as multilateral *ex ante* licensing negotiations or SSO requirements to disclose model licensing terms."); Deborah Platt Majoras, Chairman, Federal Trade Commission, Recognizing the Procompetitive Potential of Royalty Discussions in Standard Setting, Prepared Remarks at Standardization and the Law: Developing the Golden Mean for Global Trade at Stanford University 7 (Sept. 23, 2005). Available in: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/recognizing-procompetitive-potential-royalty-discussions-standard-setting/050923stanford.pdf>. [<https://perma.cc/S6TP-D7SX>] ("Joint ex ante royalty discussions that are reasonably necessary to avoid hold up do not warrant *per se* condemnation. Rather, they merit the balancing undertaken in a rule of reason review.").

recommendation: “Joint negotiations with intellectual property owners by members of a standard-setting organization with respect to royalties prior to the establishment of the standard, without more, should be evaluated under the rule of reason.” (ANTITRUST, 2007). Antitrust and patent agencies have followed this principle for many years (See JAMES, 2002, p. 8; KLEIN, 1997, p. 11; KLEIN, 1998, p. 13; and LEMLEY, 2007, at 156-158, 161). Notably, then-Commissioner Makan Delrahim, who now leads the Antitrust Division, dissented from the statement allowing *ex ante* royalty negotiations with the DVD standard (ANTITRUST, 2007, at 407-409).⁹⁴

B. The Trump Administration Reverses Course

Under Assistant Attorney General Delrahim, the Antitrust Division has reversed course, dramatically changing its approach to SEPs and FRAND commitments. Some policy changes announced by the Antitrust Division weaken antitrust enforcement and thus make it easier for SEP holders to engage in patent holdup. Others threaten to use antitrust offensively to discourage market participants from protecting themselves from patent holdup. The FTC has *not* changed its policies, so there is now a yawning gap between the DOJ and the FTC on these issues.⁹⁵

The policy changes at the DOJ have been announced and communicated in a series of speeches given by Assistant Attorney General Delrahim starting in November 2017, shortly after he took office. His first speech addressing this topic is illustrative (DELRAHIM, 2017). That speech begins with his assertion that “The Hold-Out Problem Poses a More Serious Threat to Innovation than the Hold-Up Problem” (DELRAHIM, 2017, p. 3) a claim we debunked above. He goes on to state flatly that “Antitrust Law Should Not Police FRAND Commitments to SSOs.” (DELRAHIM, 2017, p. 7). In fact, however, the Division’s current policy contemplates antitrust intervention in standard-setting – but, shockingly, on the side of those who seek to *avoid* their FRAND commitments and engage in holdup.

⁹⁴ Separate statement of Commissioner Delrahim. He also criticized the DOJ Business Review Letter to VITA because the Antitrust Division did not object to the VITA policy requiring SEP holders to disclose the maximum royalty rates they would charge for their SEPs. *Id.* (ANTITRUST, 2007, at 409).

⁹⁵ See Brief for the United States of America as Amicus Curiae Supporting Appellant and Vacatur, *Fed. Trade Comm’n v. Qualcomm Inc.*, 935 F.3d 752 (2019) (Nº 19-16122), 2019 WL 3977818 (opposing the FTC’s enforcement action against Qualcomm); Joseph Simons, Chairman, Fed. Trade Comm’n, Prepared Remarks at the Georgetown Law Global Antitrust Enforcement Symposium 6 (Sept. 25, 2018). Available in: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1413340/simons_georgetown_lunch_address_9-25-18.pdf>. [https://perma.cc/PLQ4-LCF3] (acknowledging this gap and noting that “the FTC will continue our economically grounded and fact-based enforcement of the antitrust laws in [the standard-setting process]”).

Based on a deeply misguided view of how technology competition works and the way in which the patent system functions, the Antitrust Division has put forward antitrust policies designed to favor SEP holders at the expense of other market participants, innovation, and, ultimately, consumers. The Division also has taken a number of actions to implement these policy changes.

- The Antitrust Division sent a letter to the American National Standards Institute (ANSI) in March 2018 stating that “the Antitrust Division will [...] [therefore] be skeptical of rules that SSOs impose that appear designed specifically to shift bargaining leverage from IP creators to implementers, or vice versa.” (UNITED STATES, 2018, at 1, quoting DELRAHIM, 2017). This direct attack on SSO rules requiring FRAND commitments is explicitly based on the flawed patent holdout theory;
- in December 2018, the DOJ withdrew from the joint DOJ/PTO policy position regarding SEPs and FRAND commitments (DELRAHIM, 2018a), based in part on the following peculiar assertion by Delrahim: “A FRAND commitment does not and should not create a compulsory license scheme.” (DELRAHIM, 2018a, p. 6). In December 2019, it persuaded the PTO to do the same;⁹⁶
- in September 2020, the DOJ reversed its prior position approving the IEEE’s patent policies that establish standards for setting a FRAND royalty. The new letter suggests that an SSO may violate the antitrust laws if it establishes clear rules for determining what a FRAND royalty is, or even if it requires a party to actually commit to a FRAND license at all and give up injunctive relief (See DELRAHIM, 2020);
- perhaps most notably, the DOJ has filed briefs attacking its sister antitrust agency, the Federal Trade Commission, for enforcing the antitrust laws against Qualcomm.⁹⁷

Together, these actions reflect a remarkable policy shift at the Antitrust Division, not only abandoning enforcement of the antitrust laws against SEP owners but also imposing antitrust risk on SSOs that enforce FRAND commitments or other policies designed to limit SEP holdup.

There are two prongs to this attack. First, the Antitrust Division now takes the position that antitrust should not be used to control the monopoly power associated with SEPs by limiting patent holdup. According to Delrahim, “first, hold-up is fundamentally not an *antitrust* problem, and therefore antitrust law should not be used as a tool to police FRAND commitments that patent-holders make to standard setting organizations.” (DELRAHIM, 2018b). According to the

⁹⁶ See U.S. Dep’t of Justice, U.S. Patent & Trademark Office & Nat’l Inst. of Standards & Tech., Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments 3-4 (2019).

⁹⁷ Brief for the United States of America as Amicus Curiae Supporting Appellant and Vacatur, FTC v. Qualcomm Inc., 935 F.3d 752 (2019) (N° 19-16122), 2019 WL 3977818.

Antitrust Division, even a SEP holder that gains a monopoly through deception at the SSO and subsequently exerts its monopoly power by breaching its FRAND commitment has not violated the Sherman Act.⁹⁸

Second, the Antitrust Division now takes the position that antitrust should stop SSOs from trying to prevent SEP holdup. According to Delrahim, “standard setting organizations should not become vehicles for concerted actions by market participants to skew conditions for patented technologies’ incorporation into a standard in favor of implementers because this can reduce incentives to innovate and encourage patent hold-out.” (DELRAHIM, 2018b, at 5). He further states that “because a key feature of patent rights is the right to exclude, standard setting organizations and courts should have a very high burden before they adopt rules that severely restrict that right or – even worse – amount to a de facto compulsory licensing scheme.” (DELRAHIM, 2018b, at 5). He appears to include a FRAND commitment in the list of things that face a “very high burden.” (DELRAHIM, 2018b, at 5).

These policies are a sharp reversal from the positions long taken by the DOJ and the FTC, as well as the European Commission.⁹⁹ Sadly, they rest heavily on the deeply flawed concept of patent holdout and on the specious arguments dismissing patent holdup discussed above. By embracing the patent holdout narrative and downplaying the dangers of patent holdup, the Antitrust Division’s new policies risk undoing the progress courts and SSOs have made in bringing SEP holdup under control.

C. A Limited Role for Antitrust in Promoting, Not Impeding, Competition

We favor an important but limited role for antitrust to control patent holdup. One of the authors has previously expressed skepticism of broad

⁹⁸ Statement of Interest of the United States at 1-2, 7, 11-20, *Cont’l Auto. Sys., Inc. v. Avanci LLC*, N° 3:19-CV-02933-M (N.D. Tex. May 10, 2019). Available in: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1253361/download>>. [<https://perma.cc/AKK6-2J79>]. This amicus brief explicitly rejects the approach taken in *Broadcom v. Qualcomm*, 501 F. 3d 297 (3d Cir. 2007), under which obtaining a SEP monopoly by deception can violate the Sherman Act. *Id.* at 8. This brief is part of a series of cases in which the Antitrust Division has intervened, not to enforce the antitrust laws, but to oppose enforcement where SEPs are concerned. For other examples, see Brief for the United States of America as Amicus Curiae in Support of Neither Party, *HTC Corp. v. Telefonaktiebolaget LM Ericsson*, N° 19-40566 (5th Cir. Oct. 20, 2019), <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1214541/download> [<https://perma.cc/ZBL7-QCBA>]; Statement of Interest of the United States, *Lenovo Inc. v. IPCOM GMBH & Co.*, N° 5:19-cv-01389-EJD (N.D. Cal. Oct. 25, 2019), Available in: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1213856/>>, download [<https://perma.cc/LR6G-ZQH5>].

⁹⁹ See Case C-170/13, *Huawei Techs. Co. vs. ZTE Corp.*, EU:C:2015:477 at 10-11 (July 16, 2015) (requiring SEP owners to offer FRAND licenses to alleged infringers willing to license); Eur. Comm’n, *Setting Out the EU Approach to Standard Essential Patents*, at 6-7, COM (2017) 712 final (Nov. 29, 2017), Available in: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26583>>. [<https://perma.cc/6BUR-JREY>] (encouraging “FRAND licensing terms for SEPs” and setting forth comprehensive guidance for such terms).

antitrust enforcement against patent holdup.¹⁰⁰ But the critical point Lemley made there is that, for the most part, we do not need antitrust if patent and contract law effectively enforce the private solutions SSOs have developed to the holdup problem (See LEMLEY, 2007, at 161). In his more temperate moments, Delrahim adds an important caveat that, if taken seriously, might align him more with us: “Antitrust law should play no role in policing unilateral FRAND commitments *where contract or common law remedies would be adequate.*” (DELRAHIM, 2018b, at 9, emphasis added). Unfortunately, he seemed to drop that caveat in the joint December 2019 statement with the PTO abandoning long-standing policy on FRAND commitments. There, the Division and the PTO took the position that patentees should be entitled to a full range of patent remedies, explicitly including injunctions, *even if they had committed to license the patents on FRAND terms.*¹⁰¹ As Herbert Hovenkamp (2020a) has noted, the Justice Department’s position contradicts established law on injunctive relief and FRAND.

Even the more limited version of the statement is problematic. If courts effectively enforce FRAND commitments, most of the holdup problem can be solved without resort to antitrust. But antitrust still has an important role to play when contract law and anti-fraud laws fail to fully address the patent holdup problem.¹⁰²

The FTC’s case against Qualcomm provides a good example of why antitrust is needed. In that case, the District Court found that Qualcomm had breached its FRAND commitment and used its monopoly power over modem chips to pressure its customers (Original Equipment Manufacturers, or “OEMs”) to pay a royalty surcharge for Qualcomm’s SEPs, on top of the reasonable royalty rates that Qualcomm would otherwise have been able to obtain. Qualcomm imposed this surcharge when Qualcomm’s customers purchased modem chips from Qualcomm’s rivals. The District Court correctly found that Qualcomm’s royalty surcharge acted like a tax when Qualcomm’s customers purchased modem chips from Qualcomm’s rivals.¹⁰³ Based on this reasoning, the District Court correctly found that Qualcomm’s “no-license/no-chips” policy harmed competition by raising rivals’ costs and thereby excluding them, and that this same conduct also harmed Qualcomm’s customers.¹⁰⁴

¹⁰⁰ See Lemley (2007, at 161) (arguing that antitrust law should “permit SSO members the latitude to discuss royalty rates collectively before the standard is set” and “even allow SSOs to impose a step-down royalty scheme”).

¹⁰¹ U.S. Dep’t of Justice, U.S. Patent & Trademark Office & Nat’l Inst. of Standards & Tech., *supra* note 96, at 4.

¹⁰² See Hovenkamp, H., 2020, at 1-2. (Considering circumstances when antitrust enforcement is necessary and denouncing the position that contract makes antitrust enforcement entirely unnecessary as “extreme”).

¹⁰³ Shapiro’s trial testimony on behalf of the FTC emphasized this point and cited an economics textbook as further proof of this basic economics concept.

¹⁰⁴ For a detailed discussion of Qualcomm’s efforts, see *FTC v. Qualcomm Inc.*, 411 F. Supp. 3d 658, 672-74 (N.D. Cal. 2019).

The Ninth Circuit reversed, making basic errors of both economics and law.¹⁰⁵ On the economics, the Ninth Circuit mistakenly concluded that “Qualcomm’s royalties are ‘chip-supplier neutral’ because Qualcomm collects them from all OEMS that license its patents, not just ‘rival’s customers.’”¹⁰⁶ This is flatly incorrect, because the royalty surcharge reduces the gains from trade between an OEM and a rival modem-chip supplier but does *not* reduce the gains from trade between the OEM and Qualcomm.¹⁰⁷ Based on this error, the Ninth Circuit states incorrectly: “The FTC identifies no such harm to competition.” (at 37; see also at 49).

On the law, the Ninth Circuit rejects the well-established principle that harming customers can be a way of harming competition: “the primary harms the district court identified here were to the OEMs who agree to pay Qualcomm’s royalty rates – that is, Qualcomm’s customers, not its competitors. These harms were thus located outside the ‘areas of effective competition’ – the markets for CDMA and premium LTE modem chips.” (at 41). The notion that harms to customers in the relevant market are outside the scope of the antitrust laws is simply bizarre.

In any event, as noted above, the District Court also found harm to Qualcomm’s rivals in both of the relevant markets it identified. The Ninth Circuit further erred by stating that “the district court’s ‘anticompetitive surcharge’ theory fails to state a cogent theory of anticompetitive harm.” (at 41). The Ninth Circuit The Ninth Circuit’s logic at this point *assumes* that Qualcomm’s royalties reflect the value of its SEPs, but that is directly contrary to the District Court’s finding that Qualcomm used its monopoly over modem chips to obtain a royalty surcharge, above and beyond the royalties Qualcomm could obtain based on its SEPs (at 46).¹⁰⁸ One cannot dismiss findings regarding the effects of a royalty surcharge by assuming away that very surcharge. As of this writing, the FTC has requested rehearing *en banc*. Hopefully the Ninth Circuit (or the Supreme Court) will correct these blatant errors.

Qualcomm’s use of its separate monopoly power over modem chips to evade its FRAND commitment couldn’t be remedied in contract, making antitrust enforcement a necessity for reasons beyond simply enforcing the FRAND deal.¹⁰⁹ In the standard-setting context, if a SEP owner breaches its

¹⁰⁵ Ninth Circuit Decision in *FTC v. Qualcomm*, August 11, 2020.

¹⁰⁶ *Id.* at 36.

¹⁰⁷ The Ninth Circuit also states: “Furthermore, competing chip suppliers are permitted to practice Qualcomm’s SEPs freely without paying any royalties at all.” The real economic question is what fee Qualcomm extracts when an OEM purchases a modem chip from a Qualcomm rival, not whether the OEM or the rival pays that fee. This too is a basic principle of taxation covered in textbooks.

¹⁰⁸ The panel is attempting here to distinguish this case from *Caldera Inc. v. Microsoft Corp.* 87 F. Supp. 2nd 1244 (D. Utah, 1999) where Microsoft was found to have violated the antitrust laws by requiring OEMs to pay a royalty on every machine, whether or not it contained Microsoft’s operating system.

¹⁰⁹ For a discussion of the importance of the FRAND commitment to the FTC’s case against Qualcomm, see Hovenkamp & Simcoe (2020) (manuscript at 6-12).

FRAND commitment and is thereby able to charge unreasonably high royalties to device manufacturers, those royalties are likely to be passed through in large part to final consumers. Antitrust enforcement can protect consumers from these overcharges.¹¹⁰

But to the extent that antitrust can step back in some settings, that is only possible because the market participants have recognized and responded effectively to the patent holdup problem by requiring reasonable licensing terms, and because the courts have enforced that requirement in contract or patent law. The second prong of the Antitrust Division's attack on FRAND commitments therefore undermines whatever merit there might be to the first prong. While on the one hand Delrahim says that we don't need antitrust because contract and equity will solve the patent holdup problem, on the other hand he is advocating policies that make it harder for contract and patent law to solve that very problem. Threatening SSOs with liability – maybe even *per se* liability – for trying to stop SEP holdup undermines the very contractual solution on which Delrahim purports to rely. So too do Delrahim's periodic claims that holdup is a good thing, or at least something we should accept,¹¹¹ his incorrect claim that patent holdout is a bigger problem than patent holdup,¹¹² and his advocacy for undoing or avoiding *eBay* and giving a patent owner the right to an automatic injunction.¹¹³ Indeed, under Delrahim, the Antitrust Division evidently objects even to voluntary commitments by patent owners not to seek an injunction as part of the standard-setting process (IEEE Letter, 2020). Ironically, this assault on SSOs and FRAND policies may actually necessitate *more* antitrust intervention in standard-setting. If the DOJ encourages companies like Qualcomm to ignore their FRAND commitments, and if the DOJ discourages SSOs from trying to

¹¹⁰ See Farrell; Hayes; Shapiro; Sullivan (2007, at 608-609): "Downstream consumers are harmed when excessive royalties are passed on to them [...] This is [...] an antitrust problem."). Werden and Froeb argue that antitrust can do nothing about misrepresentations and failure to abide by FRAND commitments because those don't attack the process of competition itself. Werden & Froeb (2019, at 1, 2, 21, 26) But they confuse complaints about holdup in the abstract with challenges to misrepresentations and other behavior by a monopolist designed to avoid a commitment to permitting competition. See Contreras (2019, at 875) ("Patent hold-up is a form of market behavior, not a legal cause of action. [...] To the extent that hold-up behavior constitutes an abuse of market power, with resulting harms to competition, longstanding doctrines of antitrust and competition law exist to sanction it."). Anticompetitive conduct by companies like Qualcomm designed to avoid or evade a FRAND commitment can violate the antitrust laws, just as fraud and other conduct – even conduct not itself illegal – can be the anticompetitive conduct necessary for any other sort of monopolization claim. See, e.g., *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297 (3d Cir. 2007); *FTC v. Qualcomm Inc.*, 411 F. Supp. 3d 658 (N.D. Cal. 2019).

¹¹¹ Delrahim (2018b, at 8) ("Stating that a patent holder can derive higher licensing fees through hold-up simply reflects basic commercial reality.").

¹¹² See Delrahim (2018b, at 10) ("Implementer hold-out poses a more serious threat to innovation than innovator hold-up.").

¹¹³ See U.S. Dept. of Just., *supra* note 96, at 12-14 (arguing that the injunction rights of patent holders should be "protected, not persecuted"); cf. U.S. Dep't of Justice, U.S. Patent & Trademark Office & Nat'l Inst. of Standards and Tech., *supra* note 96, at 5 ("The remedies that may apply in a given patent case include injunctive relief [...]"); Delrahim, *supra* note 81, at 6 n.14 (seeming to acknowledge the wisdom of *eBay* but in the same breath giving the ITC free rein to ignore it and impose automatic injunctions).

solve the SEP holdup problem, or impedes their efforts to do so, antitrust may ultimately have to step in to protect a functioning market from SEP holdup.

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

The theory of holdup is well-supported by a substantial body of empirical evidence. For valid conceptual and practical reasons, this empirical literature has not involved showing that large-scale actual holdups are common. Rather, the evidence generally comes in the form of efforts by private parties to contract around holdup. The same types of evidence and the same standards regarding empirical work should be applied when testing the theory of patent holdup.

When such standards are applied, it is clear that the problem of patent holdup is substantial. Indeed, patent holdup, and especially SEP holdup, are very difficult strains of holdup to manage. Furthermore, the problem of patent holdup is quite common, since it arises whenever the efficient development of new products and services involves substantial investments that may turn out to be specific to another party's patent portfolio. Not surprisingly, therefore, virtually all players in the high-tech industries affected by holdup participate in voluntary organizations where they agree to limit everyone's rights (including their own) in an effort to pre-commit to avoid holdup.

Both the theory and the empirical work relating to patent holdup indicate that market participants have strong incentives to devise institutions to limit patent holdup. Considerable progress was made between 2006 and 2016 in controlling patent holdup in the United States, primarily through the courts, but also through competition policy enforcement. Unfortunately, some of that progress is now at risk due to a drastic shift in policy at the Antitrust Division of the Department of Justice. That shift is based on faulty economics, relies on flawed arguments, and is contrary to both patent law and the empirical evidence.

Rather than go backward, more forward progress is needed to manage and control patent holdup in general and SEP holdup in particular.

- The costs caused by the problem of SEP holdup can be reduced if more SSOs follow the lead of the IEEE by clarifying and strengthening their patent policies. The SEP policies of many SSOs are certainly valuable, but efforts by Qualcomm and others to ignore or game their FRAND commitments show the necessity of SSOs being more explicit about just what their FRAND commitments entail;
- the costs of SEP holdup can be reduced if the ITC joins the policy mainstream by recognizing that exclusion orders based on FRAND-encumbered SEPs are normally not in the public interest, provided the SEP owner has another available legal venue through which it can secure

reasonable royalties. The White House reined in the ITC in 2013 when it sought to grant exclusion orders despite the patentee's commitment to license the patents. The ITC should affirmatively apply that policy;

- most importantly, the courts should enforce reasonable SSO policies that target SEP holdup. Courts have been doing this as a matter of contract law, but patent owners seeking to engage in holdup have strong incentives to ignore or find ways to undermine, avoid, or evade their FRAND obligations. When they do so, antitrust must be willing to step in to protect competition and consumers by stopping patent holdup.

REFERENCES

ALLISON, John R.; LEMLEY, Mark A.; SCHWARTZ, David L. Understanding the realities of modern patent litigation. In: **Texas Law Review**, Austin, Texas, Ed. University of Texas School of Law, v. 92, pp. 1.769-1.801, 2014.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. In: Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations, v. 13, 2007. Available in: <https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf>. [<https://perma.cc/HFC4-LB67>].

ARMSTRONG, Ann; MUELLER, Joseph J.; SYRETT, Timothy D. The smartphone royalty stack: surveying royalty demand for the components within modern smartphones. May 29, 2014. (unpublished manuscript). Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2443848>. [<https://perma.cc/K2DE-PA64>].

BESSEN, James; MEURER, Michael J. **Patent failure**: how judges, bureaucrats, and lawyers put innovators at risk. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2008.

BIDDLE, Brad; WHITE, Andrew; WOODS, Sean. How many standards in a laptop? (and other empirical questions). 13-15 Dec. 2010. In: International Telecommunication Union Sector (ITU-T). Telecommunication Standardization Kaleidoscope Academic. Conference. **Proceeding 2020 - ITU**. Pune, India, Ed. IEEE, 2010.

BRESNAHAN, Timothy; LEVIN, Jonathan. Vertical integration and market structure. In: GIBBONS, Robert; ROBERTS, John (Ed.). **The handbook of organizational economics**. Princeton: Princeton University Press, 2012. pages 853-890.

BROOKS, Roger G. Patent "hold-up," standards-setting organizations and the FTC's campaign against innovators. In: **AIPLA Quarterly Journal**, v. 39, n. 4, pp. 435-476, 2011.

BROOKS, Roger G.; GERADIN, Damien. Interpreting and enforcing the voluntary FRAND commitment. In: **International Journal of IT Standards and Standardization Research**, Ed. IGI, v. 9, pp. 1-52, 2011.

BURK, Dan L. Punitive patent liability: a comparative examination. In: **Review of Litigation**, Texas, Ed. University of Texas School of Law, v. 37, pages 327-367, 2018.

CARRIER, Michael A. Why property law does not support the antitrust abandonment of standards. In: **Houston Law Review**, Houston, Ed. University of Houston Law Center, v. 57, issue 2, pp. 265-284, 2019.

CASADESUS-MASANELL, Ramon; SPULBER, Daniel F. The fable of fisher body. In: **Journal of Law and Economics**, Chicago, Ill., Ed. Univ. of Chicago Press, v. 43, Issue 1, pp. 67-104, 2000.

CHIEN, Colleen V.; LEMLEY, Mark A. Patent holdup, the ITC, and the public interest. In: **Cornell Law Review**, Ed. Cornell University Law, v. 98, Issue 1, pp. 1-46, 2012.

COHEN, Wesley M.; NELSON, Richard R.; WALSH, John P. Protecting their intellectual assets: appropriability conditions and why U.S. manufacturing firms patent (or not). In: National Bureau of Economic Research. Working Paper N° 7552, v. 1, 2000. Available in: <<https://www.nber.org/papers/w7552.pdf>>. [<https://perma.cc/9RGS-9LYT>].

CONTRERAS, Jorge L. A brief history of FRAND: analyzing current debates in standard setting and antitrust through a historical lens. In: **Antitrust Law Journal**, v. 80, n. 1, pp. 39-120, 2015.

CONTRERAS, Jorge L. Much ado about hold-up. In: **University of Illinois Law Review**, Illinois, Ed. University of Illinois, pp. 875-906, 2019.

CONTRERAS, Jorge L. Technical standards, standards-setting organizations, and intellectual property: a survey of the literature (with an emphasis on empirical approaches). In: DEPOORTER, Ben; MENELL, Peter; SCHWARTZ, David (Ed.). **Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law**. v. 2. [S. l.]: Edgar Elgar, 2019.

COTROPIA, Christopher A.; LEMLEY, Mark A. Copying in patent law. In: **North Carolina Law Review**, v. 87, n.º 5, pp. 1.421-1.466, 2009.

COTTER, Thomas F. Patent holdup, patent remedies, and antitrust responses. In: **Journal of Corporation Law**, v. 34, pp. 1.151-1.207, 2009.

COTTER, Thomas F.; HOVENKAMP, Erik; SIEBRASSE, Norman. Demystifying patent holdup. In: **Washington & Lee Law Review**, v. 76, pp. 1.501-1.565, 2019.

DELRAHIM, Makan. Letter to Sophia A. Muirhead. U.S. Department of Justice. Antitrust Division. 2020. Available in: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/1315291/download>>.

DELRAHIM, Makan. Take it to the limit: respecting innovation incentives in the application of antitrust law. Department of Justice. Prepared Remarks at University of Southern California Gould School of Law (Nov. 10, 2017). Available in: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1010746/download>>. [<https://perma.cc/9B7L-XSFC>].

DELRAHIM, Makan. “Telegraph road”: incentivizing innovation at the intersection of patent and antitrust law. U.S. Dep’t of Justice. Prepared Remarks at the 19th Annual Berkeley-Stanford Advanced Patent Law Institute 7 (Dec. 7, 2018a). Available in: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1117686/download>>. [<https://perma.cc/HAK3-4VXV>].

DELRAHIM, Makan. The “New Madison” approach to antitrust and intellectual property law. Prepared remarks at the University of Pennsylvania Law School 5 (Mar. 16, 2018b). Available in: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1044316/download>>. [<https://perma.cc/Y2EZ-EGCT>].

ELHAUGE, Einer. Do patent holdup and royalty stacking lead to systematically excessive royalties? In: **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford, Ed. Oxford University Press, v. 4, Issue 3, Pages 535-570, September 2008.

FARRELL, Joseph; HAYES, John; SHAPIRO, Carl; SULLIVAN, Theresa. Standard setting, patents, and hold-up. In: **Antitrust Law Journal**, Chicago (IL), Ed. American Bar Association, v. 74, pp. 603-668, 2007.

FEDERAL TRADE COMMISSION. The evolving IP marketplace: aligning patent notice and remedies with competition. v. 191, 2011. Available in: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/evolving-ip-marketplace-aligning-patent-notice-and-remedies-competition-report-federal-trade/110307patentreport.pdf>>. [<https://perma.cc/EG7V-NNAL>].

FROEB, Luke; SHOR, Mikhael. Innovators, implementers, and two-sided hold-up. In: **Antitrust Source**, Aug. 2015.

FROMAN, Michael B. G. Letter to Irving A. Williamson, Chairman, Int’l Trade Comm’n. Aug. 3, 2013. Available in: <https://ustr.gov/sites/default/files/08032013%20Letter_1.PDF>. [<https://perma.cc/AD57-DKFC>].

GALETOVIC, Alexander; HABER, Stephen; LEVINE, Ross. An empirical examination of patent hold-up. In: NBER Working Paper, v. 9, n. 21090, 2015b. Available in: <<http://www.nber.org/papers/w21090>>. [<https://perma.cc/99ZL-UN2M>].

GALETOVIC, Alexander; HABER, Stephen; LEVINE, Ross. An empirical examination of patent holdup. In: **Journal of Competition Law and**

Economics, Oxford, Ed. Oxford University Press, vol. 11, Issue 3, pages 549-578, 2015a.

GALETOVIC, Alexander; HABER, Stephen; LEVINE, Ross. Patent holdup: do patent holders holdup innovation? In: Hoover Institution Working Group on Intellectual Property, Innovation, and Prosperity, Stanford, Ed. Stanford University, n. 14011, 2014. Available in: <<https://hooverip2.org/wp-content/uploads/ip2-wp14011-paper.pdf>>. [<https://perma.cc/TG7F-MSYA>].

GALETOVIC, Alexander; HABER, Stephen; ZARETZKI, Lew. An estimate of the average cumulative royalty yield in the world mobile phone industry: theory, measurement and results. In: **Telecommunications Policy**, Ed. Elsevier, v. 42, n. 3, pp. 263-276, 2018.

GERADIN, Damien; LAYNE-FARRAR, Anne; PADILLA, A. Jorge. The complements problem within standard setting: assessing the evidence on royalty stacking. In: **Boston University Journal of Science and Technology Law**, v. 14, n. 2, pp. 144-176, 2008.

GIBBONS, Robert. Transaction-cost economics: past, present and future? In: **Scandinavian Journal of Economics**, Ed. Wiley, v. 112, n. 2, pages 263-288, 2010.

GUPTA, Kirti; KESAN, Jay P. Studying the impact of eBay on injunctive relief in patent cases 1-2. July 11, 2015. (unpublished manuscript). Available in: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629399>. [<https://perma.cc/M5F9-3ZEZ>].

HALL, Bronwyn H.; ROSENBERG, Nathan (Ed.). **Handbook of the economics of innovation**. v. 1. 2010a.

HALL, Bronwyn H.; ROSENBERG, Nathan (Ed.). **Handbook of the economics of innovation**. v. 2. 2010b.

HESSE, Renata B. Letter to Michael A. Lindsay, Esquire, Dorsey & Whitney LLP 6. Feb. 2, 2015. Available in: <<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/311470.pdf>>. [<https://perma.cc/258G-5TXF>].

HOVENKAMP, Erik; SIMCOE, Timothy. Tying and exclusion in FRAND licensing: evaluating qualcomm, antitrust source (forthcoming 2020) (manuscript at 6-12). Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523797>. [<https://perma.cc/S2PZ-BETY>].

HOVENKAMP, Herbert. FRAND and antitrust. In: Cornell Law Review, Ithaca (NY), Ed. Cornell University Law (forthcoming 2020b) (manuscript at 1-2). Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3420925>. [<https://perma.cc/4G68-HK3S>].

HOVENKAMP, Herbert. Justice department's new position on patents, standard setting, and injunctions. In: *Regulatory Review*, Jan. 6, 2020a. Available in: <<https://www.theregreview.org/2020/01/06/hovenkamp-justice-department-new-position-patents-standard-setting-injunctions/>>. [<https://perma.cc/X66L-FFLF>].

HOVENKAMP, Herbert et al. **IP and antitrust**: an analysis of antitrust principles applied to intellectual property law, § 35.06. 3. ed. Austin: Aspen, 2019.

IEEE. Electrical and Electronics Engineers, Incorporate. Letter. Sept. 10, 2020. Available in: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/1315291/download>>.

IEEE-SA STANDARDS BOARD BYLAWS § 6 at 2. 2015. Available in: <<http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/approved-changes.pdf>>. [<https://perma.cc/P9P8-4MKA>]. (last visited May 20, 2020).

JAMES, Charles A. Letter to Ky P. Ewing, Vinson & Elkins. 13 pages. Nov. 12, 2002. Available in: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/200455.pdf>>. [<https://perma.cc/YAU5-GRPZ>].

JOSKOW, Paul L. The role of transaction cost economics in antitrust and public utility regulatory policies. **The Journal of Law & Economics**, Ed. The Oxford University Press, v. 7, Issue Special, pp. 53-83, 1991.

KLEIN, Benjamin. Fisher-General Motors and the nature of the firm. In: **Journal of Law and Economics**, Ed. The University of Chicago Press, v. 43, n. 1, pp. 105-142, 2000.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. In: **The Journal of Law & Economics**, Ed. The University of Chicago Press, v. 21, n. 2, v. pages 297-326, 1978.

KLEIN, Joel I. Letter to Gerrard R. Beeny, Esquire, Sullivan & Cromwell. Dec. 16, 1998. Available in: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/2121.pdf>>. [<https://perma.cc/A7HM-G6XN>].

KLEIN, Joel I. Letter to Gerrard R. Beeny, Esquire, Sullivan & Cromwell. June 26, 1997. Available in: <<https://www.justice.gov/archive/atr/public/busreview/215742.pdf>>. [<https://perma.cc/9U8D-SVUH>].

KO, Haksoo. Facilitating negotiation for licensing standard-essential patents in the shadow of injunctive relief possibilities. In: **Texas Intellectual Property Law Journal**, v. 22, pp. 209-222, 2014.

LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret Emily. Inter-firm contracts. In: GIBBONS, Robert; ROBERTS, John (Ed.). **The handbook of organizational economics**. Princeton: Princeton University Press, 2012.

LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret Emily. Vertical integration and firm boundaries: the evidence. In: **Journal of Economic Literature**, v. 45, Issue 3, pp. 629-685, 2007.

LAYNE-FARRAR, Anne. Patent holdup and royalty stacking theory and evidence: where do we stand after 15 years of history? In: DAF/COMP/WD, v. 84, Nov. 18, 2014. Available in: <<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/>>.

LAYNE-FARRAR, Anne; LLOBET, Gerard; PADILLA, Jorge. Payments and participation: the incentives to join cooperative standard setting efforts. In: **Journal of Economics & Management Strategy**, Ed. Wiley Blackwell, v. 23, n. 1, pp. 24-49, 2014.

LAYNE-FARRAR, Anne; LLOBET, Gerard; PADILLA, Jorge. Preventing patent hold up: an economic assessment of ex ante licensing negotiations in standard setting. In: **AIPLA Quarterly Journal**, v. 37, n. 4, pp. 445-478, 2009.

LAYNE-FARRAR, Anne; PADILLA, A. Jorge; SCHMALENSEE, Richard. Pricing patents for licensing in standard-setting organizations: making sense of FRAND commitments. In: **Antitrust Law Journal**, Ed. American Bar Association, v. 74, n. 3, pp. 671-706, 2007.

LEE, William F.; MELAMED, A. Douglas. Breaking the vicious cycle of patent damages. In: **Cornell Law Review**, Ithaca (NY), Ed. Cornell University Law, v. 101, Issue 2, pp. 385-466, 2016.

LEMLEY, Mark A. Antitrust and the internet standardization problem. In: **Connecticut Law Review**, v. 28, pages 1.041-1.094, 1996.

LEMLEY, Mark A. Distinguishing lost profits from reasonable royalties. In: **William & Mary Law Review**, v. 51, issue 2, pages 655-674, 2009.

LEMLEY, Mark A. Fixing the patent office. In: Stanford Law & Economics Olin Working Paper, Stanford, Ed. Stanford Law School, n. 422, 2013. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2023958>. [<https://perma.cc/N5NE-YHWD>].

LEMLEY, Mark A. Intellectual property rights and standard-setting organizations. In: **California Law Review**, v. 90, n. 6, pp. 1.889-1.980, 2002.

LEMLEY, Mark A. Ten things to do about patent holdup of standards (and one not to). In: **Boston College Law Review**, Boston, Ed. Boston College Law School, v. 48, pp. 149-168, 2007.

LEMLEY, Mark A. The myth of the sole inventor. In: **Michigan Law Review**, v. 110, Issue 5, pp. 709-760, 2012.

LEMLEY, Mark A.; MCGOWAN, David. Could java change everything? the competitive propriety of a proprietary standard. In: **Antitrust Bulletin**, v. 43, Issue 3-4, pp. 715 et seq., 1998.

LEMLEY, Mark A.; MELAMED, A. Douglas. Missing the forest for the trolls. In: **Columbia Law Review**, New York, v. 113, n. 8, pp. 2.117-2.190, 2013.

LEMLEY, Mark A.; MOORE, Kimberly A. Ending abuse of patent continuations. In: **Boston University Law Review**, Boston, Ed. Boston University Law School, v. 84, pp. 63-109, 2004.

LEMLEY, Mark A.; SHAPIRO, Carl. A simple approach to setting reasonable royalties for standard-essential patents. In: **Berkeley Technology Law Journal**, E. University of California, v. 28, pages 1.135-1.166, 2013.

LEMLEY, Mark A.; SHAPIRO, Carl. Patent holdup and royalty stacking. In: **Texas Law Review**, Austin, Texas, Ed. University of Texas School of Law, v. 85, pages 1.991-2.047, 2007.

LEMLEY, Mark A.; SIMCOE, Timothy. How essential are standard-essential patents? In: **Cornell Law Review**, Ed. Cornell University Law, v. 104, pp. 607-642, 2019.

LEVIN, Richard C.; KLEVORICK, Alvin K.; NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. Appropriating the returns from industrial research and development. In: **Brookings Papers on Economic Activity**, Ed. Örebro University School of Business, v. 18, issue 3, Special Issue on Microeconomics, pages 783-832, 1987.

LOVE, Brian J. Note: patentee overcompensation and the entire market value rule. In: **Stanford Law Review**, Stanford, Ed. Stanford Law School, v. 60, pages 263-294, 2010.

MACHER, Jeffrey T.; RICHMAN, Barak D. Transaction cost economics: an assessment of empirical research in the social sciences. In: **Business and Politics**, v. 10, pp. 1-63, 2008.

MORTON, Fiona Scott; SHAPIRO, Carl. Patent assertions: are we any closer to aligning reward to contribution? In: **Innovation Policy and Economy**, Ed. National Bureau of Economic Research, v. 16, pp. 89-133, 2016.

PARCHOMOVSKY, Gideon; WAGNER, R. Polk. Patent portfolios. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Ed. University of Pennsylvania Law School, v. 154, issue 1, 2005.

SEAMAN, Christopher B. Permanent injunctions in patent litigation after eBay: an empirical study. In: **Iowa Law Review**, v. 101, pp. 1.949-2.019, 1953.

SHAPIRO, Carl. Injunctions, hold-up, and patent royalties. In: **American Law and Economics Review**, Ed. American Law and Economics Association, v. 12, issue 2, pages 280-218, 2010.

SHAPIRO, Carl. Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools, and standard setting. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott (Ed.). **Innovation Policy and the Economy**, Chicago, Ed. The University of Chicago Press Journals, 2000.

SHAPIRO, Carl. Prior user rights. In: **The American Economic Review**, Ed. American Economic Association, v. 96, n. 2, pp. 92-96, 2006.

SHAPIRO, Carl; MELAMED, A. Douglas. How antitrust law can make FRAND commitments more effective. In: **The Yale Law Journal**, New Haven, Ed. Yale University, v. 127, pages 2.110-2.141, 2018.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. **Information rules: a strategic guide to the network economy**. Harvard: Harvard Business Review Press, 1999.

SHELANSKI, Howard A.; KLEIN, Peter G. Empirical research in transaction cost economics: a review and assessment. In: **Journal of Law, Economics, & Organization**, Ed. Oxford University Press, v. 11, n. 2, pp. 335-361, 1995.

SIEBRASSE, Norman; COTTER, Thomas F. Judicially determined FRAND royalties. In: CONTRERAS, Jorge L. (Ed.) **The Cambridge handbook of technical standardization law**. 2017.

TADELIS, Steven; WILLIAMSON, Oliver E. Transaction cost economics. In: GIBBONS, Robert; ROBERTS, John (Ed.). **The handbook of organizational economics**. Princeton: Princeton University Press, 2012. pages 159 et seq.

TEECE, David J.; SHERRY, Edward F. A public policy evaluation of RAND decisions in U.S. Courts. In: **The Criterion Journal on Innovation**, v. 1, pp. 113-270, 2016.

TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. In: **Western Economic Journal**, v. 5, n. 3. pages 224-232, 1967.

UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. Letter from Andrew C. Finch, Office of the Principal Deputy Assistant Att'y Gen., to Patricia Griffin, Vice President & Gen. Counsel, & Amy Marasco, Chair, Am. Nat'l Standards Institute (Mar. 7, 2018). Available in: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/1043456/download>>. [<https://perma.cc/4ZJX-HVFJ>].

UNITED STATES; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition. 2007. Available in: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/222655.pdf>>. [<https://perma.cc/Y97Y-KNM5>].

WERDEN, Gregory J.; FROEB, Luke M. Why patent hold-up does not violate antitrust law. In: **Texas Intellectual Property Law Journal**, v. 27, 2019.

WHINSTON, Michael D. On the transaction cost determinants of vertical integration. In: **Journal of Law, Economics, & Organization**, Ed. Oxford University Press, v. 19, n. 1, pp. 1-23, 2003.

WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. In: **The American Economic Review**, Ed. American Economic Association, v. 63, n. 2, pages 316-325, 1973.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. New York: Free Press / London: Collier Macmillan, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. In: **The American Economic Review**, Ed. American Economic Association, v. 61, Issue 2, pages 112-123, 1971.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction cost economics: the governance of contractual relations. In: **The Journal of Law & Economics**, Ed. The University of Chicago Press, v. 22, n. 2, pages 233-261, 1979.

WRIGHT, Josh. Klein v. Coase III: fisher body-general motors again (and again). In: Truth on the Market, Mar. 14, 2007. Available in: <<http://truthonthemarket.com/2007/03/14/klein-v-coase-iii-fisher-body-general-motors-again-and-again/>>. [<https://perma.cc/4Z8C-9FDN>].

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. Comment on the Japan fair trade commission's draft partial amendment to the guidelines for the use of intellectual property under the antimonopoly Act 3-7, Aug. 3, 2015. Available in: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/693631/150803japantradecomments.pdf>. [<https://perma.cc/2XG9-7RFZ>].

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 27 de novembro de 2021

Como citar este artigo científico

SHAPIRO, Carl; LEMLEY, Mark A. The role of antitrust in preventing patent holdup. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 16-60, jan.-abr. 2022.

**PENSÃO ALIMENTÍCIA:
BREVES REFLEXÕES SOBRE QUESTÕES POLÊMICAS**

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

As questões vinculadas ao Direito de Família quase sempre se caracterizam pela complexidade e, conseqüente dificuldade, porque não se limitam ao mero campo legal. Leia-se, não se resolvem invocando puro e simplesmente a legislação pertinente e a doutrina ou a jurisprudência, porque adentram, quer se queira quer não, no terreno movediço e subjetivo dos sentimentos. E este ambiente nem sempre é pautado pelo bom senso e razoabilidade, como se espera dos seres humanos. Na maioria das vezes, é a paixão que se sobrepõe à razão em manifesto (e indesejado) prejuízo aos atores que recorrem ao Poder Judiciário para regularizar sua contendas.

Se até recentemente, a Ciência Jurídica fazia questão de afirmar que elementos psicológicos não deviam interferir no poder de decisão dos Juizes, por considerarem esta participação uma invasão espúria em área meta jurídica – portanto, alheia ao jurídico – a tendência mais moderna, quer de ordem legislativa, quer doutrinária e (com alguma dificuldade) quer jurisprudencial, tem não só reconhecido, mas o que é mais importante, tem endossado a necessária ocorrência da interdisciplinaridade para solucionar (de modo justo e não meramente legal) os complexos problemas familiares.

¹ Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris (Nouvelle Sorbonne); Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille, da Universidade Jean Moulin – Lyon (França); Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UEM/Paraná, Professor Titular na Faculdade de Direito da UFPr.; Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Ciências Jurídicas da UTP/PR.; Membro do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná; Membro da APLJ – Academia Paranaense de Letras Jurídicas; Membro fundador e Conselheiro Científico da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões – São Paulo; Advogado, Consultor jurídico, Parecerista e Escritor. *e-mail*: eoleite@gmail.com

Assim, a mero título exemplificativo, leis atuais, v. g., a Lei de Alienação Parental (Lei 12.318, de 26-08-2010)² bem como a Lei 13.431, de 04 de abril de 2017 (Direitos e garantias da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência)³ ou como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006)⁴ comprovaram a necessidade inadiável de se considerar outros aspectos, além dos meramente legais, na solução dos problemas familiares.

Tal tendência tem se agigantado, desaguando em outras áreas do Direito de Família. Áreas que se ressentiam da ausência deste aporte fundamental à justa apreciação das questões que envolvem o núcleo familiar, mais especificamente, os interesses prioritários do marido e da mulher e dos pais e filhos.

Em se tratando da problemática resultante da ruptura da sociedade conjugal – que é o foco central de nossa abordagem – a indagação se revela mais importante já que os dados colacionados na jurisprudência nacional demonstram a quantidade inimaginável de recursos relativos à questão crucial da pensão alimentícia. Quer se trate de alimentos oriundos das relações de parentesco (pais e filhos), quer decorrentes da ruptura da sociedade conjugal (por abandono do lar, separação ou divórcio) são eles os geradores do maior número de contendas judiciais. Fato que revela, com manifesta intensidade, a fragilidade ou insuficiência, de uma resposta válida da ciência jurídica, com vistas a solucionar as referidas questões.

Este “vazio” que permeia as decisões de primeiro grau e que deflagra uma segunda tentativa de solução justa e equânime em grau recursal, é a prova incontestada de que algo está ocorrendo em matéria de pensão alimentar. Isto é, a pretensão das partes e a resposta do Poder Judiciário não se encontram alinhadas no parâmetro desejado pelos interessados. Há um hiato entre os dois partícipes – de um lado, o interesse privado (pais e filhos) e de outro, a

² Da leitura desta Lei ressalta veemente o reconhecimento da contribuição fundamental da Psicologia na análise deste problema crucial que afeta milhares de lares brasileiros. De seus oito artigos, cinco fazem referência expressa à Psicologia como ciência auxiliar do Direito. Assim, o artigo 2.º (faz referência à formação psicológica da criança), o art. 3.º (alude à Psicologia quando se refere ao ato que prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar), o art. 4.º (fala na preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente), o art. 5.º (se refere à perícia psicológica, à ampla avaliação psicológica e ao profissional – psicólogo – ou equipe multidisciplinar).

³ No art. 4.º, esta Lei indica as formas de violência. E, em seu inciso II, faz referência expressa à violência psicológica (qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática – **bullying** – que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional).

⁴ Em seu art. 7.º, a Lei Maria da Penha enumera as formas de violência familiar contra a mulher e, em seu inciso II, assim dispõe: “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”.

resposta dada pelo poder público – que não está atendendo o verdadeiro escopo da prestação alimentícia.

A fonte de tal descompasso poderia ser atribuída à falta de legislação específica ao enfrentamento do problema? Certamente, a resposta negativa se impõe, bastando, para tal, considerar os dispositivos existentes tanto na legislação brasileira codificada quanto na legislação especial.

Tal constatação nos conduz a endossar a doutrina de Carlos Gherzi, quando afirma

[...] existe uma inflação ou superabundância normativa, mas o problema é como se comporta na realidade a implementação deste direito; concretamente, quais são os mecanismos eficientes para obter os alimentos, desde o âmbito do direito privado – aptidão econômica da família – e a partir do direito público – geração de recursos e possibilidades de acesso [...] (GHERZI, 2000, p. 30).

Com efeito, o doutrinador argentino tangenciou uma das primeiras causas desta crise estrutural que acompanha a pensão alimentícia. Mas, há outras perspectivas que precisam ser dimensionadas para se avaliar a exata dimensão do problema.

Assim, tentar explicar ou justificar a questão pela tão só consideração legal poderia conduzir a uma solução parcial – o que deve ser afastado – para que se possa resgatar a visão macro da questão aqui invocada.

Quem milita na complexa área de família sabe perfeitamente do que se está falando. Ou as partes invocam prerrogativas que não encontram eco na legislação civil, ou os Advogados criam perspectivas alheias à realidade fática das partes, ou os Juízes decidem de modo a não atender a legítima pretensão das partes.

Tal constatação – diariamente vivenciada nas Varas de Família – compele a examinar a questão de modo realista, sem falsas expectativas, resgatando o justo e o legal, ou se continuará a enfrentar sistematicamente o mesmo problema, gerando uma sensação indesejada de questões não resolvidas a contento.

Como já se pode inferir do acima exposto, a problemática coloca em zona de litígio três atores, em campos distintos. São eles, de um lado, as partes (que recorrem ao Judiciário invocando direitos); de outro lado, os Advogados (que devem atender realisticamente as pretensões invocados por seus clientes) e, finalmente, os Juízes (que devem atender a prestação jurisdicional).

A expectativa ideal é a de que estes atores, agissem sempre de forma harmônica, atendendo o escopo maior da justiça – *dar a cada um o que é seu* – atingindo assim, a composição de interesses nem sempre convergentes. Infelizmente, porém, este estado ideal de composição nem sempre ocorre

espontaneamente em decorrência de equívocos (ou erros) oriundos da ação de um ou outro ator invocado.

Quando isso ocorre, tem-se insatisfação, inconformismo e mágoa, geradores de legítima revolta. Tudo indica que o momento pós-decisão não pode, nem deve, ser pautado pela revolta. A verdadeira aplicação da justiça importa em aceitação e convicção daquilo que foi decidido (quando o justo se impõe), apesar das eventuais divergências que pontuam os interesses em questão.

O parâmetro de validade de uma decisão justa continua sendo, de um lado, a reação das partes e, de outro, a duração da Sentença. Se houve aceitação (ainda que parcial) da Sentença prolatada, a decisão revela-se justa; se não ocorrer aceitação (geradora de inconformismo) algum aspecto da prestação jurisdicional não está em consonância com a proposta apresentada ao Judiciário e a expectativa de justiça fica comprometida.

Quanto à duração de uma decisão, assim se manifestou o reputadíssimo magistrado norte-americano, Benjamin Cardozo: “O trabalho de um juiz é em um sentido duradouro e em outro sentido é efêmero. O que é bem feito e bom por si mesmo vai durar. O que é cheio de erros certamente vai perecer [...] O mau trabalho judicial será rejeitado e relegado ao laboratório dos anos.” (CARDOZO, 2004, p. 101).

As causas geradoras da apontada “crise estrutural” alicerçam-se em diversos fatores, mas poder-se-ia resumir em duas grandes vertentes – conforme já apontado um capítulo de um livro sobre Direito de Família (LEITE, 2011, p. 229-245) – a origem da apontada disfunção. Uma de ordem legal/jurisprudencial e outra de ordem cultural. Todas elas são encontráveis na base dos equívocos cometidos nas ações de alimentos.

Estes equívocos ora decorrem da má aplicação do texto legal, ou da interpretação doutrinária feita pelo Tribunais, ora decorre da indefinição de questões ainda não pacificadas pela ordem jurídica e pelo Poder Judiciário, exigindo uma pacificação que gere a desejada segurança da prestação jurisdicional.

1 O RISCO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

As partes, geralmente, imaginam o seu direito à pensão alimentícia a partir de uma visão personalista e egoísta. Calculam as suas despesas mensais e apresentam ao advogado para que o esse profissional peticione de acordo com as suas pretensões.

Aqui surge o cometimento do primeiro erro que, se não for contornado pelo Advogado (enquanto conhecedor da lei, das suas possibilidades e de seus limites) vai gerar, em progressão geométrica, uma série infindável de equívocos, além de criar no cliente uma falsa expectativa de que vai ganhar o que, efetivamente, não tem direito. Leia-se, se a parte mitiga pretensão que

fica negada pela ordem jurídica (num primeiro momento) e pela razoabilidade e bom senso (num segundo momento) cabendo ao profissional do Direito resgatar a realidade jurídica inserindo seu cliente num contexto de validade jurídica correspondente à pretensão invocada.

Neste sentido (socorre-se de exemplos tirados da realidade cotidiana do Fórum), se uma mãe, com filho de tenra idade (de zero a dois anos) pretende uma pensão alimentícia da ordem de dez mil reais, tal pretensão sinaliza ao Juiz que a pretensão é ajurídica e contrária à eventual realidade fática invocada na Petição Inicial. Com efeito, os gastos ordinários de uma criança de tenra idade só encontram correspondência nas despesas de roupas, fraldas, artigos de higiene e revisão médica (pediatra) mensal, o que pode ser atendido tranquilamente com uma pensão de um a dois salários mínimos.

É o bom senso e realidade que indicam este valor o que, de resto, vem sendo repetido (sem vacilações) pela jurisprudência nacional.

APELAÇÃO CÍVEL, AÇÃO DE ALIMENTOS, ÔNUS DO ALIMENTANTE DE PROVAR A INCAPACIDADE FINANCEIRA PARA PRESTAR OS ALIMENTOS PLEITEADOS NA INICIAL. ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. GASTOS QUE NÃO CONDIZEM COM A REMUNERAÇÃO SUSTENTADA. PROVA UNICAMENTE TESTEMUNHAL QUE DEVE SER ANALISADA COM CAUTELA E EM CONJUNTO COM OS OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MAJORAÇÃO DOS ALIMENTOS PARA **1 (UM) SALÁRIO MÍNIMO**. (AP. Cív. N.º 676.601-4, Ponta Grossa, 11.ª Câ. Civ. do TJPR, Relatora: Desembargadora Vilma Régia Ramos de Rezende, j. em 29-09-2010). (Grifo nosso).

No corpo do Acórdão se lê a seguinte passagem: “Quanto à necessidade da menor em receber **1 (um) salário mínimo**, conforme postulado pelo representante do Ministério Público, esta é presumida, **por se tratar de criança de tenra idade (atualmente com três anos de idade)**.”. (Grifo nosso).

ALIMENTOS PROVISÓRIOS – FILHO – REDUÇÃO NÃO CABIMENTO – NECESSIDADES PRESUMIDAS – DEVER DE SUSTENTO POR AMBOS OS PAIS. A prestação alimentícia abrange os gastos com a subsistência da pessoa e também a satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade, sendo devida aos filhos menores por ambos os pais, haja vista serem igualmente responsáveis pelo seu sustento. (Ag. de Ins. N.º 701650-8 – Colombo, 12.ª Câ. Civ. do TJPR., Rel.: Des. Costa Barros, j. em 01-12-2010).

No corpo do acórdão lê-se a seguinte passagem:

No caso em análise, o juízo “a quo”, mesmo sem poder valorar a real situação financeira do alimentante, fixou os alimentos em **½ (meio)**

salário mínimo mensal em favor do seu filho, nascido em 22/01/2007, o qual, **em razão da tenra idade**, tem necessidades presumidas, como alimentação, moradia, vestuário, saúde, educação, lazer, etc. [...]. (Grifo nosso).

AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E ALIMENTOS. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO VALOR FIXADO PROVISORIAMENTE – BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE. **CRIANÇA EM TENRA IDADE**. NECESSIDADE PRESUMIDA. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO GENITOR NÃO COMPROVADA. DECISÃO MANTIDA. (Ag. de Ins. N.º 8347253 – Joaquim Távora - 11.ª Câm Cív. do TJPR – Rel. Desembargadora Vilma Régia Ramos de Rezende – j. em 08-02-2012).

No corpo do acórdão lê-se a seguinte passagem:

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo [...] que indeferiu o pleito de suspensão do direito de visitas e majorou o valor da prestação alimentar a ser prestada pelo Agravante ao seu filho para **01 (um) salário mínimo mensal**. (Grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL N.º 00111111-51.2018.8.16.0188 – 2.ª VARA DESCENTRALIZADA DO BOQUEIRÃO - VARA DE FAMÍLIA. JUÍZA DE DIREITO SUBST. EM 2.º GRAU LUCIANE R. C. LUDOVICO (EM SUBSTITUIÇÃO AO CARGO VAGO - SILVIO DIAS). APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM ALIMENTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR QUANTO AO VALOR DOS ALIMENTOS FIXADOS (DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS). PRETENSÃO VOLTADA À MAJORAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. FIXAÇÃO EM MONTANTE COMPATÍVEL COM AS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS. **CRIANÇA COM POUCO MAIS DE TRÊS ANOS DE IDADE**. VALOR ARBITRADO CONDIZENTE COM AS DESPESAS DO MENOR E RENDA PATERNA ATUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONTEMPLAR DESPESAS FUTURAS (FUTURA INSERÇÃO EM CRECHE OU ESCOLA). OBSERVÂNCIA AO TRINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE-PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No corpo do acórdão lê-se a seguinte passagem:

Assim, sopesando as provas existentes nos autos, verifica-se a impossibilidade de majoração dos alimentos vez que, embora o genitor possua excelente condição financeira, não restou demonstrada a necessidade de majoração dos alimentos, visto que **dois salários mínimos** garantem o digno sustento ao alimentando na atualidade. Consigne-se, por fim, que a fixação dos alimentos deve se dar com base na necessidade atualidade.

Logo, a pretensão de dez mil reais fica negada pelas noções mais elementares de cálculo matemático, bom senso e razoabilidade. Ressalte-se,

entretanto, que este parâmetro vai sofrer as devidas alterações, majorando-se o valor inicialmente determinado, em razão das situações fáticas e da condição social própria a cada núcleo familiar (cf. previsão expressa do art. 1.694 do Código Civil).

Se, porém, na mesma situação acima descrita, a mãe trabalha e precisa se socorrer do auxílio de uma babá enquanto está fora do lar, aquele valor já fica acrescido, de modo que, a quantia de dois mil reais se manifestará inexpressiva, devendo ser majorada (no mínimo, em mais mil reais) em decorrência da circunstância do caso. Esta nova circunstância revela um dado fundamental na determinação do *quantum* da pensão alimentícia que será sempre fixado de acordo com a casuística própria a cada arranjo familiar. Ainda, se a criança tiver a saúde comprometida, exigindo atendimento médico especial, novamente aquele valor inicial deverá ser alterado para mais.

De qualquer maneira, a redução ou eventual majoração sempre está atrelada às circunstâncias fáticas o que, de resto, vem previsto na legislação civil, como se lê no Código Civil, assim:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

De igual modo, as notícias veiculadas pela imprensa sensacionalista, no sentido de que a ex-mulher de um jogador de futebol ganhou cinquenta mil reais de pensão alimentícia para atender suas necessidades pessoais, além de contrária à ordem jurídica, faz crer (de modo totalmente equivocado) que tal pretensão é regra acatada pelo Poder Judiciário. Uma proposta desta natureza só pode materializar o enriquecimento ilícito do credor da pensão, o que fica veementemente negado pela ordem jurídica nacional.

Assim como o bom senso está a indicar que uma criança de tenra idade não gasta dez mil reais por mês para atender suas necessidades básicas, de igual modo, uma mulher, sem filhos, não necessita de cinquenta mil reais mensais para viver.⁵

Se tais patamares de alimentos chegam a ser deferidos, é igualmente óbvio que os valores estão atendendo outras pretensões dos credores que não correspondem ao objetivo fundamental da prestação alimentícia, a saber, atender às necessidades do alimentando.

⁵ A Relatora do recurso – Ministra Nancy Andrighi – resgatou a inocorrência de necessidade por parte da alimentante que justificasse a condenação do alimentando em pagar alimentos desta monta. (STJ, 3.ª T., REsp. n.º 1.353.941/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/o Acórdão Min. João Otávio de Noronha). A postura da Ministra restou, contudo, vencida, embora a tese adotada pela Relatora estivesse adequada às circunstâncias fáticas. A decisão final estabeleceu a pensão alimentícia, por prazo determinado de dezoito meses. (Todas as informações aqui citadas, de acordo com a narrativa de Beraldo, 2017, p. 174-175).

Além do mais, tais hipóteses excepcionais geram a falsa expectativa de que basta pedir para se ganhar o montante requerido, abonando uma visão distorcida do objetivo maior dos alimentos que sempre decorre da necessidade do credor. Cada pedido precisa ser, necessariamente, examinado à luz das circunstâncias tipificadoras de cada caso.

A prova mais veemente do que se está afirmando e que pode conduzir à decisões notoriamente iníquas é dada pela sempre repetida tentativa (equivocada, por óbvio) de que o nível econômico da pessoa sustentada deve acompanhar a fortuna do devedor, quando é sabido que o acolhimento desta teoria ofende a própria natureza da obrigação.

Logo,

não se há de pretender também que um militar, cujo soldo ao tempo da separação, e que serviu de base para a pensão, era de soldado raso, venha a ser obrigado a pagar à ex-mulher pensão com base no soldo de general, patente que galgou com seus próprios esforços, independentemente e, às vezes, apesar da ex-mulher (FREIRE, 2000, p. 14).

Do encargo previsto na lei, artigos 1.568, 1.694 e 1.703, todos do Código Civil, é possível inferir algumas premissas inquestionáveis: a) a obrigação alimentar dos pais para com os filhos é bilateral; b) esta norma é cogente e, pois, implica em responsabilidade de ambos os genitores; c) o binômio necessidade x possibilidade é parâmetro basilar na fixação dos alimentos; d) a proporcionalidade também deve ser levada em consideração, e) a necessidade⁶ e não a vontade ou utilidade, é o princípio sobre o qual se estrutura toda a matéria de alimentos.

De fato, o Código Civil, quanto aos artigos citados, assim define:

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1.º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2.º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

⁶ Os alimentos, segundo doutrina tradicional de Clóvis Bevilacqua (ainda em vigor) é a de que os alimentos foram instituídos para auxiliar – *ad necessitatem* – quem deles necessita. Não foram instituídos *ad voluptatem*; tampouco, *ad utilitatem*.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Necessitar. Este é o verbo fundamental. Ou, o eixo central em torno do qual orbitam todas as demais decorrências da pensão alimentar. E a necessidade a que alude o art. 1.694 do Código Civil, certamente, “não se mede pela fortuna do alimentante. Não está obrigado a dividir os seus rendimentos. A responsabilidade limita-se a atender as exigências, v.g., de alimentação, moradia, vestuário e recreação [...]” (RIZZARDO, 2009, p. 694).

Portanto, a afirmação – totalmente equivocada – no sentido de que “o filho é sócio do pai” fica negada pelas noções mais elementares de bom senso, razoabilidade e pelas normas do Direito de Família brasileiro. O filho não é sócio do pai, mas tão somente dependente em suas necessidades de acordo com a condição social vivida pela família até a data da ruptura. Sustentar a ideia equivocada de que o filho é sócio do pai implicaria em anular o binômio necessidade *versus* possibilidade, desvirtuando o escopo maior do instituto dos alimentos.

Nesse sentido, a doutrina sempre atual de Yussef Said Cahali, “os alimentos devem ser fixados de forma tal que as necessidades do filho sejam atendidas e ele possa desfrutar de um padrão de vida compatível com o do genitor, sujeitando-se sempre ao princípio da razoabilidade, visto que **o filho não é sócio do pai**, mas seu dependente.” (CAHALI, 2009, p. 521, grifo original).

Além disso, há outros elementos de ordem moral e educacional que devem ser levados em consideração na determinação deste *quantum*, como acertadamente invocado por Leonardo de Faria Beraldo que, em estudo primoroso sobre alimentos, assim se manifestou:

Dar a este (o alimentando), desde cedo, sem qualquer prudência, e desmedidamente, pode até deseducar o filho, que poderá crer que ganhar dinheiro, sem trabalhar, é fácil. Enfim, tudo isso deve ser levado em consideração pelo magistrado quando no momento de fixar alimentos, e, também, quando houver pedidos de revisão ou de exoneração (BERALDO, 2017, p. 174).

Na mesma esteira de pensamento consentâneo à proposta legal, o nível econômico de vida da pessoa sustentada não deve acompanhar o crescimento da fortuna do devedor, já que o acolhimento desta teoria ofende a própria natureza da obrigação.

Pensar diversamente é fomentar o parasitismo (que se verá a seguir) e a ergofobia (o horror ao trabalho) a que as decisões equivocadas conduzem, em manifesta negação do texto legal e evidente desconhecimento da realidade fática.

Se tais situações ocorrem, tal fato se deve ao procurador da parte que a induziu em erro (num primeiro momento) fazendo crer que a sua pretensão tem respaldo legal e também induziu em erro o Judiciário (num segundo momento) alterando a verdade fática com vistas à obtenção de indevida vantagem econômica, o que tem sido rechaçado com firmeza pelo Poder Judiciário.

Tal manobra ilícita não pode ter o respaldo do Poder Judiciário na medida em que apequena a prestação jurisdicional e compromete a intangível lisura ética que todos esperam da magistratura nacional.

O enriquecimento ilícito não pode (nem deve) ser agasalhado pelo Judiciário. E, quando as partes, com o aval de seus procuradores, procuram convencer – recorrendo a expedientes ilegítimos –, o Judiciário deve reagir com a veemência proporcional à tentativa da artimanha empregada.

Na mesma esteira de consideração, estabeleceu-se no Brasil, a lamentável prática de sempre se exigir “a mais” do que realmente necessita o credor, porque o Judiciário sempre fixa “a menos”. A prática, conforme já foi denunciado na obra *Famílias monoparentais*, (LEITE, 2003), é altamente perniciosa, porque além de falsear com a verdade, cria a estranha sensação de que o pedido não corresponde à realidade.

Com efeito, quase sempre os pedidos de alimentos não resgatam a realidade fática e não correspondem às reais necessidades do alimentando, o que leva os Juízes a deferir valores situados em patamares bastante inferiores àqueles originariamente requeridos. Os Advogados, temendo a fixação de um *quantum* aquém da expectativa do cliente, lançam valores totalmente irreais, para, finalmente, atingir uma “aproximação” à necessidade invocada no art. 1.694 do Código Civil. Um verdadeiro círculo vicioso (e injusto) se estabelece: os pedidos são irreais (porque ausentes de um parâmetro real) e os deferimentos igualmente irreais (porque estabelecidos com base em premissas falsas).

Não é este – como se sabe – o escopo da prestação alimentícia.

2 O EQUIVOCADO PORCENTUAL DE 33%

Se a necessidade é a regra (o art. 1.694 do Código Civil repete duas vezes a palavra *necessidade*), o princípio e o fim dos alimentos, é igualmente errôneo, como se deduziu em matéria jurisprudencial, que o montante da dívida alimentar pode ser fixado em um terço (trinta e três por cento) dos ganhos efetivos do devedor porque este *quantum* em hipótese alguma está a definir os recursos da pessoa obrigada. Mas, contrariamente ao que dispõe o texto legal, está apenas considerando – e de forma unilateral – uma provável necessidade do reclamante.

Resgate-se, preliminarmente que inexiste no Código Civil (e, igualmente na legislação especial) qualquer referência ao percentual de um terço para fixação

do *quantum* da pensão alimentícia. Tal parâmetro foi criado pela jurisprudência como mera baliza para o operador do Direito, devendo tal percentual (quando aplicado) ser considerado sempre juntamente com as provas carreadas aos autos, sob risco de se arbitrar valor não condizente com as necessidades do credor e as possibilidades do devedor.

Sílvio Rodrigues já havia se insurgido contra este patamar irreal que tem sido invocado, como premissa fundamental, na fixação do *quantum* alimentar. O dispositivo legal estampado no art. 1.694 do Código Civil “não significa que, considerando essas duas grandezas (necessidade e possibilidade), se deva inexoravelmente tirar uma resultante aritmética, como, por exemplo, fixando *sempre* os alimentos em um terço ou em dois quintos dos ganhos do alimentante.” (RODRIGUES, 1988, p. 44).

Vencida esta premissa fundamental, examinar-se-á mais de perto as conclusões erradas que tal balizamento pode provocar.

A complexidade da vida humana e a enorme diversidade de situações socioeconômicas vivenciadas pelos grupos familiares são, apenas, dois argumentos invocáveis, suficientes a destruir a “lógica” deste pretensão raciocínio matemático. Melhor seria que se substituísse o decantado *prudente arbitrio* do julgador por elementos de efetiva constatação, como fez o Código Civil português.⁷

Na realidade, todos sabem – e estranhamente se silencia – que nenhum percentual porventura invocado, 33%, 66% ou 15%, é suficiente a englobar a realidade maior da necessidade estampada no citado artigo do Código Civil, já que o percentual está diretamente vinculado à situação fática apresentada (e comprovada) pelo requerente.

Basta, portanto, que se invoque a proporcionalidade da necessidade das pessoas. Se uma família composta de quatro membros (pais e dois filhos) por exemplo, vivia até o momento da ruptura, com 100% de renda, é humanamente impossível que, após a ruptura, passem a viver, um (no caso o marido) com 67% (isto é, com dois terços do orçamento) enquanto os demais membros (mulher e filhos) sobrevivem com um terço do montante até então usufruído pelo grupo familiar.

Tudo leva a crer que se a lógica do percentual devesse ser aplicada, os 67% deveriam, naturalmente, ser canalizados aos três membros (mãe e filhos), porque sendo três, certamente, têm três vezes mais necessidades do que uma pessoa, e não o inverso, como ocorre na estranha e criticável sistemática nacional.

⁷ Assim dispõe o art. 2.016-A, aditado pela Lei 61, de 31.10.2008: “Na fixação do montante de alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, aos seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.”

Logo, a pretensa “proporcionalidade” decorrente do porcentual de 33% (um terço) fica negada pela realidade e pelo mais singelo cálculo matemático, como se acabou de constatar. Pois bem. Apesar da obviedade do cálculo e do gritante erro a que conduz o citado porcentual, este parâmetro continua sendo aplicado pelo Judiciário brasileiro contra a prática, notoriamente injusta, e que “legítima” a fixação de valores que não correspondem à efetiva possibilidade do alimentante e da necessidade do alimentando.

Repete-se um hábito (?) sem qualquer reflexão sobre os efeitos danosos que, certamente, daí decorrerão.

Ademais, não é preciso muito esforço para se concluir que, sendo o marido o devedor maior da prestação alimentícia (na quase totalidade dos casos), fica ele com o valor maior de sua renda (para manutenção de apenas uma pessoa, repita-se) em notório detrimento dos demais membros da família que ficam condenados à dificuldades de ordem econômica, senão, de penúria.

Diante, pois, do aqui invocado (e comprovado), é de curial importância que se abandone uma prática que condena a família a se subordinar a valores que lhe garantam, apenas a sobrevivência, contrariando frontalmente o disposto no art. 1.694 do Código Civil, que estabelece – com todas as letras – a necessidade dos alimentos serem deferidos **de modo compatível com a sua condição social**.

Não falta lei. O que falta é a coragem de aplicar a lei, sem exegeses restritivas tendentes a favorecimento de gênero. Ou, resgatando a doutrina de Carlos Ghersi, existe uma inflação ou superabundância normativa, mas o problema é como se comporta na realidade a implementação deste direito.

Quando se examina a jurisprudência nacional se constata, com grande perplexidade, que o Judiciário invoca todo tipo de argumento comprometendo os alimentos necessários à manutenção da condição social que a família usufruía antes da ruptura da sociedade conjugal. Ressalte-se que um dos argumentos mais invocados – e ele é citado sem vacilações – é o de que a ruptura (separação ou divórcio) gera “naturalmente” queda no quadro econômico da família que deverá viver, após a Sentença, com menos, mesmo que isso acarrete total comprometimento do texto legal que norteia o deferimento da pensão *de modo compatível com a condição social* do credor, ou do grupo familiar. Isto é, são fixados em razão da pessoa necessitada, “do padrão econômico-social com a qual estava acostumada durante o matrimônio ou a convivência.” (MÔNACO, 2014, p. 1.444).

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. EX-CÔNJUGES. EXCEPCIONALIDADE. TRINÔMIO ALIMENTAR. NECESSIDADE DA ALIMENTADA. AFERIÇÃO. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO SOCIAL ANTERIOR À RUPTURA DA UNIÃO. CAPACIDADE

FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. GESTOR E USUFRUTUÁRIO DO VULTOSO PATRIMÔNIO FAMILIAR. *QUANTUM* ALIMENTAR. PROPORCIONALIDADE. ARTIGOS 1.694, § 1.º E 1.695 DO CÓDIGO CIVIL. REVISÃO. SÚMULA 07/STJ. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE. FORMA DE APURAÇÃO DOS LUCROS. RESERVAS E DIVIDENDOS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. [...] 6. Nos termos do art. 1.694 do Código Civil, os alimentos devidos entre cônjuges destinam-se à manutenção da qualidade de vida do credor, preservando o tanto quanto possível, a mesma condição social desfrutada na constância da união, conforme preconizado na doutrina e jurisprudência desta Corte. (STJ – Resp. 1726229/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15-05-2018).

A pergunta que, de imediato assalta o espírito é: por quê? Por que o Judiciário vacila diante da clareza e objetividade inequívocas do texto legal?

Claro está que, enquanto perdurar esta prática totalmente negada pela temática, como se viu, as decisões condenam a família à dificuldades de ordem econômica inimaginável.

Se a lei existe, é para ser aplicada; não, para inflacionar o Código Civil, que indica todas as possibilidades tendentes à garantia de uma verdadeira justiça, bastando aos operadores do Direito aplicá-la, sem temor, nem vacilação.

Uma coisa é certa: a baliza dos 33% deve ser afastada de forma definitiva, porque não enseja distribuição de justiça equitativa, gerando injustiças que todos estão cansados de vivenciar e que as partes não suportam mais assumir.

Como, então, solucionar o impasse apontado?

A partir da própria realidade vivenciada por cada família. E como se avalia o montante desta realidade? Sempre tomando como referência as despesas efetivamente enfrentadas por cada realidade familiar.

Se cada pessoa precisa morar, vestir-se, alimentar-se, estudar e trabalhar, é igualmente verdade que as necessidades de uma pessoa não são iguais às de outra pessoa, assim como as opções que uma e outra farão para a satisfação de suas necessidades são também diversas em razão de sua idade, cultura e meio social. A tão só consideração destes elementos deixa claro que o percentual de 33% é inaplicável à determinação de alimentos e deve ser afastado, ainda que sob o manto de um pretenso “balizamento”.

A constatação desta verdade frustraria, então, a possibilidade de se procurar um parâmetro mínimo de referência do *quantum* da pensão alimentícia? Ou, em outras palavras: seria inútil o estabelecimento de um perfil das necessidades das pessoas com base nos orçamentos de quem é compelido a satisfazê-las?

A resposta negativa se impõe na medida em que, embora seja impossível determinar um montante que serviria de referência universal a todos credores

de uma pensão (partindo da realidade socioeconômica própria a cada núcleo familiar), é plenamente possível o estabelecimento de valores mínimos correspondentes a cada realidade familiar para os julgadores se guiarem na apreciação das necessidades e na determinação de um orçamento.

Logo, poder-se-ia estabelecer como parâmetro básico de aferição de despesas (sempre com a correspondente comprovação de despesas) uma tabela com, no mínimo, dez itens que, necessariamente, são gastos fixos incluídos em um orçamento familiar, dito, de padrão normal. Seriam eles: 1) habitação, 2) luz, 3) água, 4) alimentação, 5) educação, 6) transporte, 7) vestuário, 8) calçado, 9) saúde e 10) lazer.⁸

Considerando que quase metade da população brasileira ganha até um salário mínimo⁹ e que as famílias com rendimento de até dois salários mínimos comprometem uma parte maior de seu orçamento com alimentação e habitação, a tabela de despesas deve ser estabelecida de acordo com as necessidades invocadas pelo credor (ao seu procurador) com a devida comprovação dos gastos alegados.

Se o devedor é o único a trabalhar, e a mulher, por sempre ter se dedicado ao lar não tiver mais condições de se reinserir no mercado de trabalho (pela idade, ausência de qualificação ou limitação de saúde) dúvida não há no sentido de que o mesmo arcará sozinho com a dívida alimentar.

Caso a mulher trabalhe – hoje uma realidade nacional – e perceba valor equivalente ao do marido, a dívida é comum (art. 1.568 do Código Civil) de forma que a cada cônjuge caberá pagar aos filhos 50% do valor acima previsto. Na ocorrência de salários diferentes, a regra da proporcionalidade deve se aplicar para garantir a bilateralidade da obrigação de forma justa.

Assim, a mero título de exemplo, se o marido percebe quatro mil reais mensais, enquanto a mulher ganha dois mil reais, a sua obrigação no *quantum* da pensão alimentícia ao filhos corresponderá ao dobro do valor pago pela mulher.

⁸ Aqui se está levando em consideração o dispositivo constitucional previsto no art. 227 da Constituição Federal que prevê, expressamente, o direito ao lazer.

⁹ Dados colhidos junto ao IBGE – Censo demográfico de 2010 – (O Censo demográfico de 2020 foi adiado):

<u>Total</u>	<u>Absoluto</u> (1.000 pessoas)	<u>Relativo</u> (%)
Até ¼ de salário mínimo	5.034	3,1
Mais de ¼ a ½ salário mínimo	5.222	3,2
Mais de ½ a 1 salário mínimo	34.229	21,1
Mais de 1 a 2 salários mínimos	30.589	18,9
Mais de 2 a 3 salários mínimos	10.172	6,3
Mais de 3 a 5 salários mínimos	8.144	5,0
Mais de 5 a 10 salários mínimos	5.825	3,6
Mais de 10 a 15 salários mínimos	1.074	0,7
Mais de 15 a 20 salários mínimos	884	0,5
Mais de 20 a 30 salários mínimos	457	0,3
Mais de 30 salários mínimos	271	0,2
Sem rendimento	60.089	37,01

Cada família constitui uma realidade, de modo que a tabela de despesas deverá se ajustar à realidade fática própria de cada núcleo familiar. As variações de hipóteses, entretanto, não esvaziam a validade da tabela cabendo ao advogado estabelecer detalhada e verdadeiramente¹⁰ os parâmetros de despesas e necessidades de forma a que o julgador possa decidir com base em dados reais e não meramente hipotéticos.

O objetivo da tabela de despesas é apresentar ao julgador um perfil exato do núcleo familiar devendo se alargar à medida das variações de ordem pessoal, social, cultural e econômica, resgatando a premissa estampada no art. 1.694 do Código Civil, quando se refere ao modo compatível com a sua condição social.

Assim, se a família pertence à classe social que percebe de dez a vinte salários mínimos por mês (= 1,5% da população brasileira) o valor da pensão alimentícia vai acompanhar a condição social daquele segmento social.

Resgate-se, ainda que, num país onde 31% da população não tem rendimento, ou seja, praticamente um terço da população nada ganha e onde somente 0,5% percebe mais de vinte salários mínimos, é evidente que a determinação de despesas não pode ser feita com base em “marcas” ou “grifes” de luxo, mas sempre dentro dos padrões de normalidade que caracterizam o quadro econômico nacional. Novamente, o bom senso e a razoabilidade ressurgem como parâmetros a serem considerados pelo julgador.

A propósito – embora muitos operadores do direito esqueçam este dado fundamental na determinação de valores da pensão alimentícia – a obrigação alimentícia se insere na categoria das obrigações de gênero e quantidade, de modo que devem sempre se reger pelo meio termo, conforme dicção claríssima do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor.

O que a lei dispõe é que o devedor não está obrigado a dar o melhor, mas o meio termo entre o melhor e o pior. Assim, o valor médio de um par de tênis (item muito invocado nas ações alimentares) não pode ser de um tênis de marca

¹⁰ O “verdadeiramente” merece destaque vez que é hábito comum se constatar listas de despesas na Petição Inicial contendo itens que não correspondem à realidade fática e que são arrolados com o mero objetivo de inflacionar a despesa do credor com vistas à obtenção de valores que não correspondem às necessidades reais do mesmo. Assim, em despesas de uma criança de tenra idade (de zero a dois anos) não é possível inserir despesa de calçados, nem de escola, nem material escolar, nem lazer, por serem despesas não correspondentes à faixa etária da criança.

(Reebok ou Nike), o melhor, nem deverá ser o mais simples (um tênis Conga) mas o meio termo entre os dois gêneros de calçado.¹¹

Conforme lição claríssima de Flávio Tartuce, “o devedor não poderá ser compelido a entregar a coisa mais valiosa, devendo o objeto obrigacional recair sempre dentro do gênero intermediário.” (TARTUCE, 2014, p. 250). Logo, pretensões à obtenção de pensões alimentícias com base em obrigações estabelecidas a partir do melhor devem ser afastadas, sob risco de se estar admitindo a vontade (*ad voluptatem*) e a utilidade (*ad utilitatem*) como elementos determinadores do *quantum* dos alimentos, o que fica negado pela clareza do texto legal e, igualmente, pelo bom senso e razoabilidade. Ainda a doutrina de Cahali a confirmar o acima dito: “O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, e não para fomentar ociosidade ou estimular o parasitismo. Eles se dão *pietatis causa*, *ad necessitatem*, não *ad utilitatem*, e, muito menos, *as voluptatem*.” (CAHALI, 2009, p. 512).

Assim, na determinação do que seja uma necessidade mínima, ou melhor, do que faz parte das necessidades vitais de um ser humano, deve-se levar em consideração, caso a caso, se o(a) credor(a) é uma pessoa ativa ou inativa, se exerce ou não atividade profissional, se tem ou não centro de interesse limitado (a uma cidade ou determinada região) ou se, ao contrário, a sua rede de relações sociais é extensa e envolve diversos segmentos sociais e profissionais.

A análise casuística de cada caso, ou de cada núcleo familiar, está a indicar que a aplicação, pura e simples, do porcentual de 33% é uma falácia que não corresponde a nenhuma realidade e que, ao contrário, pode gerar injustiças que não devem ser aceitas pelo Poder Judiciário.

3 ALIMENTOS TRANSITÓRIOS OU VITALÍCIOS

O advento do texto constitucional de 1988 produziu radicais reformas no Direito de Família brasileiro, o que pode ser constatado na análise de apenas dois artigos da Constituição Federal, a saber, os arts. 226 e 227. Dentre as modificações produzidas, duas ressaltam pela sua importância e efeitos na legislação infraconstitucional pela abrangência de seu impacto que alterou posturas que se tinham como definitivas e que, agora, passam a ser apreciadas sob óptica completamente distinta.

A primeira – de enormes efeitos na matéria de filiação – diz respeito à proibição de tratamento discriminatório entre os filhos de qualquer origem (art. 227, § 6.º da Constituição Federal). A segunda – que aqui interessa mais de perto – refere-se à eliminação do tratamento discriminatório decorrente do gênero entre marido e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5.º da Constituição).

¹¹ Ressalte-se que o meio termo previsto na lei civil (art. 244 do Código Civil) é obtido considerando os valores, máximo e mínimo dividindo, depois, por dois. Assim o meio termo entre 8 e 80 é 44. (80 + 8 = 88 dividido por 2 = 44).

A Constituição Federal, que contém um parágrafo com texto revolucionário, assim dispõe:

Art. 226. [...].

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O dispositivo, singelo na sua redação, provocou efeitos gigantescos na ordem jurídica que, até então, estruturava-se com base em uma relação assimétrica entre marido e mulher. A igualdade de direitos e deveres extinguiu a chefia da sociedade conjugal, igualou a responsabilidade do marido e da mulher no sustento e educação dos filhos (art. 1.568), nulificou a figura do “marido provedor” e, também acabou com a obrigação do marido sustentar a mulher infinitamente, em decorrência da ruptura da sociedade conjugal.

Desta forma, a ideia anteriormente vigente – assimétrica – foi substituída pela noção consentânea com o texto constitucional pautado pela igualdade. Ou seja, se os direitos e deveres são iguais, a responsabilidade decorrente dos deveres coloca a mulher no mesmo grau do marido. Sempre, dentro deste contexto, o marido não mais é responsável pelo sustento da mulher após a ruptura, devendo ela se inserir no mercado de trabalho, em posição de igualdade frente ao homem.

De igual modo, como já se teve oportunidade de doutrinar, “é possível afirmar, sem nenhum temor de equívoco, que a responsabilidade mútua pela manutenção da família não é mais apanágio do marido, mas se estende também à mulher, caracterizando-se integralmente a pretensão constitucional prevista no art. 5.º, inciso I, e 226, § 5.º.” (LEITE, 1997, p. 721).

Com base nesta nova perspectiva inovadora (legítima, na medida em que as mulheres sempre invocaram o direito à igualdade), a pretensão aos alimentos vitalícios pagos pelo marido deixou de existir, pondo fim a uma vitaliciedade até então válida (anterior à Constituição Federal de 1988) e que passa, desde então, a se inserir no terreno da excepcionalidade.

A nova tendência foi recepcionada sem vacilações pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a visualizar tal hipótese sob a perspectiva da transitoriedade (daí a expressão “alimentos transitórios”) e não mais da permanência infinita que atrelava os ex-cônjuges a uma dependência que fica negada pela proposta constitucional.

Isto quer dizer, que a pretensão – ainda invocada, apesar da mudança paradigmática – de viver às custas do ex-marido, está definitivamente banida do mundo jurídico, só se mantendo em situações realmente excepcionais ditadas pelas circunstâncias fáticas.

Como apreciou de forma objetiva Mário Delgado,

O dever de assistência material entre os cônjuges, previsto no Código Civil e que se converte em obrigação alimentar quando da dissolução do vínculo, não se presta como supedâneo de “aposentadoria” ao cônjuge que se mantém omissos e que não procura, por seu próprio esforço, obter os meios necessários à sobrevivência. Admitir-se o contrário, seria premiar o enriquecimento sem causa (DELGADO, 2015, folhas 2).

De igual modo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se direcionado na postura firme e unânime de que a obrigação alimentar deve ser extinta “quando a alimentada for pessoa saudável, com condições de exercer uma profissão e tiver recebido a pensão alimentícia por tempo suficiente para que pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge.”¹²

Esta tendência do Tribunal Superior tem repercutido diretamente nos Tribunais brasileiros no sentido de que a prestação alimentícia ao ex-cônjuge deve ser concedida por prazo certo, não superior a dois anos, de modo a lhe permitir a inserção no mercado de trabalho, materializando a igualdade prevista no texto constitucional.

Se o ex-cônjuge preenche os requisitos de aptidão para o trabalho (pessoa jovem, com formação intelectual e sadia), mas se encontra fora do mercado de trabalho, por opção sua ou por imposição do marido (situação ainda comum na realidade brasileira) “é razoável fixar os alimentos por tempo determinado, atendendo, a um só tempo, a sua emergencial necessidade e, concomitantemente, impedindo que o outro assuma um dever que não lhe é exigido por lei, já que o outro tem condições de sobreviver sozinho.” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 696).

A transitoriedade da prestação alimentícia – portanto, por tempo determinado – se justifica na exata intenção de favorecer o alimentando a se inserir no mercado de trabalho de modo a garantir a sua independência financeira, liberando-se do pensionamento do alimentante. É, pois, uma forma de autonomia que alforria o credor da dependência em relação ao devedor.

Se, porém, o credor não mais tem condições de se inserir no mercado de trabalho (por idade avançada, falta de formação intelectual, ou quadro médico que o impossibilita de trabalhar, para citar as situações mais comuns colhidas na jurisprudência nacional), a prestação alimentícia em caráter definitivo se impõe como medida de justiça. Tem-se como exemplo jurisprudencial:

¹² No mesmo sentido: “[...] como a obrigação alimentar é de responsabilidade dos pais, e, no caso, de a genitora dos autores da ação de alimentos também exercer atividade remuneratória, é juridicamente razoável que seja chamada a compor o polo passivo do processo a fim de ser avaliada a sua condição econômico-financeira para assumir, em conjunto com o genitor, a responsabilidade pela manutenção dos filhos maiores e capazes.” (STJ, 4.^a T., REsp. n.º 964.866/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01-03-2011, DJe, 11 mar. 2011).

[...] alimentos entre ex-companheiros pressupõe a demonstração, por quem os pleiteia, de sua incapacidade para o trabalho ou da impossibilidade de reinserção no mercado de trabalho, de forma a não “fomentar a **ociosidade** [...] ou estimular o **parasitismo**”. (STJ - Decisão Monocrática. Agravo em Recurso Especial: AREsp. 1656038 MG/2020/00215. Data de publicação: 21-05-2020)

[...] possuindo estas condições financeiras para tal, deve suportar o encargo dos alimentos à ex-companheira durante tempo determinado, evitando-se que a obrigação legal se transforme em medida que estimule a **ociosidade** [...] da publicação da sentença, período considerado razoável e suficiente para que a autora se restabeleça financeiramente, evitando-se, por conseguinte, que a obrigação legal se transforme em estímulo a **ociosidade** [...] e ao **parasitismo**. (STJ - Decisão Monocrática. Agravo em Recurso Especial: AREsp. 1449751 AC 2019/0041099-5. Data de publicação: 05-08-2020).

Embora os alimentos transitórios não tenham base legal, tanto a doutrina quanto a jurisprudência são unânimes em reconhecer a possibilidade de sua fixação, mesmo quando o pedido constante na inicial se refira a alimentos definitivos, reforçando a tendência atual de que a transitoriedade pode ser decretada de ofício pelo Juiz.¹³

Esta nova tendência, surgida inicialmente nos Tribunais estaduais, ganhou o beneplácito do STJ que, agora, considera a transitoriedade como regra da pensão alimentícia reservando a perenidade apenas aos casos em que o credor justifica a impossibilidade de se reinserir no mercado de trabalho. Certamente a nova feição atribuída aos alimentos minora consideravelmente a possibilidade de ocorrência do criticado parasitismo. Um exemplo é a decisão a seguir transcrita:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. ACORDO PARA PAGAMENTO DE PENSÃO. EX-CÔNJUGE. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES. TEMPORARIEDADE. POSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO. RECURSO ADESIVO. INADEQUAÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 15 DA LEI 5.578/68 E ARTS. 1.694 e 1.699 do Código Civil. 1. Ação de exoneração de alimentos, ajuizada em 17.03.2005. Recurso especial concluso ao Gabinete em 03.05.2013. [...] 3. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges serão fixados com termo certo, a depender das circunstâncias fáticas próprias da hipótese sob discussão, assegurando-se, ao alimentado, tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter pelas próprias forças, *status* social similar ao período do relacionamento. 4. Serão, no entanto, perenes, nas excepcionais circunstâncias de incapacidade laboral permanente ou, ainda, quando se constatar, a impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1290313/AL, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 12-11-2013).

¹³ Para maior reflexão sobre a temática examinar a obra de Marco Aurélio Gastaldi Buzzi (2003).

Ressalte-se, por derradeiro, que esta tendência encontra respaldo integral na dicção do art. 1.695 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 1.695. São devidos os alimentos **quando quem os pretende** não tem bens suficientes, **nem pode prover, pelo seu trabalho**, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. (Grifo nosso).

4 ALIMENTOS AOS FILHOS MAIORES

Se, conforme se viu, a necessidade é a premissa fundamental deflagradora dos alimentos, a inoccorrência da necessidade nulifica a pretensão de quem invoca o direito a alimentos. Em outras palavras, quem não comprova por meio de prova robusta a necessidade da pensão, dela não terá direito. Neste caso, o pagamento de alimentos perde a sua função principal e acaba gerando a ociosidade do credor que não tem legitimidade para invocar tal pretensão.

A ociosidade que pode se instalar em decorrência dos alimentos vitalícios já encontrou limite – no caso de alimentos entre ex-cônjuges – com a aceitação praticamente unânime dos alimentos transitórios que, além de atender as necessidades temporárias do(a) credor(a) estimula a reinserção do(a) favorecido(a) no mercado de trabalho. Tudo indica ser este o caminho correto que tem orientado a jurisprudência nacional resgatando o bom senso e a razoabilidade que se esperam de pessoas adultas.

Já quanto aos alimentos decorrentes do parentesco, isto é, dos pais aos filhos, tanto a doutrina quanto a jurisprudência ainda apresentam vacilações que precisam ser suplantadas de modo a não desvirtuar o sentido dos alimentos.

A regra, conforme inequívoca previsão legal (art. 1.635, inciso III, do Código Civil), é de que a obrigação de sustento dos filhos pelos genitores cessa com o advento da maioridade civil, com a extinção do próprio poder familiar. É, porém, necessário reconhecer que se a maioridade (dezoito anos) extingue o poder familiar, esta é a idade que, em princípio, os filhos ingressam nos cursos superiores. Portanto, se a maioridade garante liberdade de ação, a liberdade oriunda da segurança econômica ainda não foi atingida, estendendo o auxílio financeiro dos pais até o término do curso superior.

Por isso, a jurisprudência nacional, em adendo à previsão legal, tem entendido que a prestação alimentícia ainda vigora até o término do curso superior (em torno de 24 anos).

Nesse sentido, vale resgatar a doutrina de Belmiro Pedro Welter que prevê a obrigatoriedade da prestação alimentícia dos pais aos filhos em três hipóteses, a saber: a) aos filhos maiores e incapazes; b) aos filhos maiores e capazes que estão em formação escolar profissionalizante ou em faculdade; e c) aos filhos

maiores e capazes, porém em situação de indigência não proposital. (WELTER, 2004, p. 107).

Dai se pode inferir que a maioridade civil não é suficiente para extinguir a prestação alimentícia, dependendo esta das circunstâncias fáticas próprias a cada núcleo familiar. A pretensão, como bem gizado por Enio Santarelli Zuliani, “não se sustenta mais no art. 1.694 do CC, porque o poder parental está extinto com a maioridade; funda-se, sim, no art. 1.695 do CC, cujo princípio é o da solidariedade familiar ininterrupta e consentânea com os dizeres dos arts. 229 e 1.º, Inciso II, da Constituição Federal.” (ZULIANI, 2006, p. 98).

O ingresso, pois, na faculdade é pressuposto (hoje) inquestionável de manutenção dos alimentos o que, de resto, já se encontra pacificado pelo STJ na medida em que os alimentos ao filho estudante se completa com a graduação, vez que “permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento.”.

Deste posicionamento decorreu outra postura que gerava dúvida no ambiente jurídico, a saber, se a exoneração de alimentos em razão da maioridade seria automática ou não, prevalecendo a segunda tendência que afastou a possibilidade do alimentante, por si mesmo, suspender o pagamento dos alimentos. A matéria adentrou no terreno da pacificação por força da Súmula 358 que assim dispõe: “O cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.”.

Vale lembrar, entretanto, que esta obrigação não pode ensejar o “carreirismo” universitário tendente a manter infinitamente o pensionamento parental em decorrência da vida estudantil, comprometendo o escopo fundamental dos alimentos.

A obrigação de pagar alimentos termina quando o filho finaliza o curso superior tendo se usado como parâmetro a idade limite de 24 anos prevista na legislação do Imposto de Renda (Lei 9.250, de 26-12-1995)¹⁴ para desconto por filhos dependentes.

Logo, a efetiva seriedade e empenho do filho na condução de seus estudos superiores, é pressuposto básico à permanência da pensão alimentícia até o término da faculdade. *A contrario sensu*, a negligência, o descaso ou a inépcia do alimentando podem ser elementos justificadores da legítima exoneração proposta pelos pais, sob risco de se estar fomentando a indevida ociosidade.

Desta forma, o comportamento desidioso do filho estudante é suficiente a legitimar a sanção materializável na perda da prestação alimentar. Conforme, novamente, as conclusões valiosas do Des. Ênio Santarelli Zuliani, “[...] é preciso

¹⁴ O Decreto 3.000, de 26-03-1999 (art. 77, § 2.º) e a posterior Instrução Normativa, do Ministério da Fazenda repetiram o texto, subsidiando as decisões judiciais.

cautela para não incentivar a vadiagem ou a infantilidade de se pretender ser, por mais tempo, adolescente irreverente e irresponsável [...]” (ZULIANI, 2006, p. 111).¹⁵

A jurisprudência, nesses casos, não tem vacilado em exonerar o pai da prestação exigida. A doutrina, calçada na jurisprudência, assim ensina:

Em ação de alimentos na qual a filha, maior, pretendia mesada paterna para continuar matriculada no Curso de Direito, o Tribunal examinou a ficha de avaliação semestral, confirmando que ela fora reprovada em 80% das matérias ministradas, além de cometer excessivo número de faltas, o que, certamente, justificaria retenção por baixa frequência. Resultado: considerou-se situação de abuso do direito de pleitear alimentos, exonerando o pai da prestação exigida (AgIn. 259.701-4/9, j. em 05.11.2002, Des. Ênio Santarelli Zuliani, In Informativo ADV 12/2003, COAD, p. 188, verbete n.º 105.188) (ZULIANI. 2006, p. 112).

Também foi motivo para exonerar o pai da prestação suplementar, a desídia do estudante universitário, quando foi anotado (TJ-SP, Ap. 225.777.4/0, j. em 09.04.2002, Des. Ênio Santarelli Zuliani: A jurisprudência que prolonga o dever alimentar para que os filhos emancipados concluam curso universitário não se destina aos estudante relapsos, indisciplinados e seguidamente reprovados, por constituir verdadeiro abuso da relação familiar) (ZULIANI, 2006, p. 112).

Situação que tem gerado maior complexidade e correspondente vacilação é a que diz respeito à manutenção da pensão durante o lapso temporal da pós-graduação ou o financiamento de cursos preparatórios para ingresso em carreiras públicas.

A sinalização do STJ, desde o início, foi de encarar tal hipótese com restrição vez que a graduação garante ao bacharel o exercício da profissão podendo, assim, em tese, prover o próprio sustento.

Neste sentido, assim se posicionou a Min. Nancy Andrichi:

Essa correlação tende ao infinito: especialização, mestrado, doutorado, pós-graduação, MBA, proficiência em língua estrangeira, todos, de alguma forma, aumentam a qualificação técnica de seus alunos, e a não delimitação de um marco qualquer poderia levar à perenização do pensionamento prestado.

¹⁵ No mesmo sentido, esta autor já havia se manifestado em obra sobre Direito de Família: “[...] os alimentos foram visualizados pelo legislador com o objetivo específico de auxiliar a quem deles necessite e não, certamente, com qualquer possibilidade de fomentar a ociosidade.” (LEITE, 2000, p. 149)

Tudo indica que o entendimento do STJ no sentido de favorecer o preparo intelectual dos filhos até a graduação não abrange a pós-graduação, sob risco de se fomentar a ociosidade e o parasitismo.

Nesse sentido a jurisprudência atual:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. EXISTÊNCIA. CURSO SUPERIOR CONCLUÍDO. REALIZAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO. NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. [...] 3. O estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposto aos pais de forma perene, sob pena de subverter o instituto da obrigação alimentar oriunda das relações de parentesco, que tem por objetivo, tão só, preservar as condições mínimas de sobrevivência do alimentado. Em rigor, a formação profissional se completa com a graduação, que, de regra, permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento, circunstância que afasta, por si só, a presunção iuris tantum de necessidade do filho estudante. 6. Recurso especial não provido. (REsp. 1505079/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13-12-2016, DJe 01-02-2017).

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ALIMENTOS. DECORREM DA NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. DEVER QUE, EM REGRA, SUBSISTE ATÉ A MAIORIDADE DO FILHO OU CONCLUSÃO DO CURSO TÉCNICO OU SUPERIOR. MOLDURA FÁTICA, APURADA PELA CORTE LOCAL, APONTANDO QUE A ALIMENTANDA TEM CURSO SUPERIOR, 25 ANOS DE IDADE, NADA HAVENDO NOS AUTOS QUE INFIRME SUA SAÚDE MENTAL E FÍSICA. DECISÃO QUE, EM QUE PESE O APURADO, REFORMA A SENTENÇA, PARA RECONHECER A SUBSISTÊNCIA DO DEVER ALIMENTAR. DESCABIMENTO. [...] 2. Os filhos civilmente capazes e graduados podem e devem gerir suas próprias vidas, inclusive buscando meios de manter sua própria subsistência e limitando seus sonhos - aí incluídos a pós-graduação ou qualquer outro aperfeiçoamento técnico-educacional - à própria capacidade financeira. (REsp. 1218510/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011). 3. Portanto, em linha de princípio, havendo a conclusão do curso superior ou técnico, cabe à alimentanda - que, conforme a moldura fática, por ocasião do julgamento da apelação, contava 25 (vinte e cinco) anos de idade, “nada havendo nos autos que deponha contra a sua saúde física e mental, com formação superior” - buscar o seu imediato ingresso no mercado de trabalho, não mais subsistindo obrigação (jurídica) de seus genitores de lhe proverem alimentos. 4. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (REsp. 1312706/AL, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21-02-2013, DJe 12-04-2013).

Desta forma, pode-se concluir, com o apoio doutrinário de Carlos Roberto Gonçalves que, “filho graduado em curso superior, também precisa buscar meios de bancar a sua própria subsistência, sem depender dos pais, sob pena de estímulo oficial ao ócio.” (GONÇALVES, 2009, p. 489).

5 A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

Segundo o disposto no art. 1.696 do Código Civil, “O direito à prestação alimentícia é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros.”. A leitura do artigo determina que os alimentos recaem prioritariamente, sobre os pais ou os filhos e que, não os havendo ou na impossibilidade de atender às necessidades de quem os pede, a obrigação recai sobre os ascendentes.

Assim se está diante da hipótese de pagamento dos alimentos pelos avós que, de acordo com o Código Civil, é uma responsabilidade subsidiária e complementar. Logo, a obrigação alimentar avoenga é excepcional e só se legitima face à impossibilidade dos genitores atenderem às necessidades do credor.

Se esta obrigação é *subsidiária*, ela só é invocável depois de comprovada a inexistência ou impossibilidade do pai. A complementariedade decorre da dicção do art. 1.698 do Código Civil, nestes termos:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Ou seja, o neto precisa comprovar que esgotou todas as alternativas ao seu alcance, para receber a pensão alimentícia de seus pais. Assim decidiu o TJMG:

Em se tratando de pretensão de recebimento de alimentos em face do avô paterno, não obstante se revele possível a imposição do aludido ônus àquele, para o deferimento do pedido, mister se demonstre a real impossibilidade do genitor em adimplir a obrigação, sem o que não há se falar em obrigação imediata advinda da relação avoenga. (TJMG, 1ª C., Ap. n.º 0149452-54.2010.8.13.0145, Rel. Des. Geraldo Augusto, j. 22-02-2011). (BERALDO, 2017, p. 117).

Nos estritos termos do art. 1.694 do Código Civil, podem os parentes pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social. Ou seja, em decorrência do texto legal, os avós são, ao mesmo tempo – quer em relação aos filhos, quer em relação aos netos – credores e devedores de alimentos.

Este dispositivo, combinado com o disposto no art. 1.696 do Código Civil, é prova inequívoca, no ambiente jurídico, de uma pretendida solidariedade

familiar, desejada pelo legislador, mesmo que ela não existe no plano fático. Ou seja, os avós serão tanto devedores de alimentos em relação aos seus netos, na necessidade, quanto credores de alimentos se eles se encontrarem privados de recursos suficientes, especialmente na velhice.

A previsão legal, porém, não se materializa com a mesma naturalidade que o legislador previu, no ambiente social. Com efeito, apesar da possibilidade inquestionável dos avós serem credores ou devedores de alimentos, é muito raro ver os avós agirem contra os netos e reclamar deles uma prestação alimentar. Na realidade a hipótese vai em mão única, a saber, os netos invocando o auxílio dos avós, quando a obrigação é inadimplida pelos genitores.

Ora, se no terreno pessoal, conforme este autor já afirmou (LEITE, 2006, p. 69), a dinâmica do pedido não é natural e espontânea, como pretende a lei. É porque existe uma fundamental diferença entre uma mera obrigação legal e o dever moral de prestar alimentos. Uma coisa são os avós ajudarem os netos movidos pela solidariedade familiar, pelo afeto e pelo amor que solidificam os laços familiares. Outra são os avós serem coagidos a pagar alimentos.

Por isso, com aguda sensibilidade, Maria Aracy Menezes da Costa (2004, p. 224-225) já levantava uma série de questões que permanecem sem resposta, quando a matéria é levada ao Poder Judiciário. Assim, pergunta a magistrada gaúcha:

Qual o caminho a ser tomado pelo julgador? Qual deles é o detentor da absoluta prioridade?¹⁶ [...] Quais as reais necessidades do neto? Até que ponto deve o avô ser sacrificado para beneficiar o neto? [...] Devem ser priorizados pura e simplesmente os interesses da criança/adolescente em detrimento dos interesses dos avós, adulto, maior ou idoso?

Os questionamentos invocados revelam a complexidade da matéria que não se resolve na simples leitura dos artigos do Código Civil, como se poderia imaginar, mas vai além da mera apreciação legal desaguando em outras searas do conhecimento que precisam ser consideradas sob risco de se cometer injustiça.

Como bem resgatado por Leonardo Beraldo (2017, p. 118),

[...] não se pode tornar muito fácil demandar contra os avós, uma vez que, em princípio, são pessoas idosas, com gastos mais elevados, que já criaram os seus filhos e que têm direito ao sossego. É claro que a existência do parentesco obriga-os a serem solidários no momento da necessidade, porém, não nos afigura correto que essa via possa ser facilitada ao extremo.

¹⁶ A autora faz alusão ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4.º) e igualmente do Estatuto do Idoso (art. 3.º), ambos a afirmarem a absoluta prioridade das crianças e dos idosos.

A posição da jurisprudência brasileira sempre se revelou cautelosa em relação à obrigação alimentar avoenga, em prova inequívoca de que a possibilidade prevista em lei só é admissível em situações excepcionais, reafirmando o princípio de que a obrigação é, primordialmente dos pais e que a suplementação dos avós é excepcional e transitória, de modo a não estimular a inércia ou a acomodação dos pais, sempre os primeiros responsáveis.

Da análise da doutrina nacional e da apreciação da postura dos Tribunais brasileiros é possível determinar as premissas básicas assumidas pelo direito brasileiro na admissão dos avós no polo passivo da dívida alimentar, assim:

- a obrigação alimentar recai, precipuamente, sobre os genitores, primeiros obrigados e só subsidiariamente obriga os ascendentes mais próximos (avós);
- a “falta” dos pais, a que se refere a lei (art. 1.696 do Código Civil) não tem sido interpretada pelos Tribunais de modo restritivo (morte ou ausência dos pais), mas de forma abrangente, assim: morte ou ausência, impossibilidade de cumprir a obrigação, incapacidade de exercício de atividade remunerada pelo pai, inadimplência do pai, durante meses, entre outros motivos;
- a má vontade dos genitores (ócio, negligência, preguiça) em assistir convenientemente os filhos não pode ser equiparada à “falta” prevista no texto legal;
- os avós só podem ser chamados depois de esgotados os procedimentos necessários ao acionamento de quem é o primeiro colocado na ordem do cumprimento da obrigação alimentar;
- a suplementação da verba alimentar pelos avós é excepcional e transitória;
- provada a incapacidade econômico-financeira dos pais, nada impede que aos avós reverta aquela obrigação, em caráter suplementar;
- a responsabilidade dos avós quanto aos alimentos é complementar e deve ser diluída entre todos eles – paternos e maternos, em grau de igualdade;
- a responsabilidade complementar dos avós depende da capacidade financeira apresentada por eles;
- não é o padrão de vida ostentado pelos avós que determina o *quantum* da dívida alimentar, mas sim, a efetiva necessidade do credor.

Estas e outras questões, que ainda estão aguardando uma posição firme, segura e, pois, unânime do Poder Judiciário, revelam o longo caminho que ainda resta trilhar, atendendo a justa expectativa dos que recorrem à Justiça na esperança de não só garantir a pura e simples aplicação da lei. Mas, sobretudo, a materialização do escopo maior que é sempre revelado pelo Justo.

REFERÊNCIAS

- BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no código civil**: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto 3.000, de 26 de março de 1999. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 1999.
- BRASIL. Lei 9.250, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 dez. 1995.
- BRASIL. Lei 10.402, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei 13.140, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006.
- BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 ago. 2010.
- BRASIL. Lei 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 abr. 2017.
- BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **Alimentos transitórios**: uma obrigação por tempo certo. Curitiba: Juruá, 2003.
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMPOS, Roberto D. **Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores**. Buenos Aires: Hamurabi, 2009.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. A obrigação alimentar dos avós. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DELGADO, Mário Luiz. Pensão alimentícia entre cônjuges é categoria em extinção. In: Consultor Jurídico (26 de julho de 2017). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/mario-delgado-pensao-alimenticia-entre-conjuges-extincao>>. Acesso em: 11 maio 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREIRE, Albino. **Profissão**: ex-mulher. Curitiba: JM, 2000.

GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificación económica de los alimentos**. Buenos Aires: Astrea, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da sociedade conjugal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O “quantum” da pensão alimentícia. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Estudos de direito de família e pareceres de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Os alimentos e o novo texto constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de família contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Prestação alimentícia dos avós: a tênue fronteira entre obrigação legal e dever moral. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: alimentos no novo código civil: aspectos polêmicos. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 53-90.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.) **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2014.

MÔNACO, Gustavo F. C. **Código civil interpretado**: comentários aos arts. 1.694 a 1.710. São Paulo: Manole, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil aplicado**: n.º 10: alimentos: critérios para sua fixação. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

TARTUCE, Flávio. Comentários aos arts. 189 a 285. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.) **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Manole, 2014.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no código civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/IOB, 2004.

ZULIANI, Enio Santarelli. Alimentos para filhos maiores. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: alimentos no novo código civil: aspectos polêmicos. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 91-121.

Submissão em: 18 de janeiro de 2022

Último Parecer favorável em: 23 de março de 2022

Como citar este artigo científico

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Pensão alimentícia: breves reflexões sobre questões polêmicas*. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 61-89, jan.-abr. 2022.

MANIFESTO PER LA SATIRA E PER I COMICI: IN TEMA DI SKETCH POLITICAMENTE (S)CORRETTI

GIUSEPPE CASSANO¹

ASTRATTO

La satira, diritto soggettivo di rilevanza costituzionale, ha un fondamento complesso, individuabile nella sua natura di creazione dello spirito, nella sua dimensione relazionale, nella sua funzione di controllo esercitato con ironia e sarcasmo nei confronti dei poteri di qualunque natura. Si esprime in forma scritta, orale o figurata, la satira costituisce una critica corrosiva e spesso impietosa, basata su una rappresentazione che enfatizza e deforma la realtà per provocare il riso. Per quanto incompatibile con il parametro della verità, la satira non può mai tradursi in mero dileggio, disprezzo, distruzione della dignità, attacco ad personam. Il recente monologo del duo comico Pio ed Amedeo, in tema di politically correct, riapre questioni mai sopite.

ABSTRACT

The right of satire has a constitutional relevance and a complex foundation, consisting of being a creation of the spirit, of its relational dimension and its control function, carried out with irony and sarcasm towards the powers of any nature. Expressed in writing or through an oral or figurative form, satire constitutes a corrosive and often merciless criticism, based on a representation that emphasizes and deforms reality to provoke laughter. Although incompatible with the parameter of truth applied in libel and defamation cases, satire can never turn itself into a mere derision, contempt or destruction of the dignity of the person. The recent monologue by the comic duo Pio and Amedeo, on the “politically correctness” subject matter, reopens issues that have never been dormant.

¹ Dottorato in Diritto Privato Università di Pisa. Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche della European School of Economics. Professore della Università Luiss Guido Carli. *e-mail*: gcassano@tiscali.it

1 UN CASO DI STUDIO. “FELICISSIMA SERA”, MA IL RISVEGLIO È A SUON DI CRITICHE...

Nel corso della primavera del 2021, una fortunata trasmissione televisiva di successo, condotta da un duo comico, ha riportato alla ribalta la questione mai sopita dei limiti della libertà di satira².

Da un lato il *politically correct* oggi di estrema attualità che, declinandosi nei termini del riconoscimento e del rispetto di tutte le minoranze impone un linguaggio sempre rispettoso nei confronti di queste³, e dall'altro la volontà di rompere gli schemi e di poter parlare senza censure di ogni argomento, con sorriso e ironia, sfatando i luoghi comuni.

Le espressioni di Pio e Amedeo, spaziando dai meridionali (un tempo etichettati come “terroni” salvo a sottolineare che oggi si tratta di un termine “figo”) alle persone di colore (dove una “g” fa la differenza tra “neri” e “negri”), dagli ebrei (qualificati tirchi come i genovesi) agli omosessuali (che sempre sensibili non sono, vedi il mancato passaggio da parte di Cecchi Paone che li abbandona sotto la pioggia) sono pesanti come macigni che agitano le acque creando onde anomale.

E le reazioni non si sono fatte attendere: a fronte di alcuni che hanno difeso il duo comico e il loro intervento⁴, in molti sono intervenuti con critiche anche piuttosto accese⁵.

² Ci si riferisce all'intervento del duo comico Pio e Amedeo, a conclusione della loro fortunata esperienza televisiva in prima serata. Satira che non sarebbe passata inosservata, e lo si è intuito da subito, mentre i due comici parlavano cercando l'uno la spalla dell'altro per addentrarsi in un campo minato. Il pezzo incriminato, *L'ironia salverà il mondo, il monologo di Pio e Amedeo*, è visibile su <https://www.mediasetplay.mediaset.it/video/felicissimasera/lironia-salvera-il-mondo-il-monologo-di-pio-e-amedeo_F310388401003C23>.

³ Nel senso di “corrette” forme di comunicazione” espressamente Cass. civ., sez. lav., 5 luglio 2002, n. 9743. Sulle ricadute nel mondo della Rete, cfr. Cassano (2005).

⁴ Da ultimo il giornalista Enrico Mentana, sul suo profilo Facebook (consultato il 21 maggio 2021) si è così espresso “In questo Paese c'è la libertà di parola. Non esiste che si metta alla gogna chi ha un parere diverso, e allo stesso modo è inconcepibile che si sottoponga alla gogna mediatica, o peggio si proponga l'ostracismo per chi fa satira sui temi sensibili. Sei anni fa eravamo tutti Charlie: ma non esiste che si difenda chi fa satira sui simboli religiosi e si attacchi chi la fa sulle scelte di genere. La libertà è una sola, permette di prendere in giro i leghisti e gli ebrei, i gay e i magistrati, i machisti e i navigator, i giornalisti e le femministe, e così via, nessuno escluso. [...] La libertà è precisamente questa, piaccia o no. Si legge nell'articolo 21 della costituzione, che ribaltò le proibizioni del fascismo (da non dimenticare mai): ‘Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione’. Sante parole”.

A difesa di Pio e Amedeo si schiera, tra gli altri, il vignettista Vauro Senesi secondo cui: “Nel linguaggio satirico che può essere vicino a quello comico il politicamente scorretto è un ingrediente essenziale, il portare certi luoghi comuni fino al loro paradosso è uno dei meccanismi della satira” su <<https://www.ilgiornale.it/news/cronache/vauro-difende-pio-e-amedeo-polemica-ipocrita-satira-1944271.html>>.

⁵ “Nell'ultima puntata della trasmissione ‘Felicissima sera’ su Canale 5, Pio e Amedeo ‘scherzano’ su ebrei, neri, omosessuali. Vorrebbero sdoganare un linguaggio pieno di pregiudizi svelando

Di là dalle adesioni, o meno, alle opinioni espresse sul palcoscenico di Canale 5 resta certamente un dato evidente a tutti: l'assenza nel discorso di intenti offensivi, o denigratori, o razziali.

Al contrario alla base vi è proprio l'intenzione di superare tali disvalori ridicolizzando chi li alimenta condividendoli.

Le parole del duo foggiano sono connotate da ironia, sarcasmo ed enfasi nei toni mirando a sollecitare l'attenzione del pubblico su notizie di rilevanza sociale suscitandone il sorriso mediante battute scherzose volte a creare contesti paradossali.

Ferma naturalmente la libertà di ognuno di condividere, come di criticare, le opinioni espresse – anche avuto riguardo ai tempi e ai modi scelti – da Pio e Amedeo, il guanto di sfida è ormai lanciato, e il tema è di particolare rilievo.

Quali sono i reali limiti cui va incontro la satira? Ci sono argomenti tabù su cui non si deve parlare? O agli artisti deve essere assicurata piena libertà di esprimersi? ⁶.

l'ipocrisia della maggioranza che censura le parole e non si occuperebbe dei fatti. In realtà, le parole sono già fatti. Le parole e il linguaggio sono pietre, che creano cultura, o meglio subcultura, e ripetute all'infinito diventano senso comune": queste le dichiarazioni di Milena Santerini, coordinatrice nazionale per la lotta contro l'antisemitismo, riportate su <https://www.ansa.it/sito/notizie/cultura/tv/2021/05/02/bufera-su-pio-e-amedeo.-comunita-ebraica-roma-da-loro-troppa-superficialita_e2096080-d5cd-48e3-a5f2-1f7555c16e47.html>.

"Nel duetto di Pio e Amedeo abbiamo assistito a un pessimo esempio di comicità. Pensano di farci ridere sdoganando le parole Negro, Ebreo Avaro e Ricchione, ma ci riportano all'Italia degli anni '30. Farò una interrogazione parlamentare al Governo, e mi aspetto che il Presidente del Consiglio Mario Draghi, così ferrato sui temi economici e sui temi della ripartenza si renda conto che una ripartenza senza tutti non è una ripartenza. Quindi, mi aspetto che parli anche e finalmente dei diritti delle persone LGBT+, perché non esiste un'Italia del domani se non siamo tutti in corsa per il domani": questo l'intervento del Senatore Tommaso Cerno su <<https://www.iltipo.it/politica/2021/05/03/news/pio-amedeo-polemica-duetto-politically-correct-mediaset-salvini-meloni-felicissima-sera-27096373/>>.

"Penso che abbiano voluto affrontare un tema importante con eccessiva superficialità dicendo che basta ridere in faccia a chi ti insulta. Non basta perché le parole sono il preludio della violenza": così Ruth Dureghello, Comunità Ebraica di Roma su <https://www.repubblica.it/spettacoli/tv-radio/2021/05/01/news/bufera_su_pio_e_amedeo_per_le_frase_su_omosessuali_ebrei_neri_il_web_e_la_politica_insorgono-298960541/>.

"Le parole accompagnano l'evoluzione dell'umanità, ne nascono di nuove, ne muoiono di vecchie, sopravvivono quelle che continuano a raccontare il reale, quelle che ci camminano accanto. "Frocio", "Ricchione", "Negro" raccontano periodi bui della storia antica e recente, pregiudizi, denigrazioni, discriminazioni. In quelle parole, cari Pio e Amedeo, ci sono esattamente le cattive intenzioni di cui parlate. Affermare, inoltre, che "ohi negro andiamoci a fare una pizza" detto a un amico è una frase innocua, è una scemenza colossale. Certo che è innocua. Con gli amici i confini della confidenza sono altri, si decidono insieme, sono allineati. Il linguaggio familiare e colloquiale si avvale di un registro unico e concordato, spesso scorretto, che non è replicabile altrove" (Selvaggia Lucarelli, Perché Pio e Amedeo non sono neppure un'unghia di Checco Zalone, su <<https://www.tpi.it/spettacoli/pio-amedeo-non-sono-unghia-checco-zalone-20210504780436/>>).

⁶ All'interno delle società democratiche deve riconoscersi alla stampa, e ai *mass media* tutti, il ruolo di fori privilegiati per la divulgazione e per il dibattito in genere su materie di pubblico interesse. Per tali ragioni, per costante giurisprudenza dei Giudici di legittimità nazionale, nonché della CEDU, si afferma che maggiore è il rilievo per la collettività delle condotte oggetto

2 LA LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

È opinione largamente diffusa quella secondo cui il diritto riconosciuto dall'art. 21 Cost. costituisce ed integra una causa di giustificazione che scrimina il comportamento del soggetto cui le dichiarazioni lesive sono attribuite nella misura in cui tale condotta costituisca corretto esercizio del diritto di manifestazione del pensiero (FILIPPO, 2018, p. 9)⁷.

È altresì noto che l'estrinsecazione del pensiero che si realizza attraverso l'attività giornalistica trova il proprio fondamento proprio nell'art. 21 Cost. e svolge la funzione di offrire informazioni, notizie, fatti e vicende, eventualmente con l'aggiunta di valutazioni soggettive e la prospettazione di tesi interpretative dei dati del reale offerti in cognizione ai lettori.

La libertà di manifestazione del pensiero garantita dalla citata norma costituzionale, così come dall'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni, o idee, o critiche su temi d'interesse pubblico, dunque, soprattutto, sui modi d'esercizio del potere, qualunque esso sia, senza ingerenza da parte delle Autorità pubbliche⁸.

delle notizie pubblicate, tanto più grande è l'imprescindibilità del dibattito collettivo e tanto più elevata la soglia dell'eventuale ingerenza (anche) nella vita privata del soggetto e l'asprezza della critica e della satira ammissibili (Cass. pen., sez. V, 1 febbraio 2011, n. 3674). Si veda nell'esperienza USA la nota sentenza resa dalla Supreme Court (485 U.S. 46; 108 S.Ct. 876; 99 L.Ed.2d 41) *Hustler Magazine and Larry C. Flynt, Petitioners v. Jerry Falwell* (No. 86-1278) - Argued Dec. 2, 1987; Decided Feb. 24, 1988 - secondo cui: "We conclude that public figures and public officials may not recover for the tort of intentional infliction of emotional distress by reason of publications such as the one here at issue without showing in addition that the publication contains a false statement of fact which was made with "actual malice," i.e., with knowledge that the statement was false or with reckless disregard as to whether or not it was true. This is not merely a 'blind application' of the New York Times standard, see *Time, Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374, 390, 87 S. Ct. 534, 543, 17 L.Ed.2d 456 (1967), it reflects our considered judgment that such a standard is necessary to give adequate 'breathing space' to the freedoms protected by the First Amendment". Si rimanda a Cassano (2021, p. 215 ss.) in cui si richiama la *United States Court of Appeals For the Second Circuit* (Decision Date: July 9, 2019) secondo cui "*In resolving this appeal, we remind the litigants and the public that if the First Amendment means anything, it means that the best response to disfavored speech on matters of public concern is more speech, not less*".

⁷ Tale disposizione costituzionale "costituisce un pilastro dello stato democratico e della effettiva possibilità per il popolo di esercitare la propria sovranità essendo stato correttamente informato ed avendo potuto conoscere l'opinione degli esperti in relazione ad ogni settore di rilevante interesse sociale o pubblico" (Trib. Roma, 18 agosto 2020).

⁸ "La libertà di manifestazione del pensiero costituisce – prima ancora che un diritto proclamato dalla CEDU – un diritto fondamentale riconosciuto come 'coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione' (sentenza n. 11 del 1968), 'pietra angolare dell'ordine democratico' (sentenza n. 84 del 1969), 'cardine di democrazia nell'ordinamento generale' (sentenza n. 126 del 1985 e, di recente, sentenza n. 206 del 2019). Né è senza significato che, nella prima sentenza della sua storia, la Corte costituzionale – in risposta a ben trenta ordinanze sollevate da giudici comuni – abbia dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge proprio in ragione del suo contrasto con l'art. 21 Cost. (sentenza n. 1 del 1956)" (Corte cost., Ord., 26 giugno 2020, n. 132).

La natura di diritto individuale di libertà ne consente, in campo penale, l'evocazione per il tramite dell'art. 51 c.p. (come causa di giustificazione), e non v'è dubbio che esso costituisca diritto fondamentale in quanto presupposto fondante la democrazia e condizione dell'esercizio di altre libertà (Cass. pen., sez. V, 19 giugno 2008, n. 25138).

3 LA SATIRA E LA SUA COPERTURA COSTITUZIONALE

La satira, notoriamente, è quella manifestazione del pensiero (talora di altissimo livello) che nei tempi si è addossata il compito di *castigare ridendo mores*⁹: ovvero, di indicare alla pubblica opinione aspetti criticabili o esecrabili di persone, al fine di ottenere, mediante il riso suscitato, un esito finale di carattere etico, correttivo cioè verso il bene (Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2006, n. 9246)¹⁰.

La satira, proprio per la sua essenziale componente artistica, non può obbedire ad alcun canone di razionalità espressiva, né essere commisurata a parametri astratti di adeguatezza; anzi la sua razionalità sta spesso nell'essere condotta con moduli fittizi e irrazionali e di essere scandita su sequenze di elementi finti o esagerati, al dichiarato scopo di irridere del personaggio e della vicenda (WEISS, 1994, p. 192).

Le connotazioni che la giurisprudenza (Trib. Torino, sez. IV, 5 agosto 2019, n. 3853; Cass. civ., sez. VI – 3, ord. 17 settembre 2013, n. 21235; Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1753) attribuisce al diritto di satira sulla base dei principi generali ormai consolidati sono le seguenti:

1. la satira è configurabile come diritto soggettivo di rilevanza costituzionale e, come tale, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost., che tutela la libertà dei messaggi del pensiero¹¹;

⁹ Invero, “la satira è un genere letterario ed artistico che si caratterizza per l'attenzione critica alla politica ed alla società mostrandone le contraddizioni e promuovendone il cambiamento. Oggetto privilegiato della satira sono personaggi della vita pubblica che occupano posizioni di potere. Essa condivide aspetti comici, sarcastici, ironici e paradossali ma sottende un contenuto etico” (Trib. Siena, 18 luglio 2012).

¹⁰ Secondo Cass. pen., sez. V, 20 ottobre 1998, n. 13563 la satira è anche “espressione artistica” in quanto opera una rappresentazione intuitivamente simbolica che, in particolare con la vignetta, si propone quale metafora caricaturale. Si vedano in dottrina: BOGGERO (2020, p. 69); BONOMO (2018, p. 21-25); CARINCI; INGRAO (2018, p. 388-395); CITARELLA (2018, p. 1.185-1.192); CASSANO (2000, p. 503-530).

¹¹ La satira, peraltro, quale espressione artistica trova aggancio costituzionale anche nell'art. 33 secondo cui, come noto, l'arte e la scienza sono libere (v. Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 2013, n. 5065). In Cass. civ., sez. III, 29 maggio 1996, n. 4993 si precisa che la satira trova “garanzia” negli artt. 9, 21 e 33 della Costituzione.

2. il diritto di satira ha un fondamento complesso, individuabile nella sua natura di creazione dello spirito, nella sua dimensione relazionale, ossia di messaggio sociale, nella sua funzione di controllo esercitato con l'ironia ed il sarcasmo nei confronti dei poteri di qualunque natura;
3. comunque si esprima e, cioè, in forma scritta, orale, figurata, la satira costituisce una critica corrosiva e spesso impietosa, basata su una rappresentazione che enfatizza e deforma la realtà per provocare il riso;
4. la peculiarità della satira, che si esprime con il paradosso e la metafora surreale, la sottrae al parametro della verità e la rende eterogenea rispetto alla cronaca. A differenza di questa che, avendo la finalità di fornire informazioni su fatti e persone, è soggetta al vaglio del riscontro storico, la satira assume i connotati dell'inverosimiglianza e dell'iperbole;
5. la satira, in sostanza, è riproduzione ironica e non cronaca di un fatto¹². Essa esprime un giudizio che necessariamente assume connotazioni soggettive ed opinabili, sottraendosi ad una dimostrazione di veridicità;
6. incompatibile con il parametro della verità, la satira è, comunque, soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni adoperate rispetto allo scopo di denuncia sociale perseguito. In altre parole, il linguaggio essenzialmente simbolico e frequentemente paradossale della satira è svincolato da forme convenzionali, ma, al tempo stesso, l'utilizzo di espressioni di qualsiasi tipo, anche lesive della reputazione altrui deve essere strumentalmente collegato alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'opinione o comportamento preso di mira e non deve risolversi in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato.

4 LA QUESTIONE DEI LIMITI ALLA LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO

L'ordinamento giuridico intende preservare, e tutelare, l'interesse di chi esprime liberamente il proprio pensiero¹³ cui si contrappone, a tutta evidenza,

¹² Essa è "riproduzione ironica e non cronaca di un fatto; essa esprime un giudizio che necessariamente assume connotazioni soggettive ed opinabili, sottraendosi ad una dimostrazione di veridicità" (Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23314). Si è peraltro sottolineato che "anche la satira può presentare un contenuto composito e fungere da veicolo di informazione; in tal caso anch'essa non si sottrae ad un controllo sulla verità del fatto dichiarato" (FRANZONI, 2011, 813).

¹³ Quanto ai limiti che il Magistrato incontra al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, di recente, le Sezioni Unite hanno osservato: "certamente il magistrato – come ogni altro cittadino – ha pieno diritto di esprimere il proprio pensiero 'con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione', ai sensi dell'art. 21 Cost. E tuttavia, è del pari indubitabile

l'interesse di colui che per effetto di quella manifestazione di libertà può essere leso nell'onore e nella propria reputazione (Trib. Milano, sez. I, 4 giugno 2019).

A dirimere il conflitto l'ordinamento ha previsto, nella parte generale del codice penale, la scriminante dell'esercizio di un diritto di cui al già citato art. 51 c.p. che, nella materia dei delitti contro l'onore, si estrinseca nelle note facoltà di cronaca, di critica e di satira.

In quest'ottica di bilanciamento di interessi, particolarmente ricco è stato lo sviluppo giurisprudenziale riguardante la casistica del diritto di cronaca con il mezzo della stampa che ha trovato la sua massima espressione nella sentenza della Cassazione civile del 10 ottobre 1984 definita quale "decalogo del buon giornalista"¹⁴.

In essa ben emergono quelle che, secondo i giudici della Suprema Corte, devono essere le condizioni necessarie al legittimo esercizio di tale diritto: il requisito della pertinenza, ossia l'interesse dei fatti narrati per l'opinione pubblica, quello della verità dei fatti esposti (oggettiva, o quanto meno putativa e frutto di un serio lavoro di ricerca), e il principio della continenza, vale a dire l'utilizzo di una corretta forma espositiva.

Più in particolare, secondo la giurisprudenza di legittimità, ormai costante, che si è occupata di controversie relative alla presunta lesione della reputazione cagionata nel corso di inchieste giornalistiche, allorquando il contenuto di quanto riportato dal giornalista-scrittore è confermato da atti del procedimento giudiziario, la condotta risulta pacificamente scriminata dal diritto di cronaca,

che il particolare status rivestito dal magistrato, nell'ordinamento costituzionale, esige che siffatta libertà di espressione sia soggetta ad uno specifico limite, costituito dal rispetto dei valori dell'imparzialità e dell'indipendenza che trovano espressione nell'art. 101 Cost., laddove dispone che 'I giudici sono soggetti soltanto alla legge'. In tal senso, si è espressa da tempo la Corte Costituzionale, laddove ha affermato che i magistrati godono degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino, e quindi anche della libertà di manifestazione del pensiero. Nondimeno, i valori costituzionali dell'imparzialità e dell'indipendenza dei magistrati vanno tutelati anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento. Ne discende che la libertà di manifestazione del pensiero deve essere bilanciata con l'esigenza di tutelare, in funzione dell'imparzialità e dell'indipendenza, la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione, in modo da assicurare il prestigio dell'intero ordine, vale a dire la fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria, risultando vietato soltanto l'esercizio anomalo di quella libertà e cioè l'abuso, che si verifica ove siano lesi gli altri valori sopra menzionati (Corte Cost., sent., n. 100 del 1981)" (Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2020, n. 22373).

¹⁴ "È questo il c.d. 'decalogo' fissato per la prima volta, per l'esercizio della libertà di stampa, dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 5259/84, e divenuto – se pur con qualche oscillazione terminologica – ius receptum anche nella giurisprudenza delle corti di merito. In presenza di tali condizioni, il diritto di cronaca (o di critica), riconducibile al diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., prevale sui diritti della personalità (onore, reputazione, immagine) ascrivibili al 'catalogo aperto' dell'art. 2 della Carta Fondamentale, impedendo il configurarsi della fattispecie ex art. 595 c.p., nonché – sul versante civilistico – della fattispecie risarcitoria di cui all'art. 2043 (e 2059) c.c. (in tal senso, v. Cass., n. 15022/00; n. 6877/00; n. 747/00; n. 7747/97; n. 6041/97; n. 8284/96; n. 982/96; App. Napoli, 10.2.1998; Trib. Roma, 12.7.1999; Trib. Torino, 21.4.1998; Trib. Roma, 18.6.1997; 19.4.1997; 8.7.1996; 28.9.1993)" (Trib. Rimini, sez. unica, 29 ottobre 2019). Si rimanda a Cassano (1999).

considerandosi così rispettato – tra gli altri – il requisito della verità dei fatti narrati¹⁵.

A sua volta, il diritto di critica, che può anche non essere obbiettivo, deve tuttavia sempre corrispondere all'interesse sociale alla comunicazione nei limiti della continenza e correttezza del linguaggio.

Allo stesso modo, il diritto di satira, che mira all'ironia sino al sarcasmo e comunque all'irrisione di chi esercita un pubblico potere, è tutelato purché attraverso la metafora, pure paradossale, sia comunque riconoscibile, se non un fatto o un comportamento storico, l'opinione almeno presunta della persona pubblica, secondo le sue convinzioni altrimenti espresse, che per sé devono essere di interesse sociale¹⁶.

Pertanto, può offrirne la rappresentazione surreale, purché rilevante in relazione alla notorietà della persona, assumendone contenuti che sfuggono all'analisi convenzionale ed alla stessa realtà degli accadimenti, ma non astrarsene sino a fare attribuzioni non vere.

Sul piano della continenza, al pari di ogni altra manifestazione del pensiero, il diritto di satira non può superare il rispetto dei valori fondamentali, esponendo la persona, oltre al ludibrio della sua immagine pubblica, al disprezzo (Cass. pen., sez. V, ord., 31 marzo 2008, n. 13563; Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2013, n. 37706).

In particolare, il limite della continenza deve ritenersi superato quando le espressioni adottate risultino pretestuosamente denigratorie e sovrabbondanti rispetto al fine perseguito nell'espressione della libertà di pensiero (Cass. pen., sez. V, 20 maggio 2005, n. 19381).

¹⁵ La giurisprudenza (Cass. pen., sez. V, 2 marzo 1999, n. 2842) ha affermato che la verità della notizia mutuata da un provvedimento giudiziario sussiste ogni qualvolta essa sia fedele al contenuto del provvedimento stesso, senza alterazioni o travisamenti. Ai fini dell'esimente di cui all'art. 51 c.p., pertanto, è sufficiente che l'articolo pubblicato corrisponda al contenuto di atti e dei provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria, senza che sia richiesto al giornalista di dimostrare la verità obiettiva o la fondatezza delle decisioni e dei provvedimenti adottati in sede giudiziaria. Diversamente opinando, si imporrebbe al giornalista stesso il compimento di un'abnorme indagine parallela a quella degli organi giudiziari (v. anche conf. Cass. pen., sez. III, 13 settembre 2004, n. 36244; Cass. pen., sez. V, 16 novembre 2010, n. 43382). Sempre in tema di cronaca giudiziaria, va ricordato che la stessa va ritenuta lecita e correttamente esercitata quando si limita a diffondere la notizia di un provvedimento giudiziario in sé ovvero a riferire o commentare l'attività investigativa o giurisdizionale (Cass. pen., sez. I, 28 gennaio 2008, n. 7333; Cass. pen., sez. V, 11 marzo 2005, n. 15643; Trib. Milano, sez. I, 28 marzo 2018, n. 3578).

¹⁶ Il nostro Paese deve molto alla satira, quando ricondotta nei corretti binari che le assicurano copertura costituzionale. Si pensi a Striscia la notizia, trasmissione che espressamente si definisce e viene definita un 'Tg satirico', che nel corso degli anni ha progressivamente ampliato il suo impegno di cronaca e di denuncia, affrontando i più svariati temi di interesse pubblico. Le numerosissime inchieste svolte dagli inviati della trasmissione sono sempre state avviate prendendo spunto dalle migliaia di segnalazioni giunte alla redazione e, spesso, hanno portato all'intervento delle forze dell'ordine e della stessa Magistratura con l'istruzione di processi penali che hanno avuto vasta eco a livello nazionale per il peso sociale degli argomenti trattati.

Per quanto riguarda in particolare l'espressione di critica o satira politica, la giurisprudenza ha affermato che l'applicazione della scriminante, pur nell'ambito della polemica tra avversari di contrapposti schieramenti od orientamenti, di per sé improntata ad un maggior grado di virulenza, presuppone che la critica sia espressa con argomentazioni, opinioni, valutazioni, apprezzamenti che non degenerino in attacchi personali o in manifestazioni gratuitamente lesive dell'altrui reputazione, strumentalmente estese anche a terreni estranei allo specifico della contesa politica, e non ricorrano all'uso di espressioni linguistiche oggettivamente offensive ed estranee al metodo e allo stile di una civile contrapposizione di idee, oltre che non necessarie per la rappresentazione delle posizioni sostenute e non funzionali al pubblico interesse (Cass. pen., sez. I, 24 giugno 2005, n. 23805; Trib. Gorizia, 30 aprile 2019)¹⁷.

In conclusione, deve ritenersi sussistente l'esercizio del diritto di satira se il fatto addebitato a terzi risulti espresso in modo apertamente difforme dalla realtà, sì che possa apprezzarsene con immediatezza l'inverosimiglianza e il carattere iperbolico (Cass. civ., sez. III, ord., 29 marzo 2019, n. 8778; Cass. civ., sez. III, ord., 19 aprile 2018, n. 9650)¹⁸ e, al tempo stesso, "nessuna scriminante è possibile riconoscere allorché la satira diventa forma pura di dileggio, disprezzo, distribuzione della dignità della persona" (Cass. civ., sez. III, 24 marzo 2015, n. 5851).

5 CRITICA E SATIRA, QUALE IL CONFINE?

Le modalità espressive possono assumere una valenza diversa a seconda che la manifestazione del pensiero sia contenuta in un articolo di stampa o in un servizio televisivo, oppure in un'opera letteraria o cinematografica, o in un

¹⁷ La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che costituisce limite immanente al diritto di critica il rispetto della dignità altrui, non potendo lo stesso costituire mera occasione per gratuiti attacchi alla persona ed arbitrarie aggressioni al suo patrimonio morale, anche mediante l'utilizzo di *argumenta ad hominem* (Cass. pen., sez. V, 28 ottobre 2010, n. 4938 Rv. 249239), di modo che non costituisce esercizio del diritto di critica politica, con effetto scriminante della condotta lesiva dell'altrui reputazione, l'espressione che ecceda il limite della continenza, consistendo non già in un dissenso motivato espresso in termini misurati e necessari, bensì in un attacco personale lesivo della dignità morale ed intellettuale della persona che, anche nel contesto di vivace polemica di un confronto politico, resta penalmente rilevante (Cass. pen., sez. V, 4 marzo 2009, n. 31096 Rv. 244811; Cass. pen., sez. V, 1 dicembre 2010, n. 8824 Rv. 250218; Cass. pen., sez. V, 15 febbraio 2021, n. 5926. Si vedano anche: Cass. civ., sez. VI - 3, ord., 17 settembre 2013, n. 21235 cit.; Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2008, n. 28411).

¹⁸ Conseguentemente, deve ritenersi incensurabile in sede di legittimità la valutazione del Giudice del merito condotta sul legittimo esercizio del diritto di satira, là dove il Giudice individui, nelle manifestazioni satiriche contestate, il ricorso di una relativa adeguata contestualizzazione e la riconoscibilità dell'intento di esasperazione grottesca e iperbolica della figura e della condotta della persona attinta dalla satira (Cass. civ., sez. VI - 3, ord., 11 dicembre 2019, n. 32380).

pezzo di satira, ovvero se la critica sia esercitata nell'ambito di un rapporto contrattuale di collaborazione e fiducia (si pensi al rapporto che lega lavoratore e datore di lavoro) (Cass. civ. sez. lav., 2 dicembre 2019, n. 31395).

In ogni caso, come anticipato, il diritto di satira (al pari di quello di cronaca e critica) non si sottrae al limite della c.d. continenza formale (Cass. civ., sez. III, 7 novembre 2000, n. 14485; Cass. civ. sez. lav., 24 maggio 2001, n. 7091), ossia non può essere sganciato da ogni limite di forma espositiva.

Ciò in quanto in presenza di due interessi collidenti, e cioè l'interesse della persona oggetto della satira costituzionalmente garantito dall'art. 2 Cost. sulla tutela della persona umana nel suo essere e nel suo manifestarsi – e l'interesse contrapposto di chi ne sia l'autore anch'esso costituzionalmente garantito dall'art. 21 Cost. sulla libertà di manifestazione del pensiero – occorre trovare un punto di equilibrio che va individuato nel limite in cui il secondo interesse, e quindi anche il diritto di satira, non rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione e al decoro di chi ne è oggetto.

L'esistenza del pregiudizio deve così essere verificata alla luce, e nel contesto, del linguaggio usato dalla satira, il quale, essendo inteso, con accento caricaturale, alla dissacrazione e allo smascheramento di errori e vizi di uno o più persone, è essenzialmente simbolico e paradossale.

È così opportuno soffermarsi a chiarire il confine esistente tra il diritto di critica e il diritto di satira.

Ancorché sia vero che i due diritti siano entrambi espressione della libertà di pensiero e che la satira sia una manifestazione del diritto di critica, il diritto di satira si connota, rispetto alla critica, per alcune caratteristiche proprie, quali lo stile linguistico adoperato e lo scopo perseguito.

In particolare, mentre la critica si risolve nell'espressione di giudizi, opinioni, valutazioni, la satira costituisce ricorso al paradosso e alla metafora surreale con scopo di denuncia sociale. Proprio in ragione di tali sue peculiarità la critica satirica è tipicamente riservata a canali a ciò destinati o a personaggi che sono dediti a tali forme di manifestazione del pensiero (Trib. Milano, sez. I, 27 gennaio 2021).

Ed allora, pur appalesandosi alla stregua di una critica che esprime un giudizio pregno di connotazioni soggettive e opinabili, e sottraendosi ad una dimostrazione di veridicità, tuttavia la satira deve ritenersi in ogni caso soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni adoperate rispetto allo scopo di denuncia sociale perseguito (Trib. Cassino, 9 settembre 2019).

Se dunque la plateale inverosimiglianza dei fatti espressi in forma satirica porta, in genere, ad escludere la loro capacità di offendere la reputazione (che

viene, invece, più facilmente colpita dall'apparente ed implicita attendibilità dei fatti riferiti in un contesto enunciativo), tuttavia neppure la satira può esorbitare dalla continenza, ossia dai limiti della correttezza formale che le sono imposti, nel caso di attribuzione di qualità apertamente disonorevoli, di riferimenti volgari e infamanti e di deformazioni tali da suscitare il disprezzo e il dileggio.

Il limite è quello della tutela della persona umana richiesto dall'art. 2 Cost. che impone, anche a fronte dell'esercizio del diritto di critica e di satira, l'adozione di forme espositive seppur incisive e ironiche che evitino di evocare attacchi personali mascherati o secondi fini indegni¹⁹.

6 IN PARTICOLARE, IL LIMITE DELLA CONTINENZA

La continenza, come anticipato, consiste nella correttezza formale (ossia, nella mancanza di espressioni denigratorie) e sostanziale (ossia nella non eccedenza dei limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse) del messaggio che non deve veicolare un'informazione che possa assumere carattere lesivo dell'immagine del soggetto di cui si tratta (App. Milano, sez. II, 20 gennaio 2021, n. 170).

La Corte di Cassazione ha chiarito che il limite della continenza può ritenersi superato qualora le espressioni utilizzate "trasmodino nella gratuita aggressione" (Cass. pen., sez. V, 9 maggio 2019, n. 19960) ovvero "in attribuzioni di condotte illecite o moralmente disonorevoli" (Cass. pen., sez. V, 22 luglio 2019, n. 32862).

Si noti che questa seconda pronuncia riguardava il caso della satira, rispetto al quale il limite della continenza è interpretato più estensivamente.

L'esimente del diritto di critica nella forma satirica – ha osservato la Suprema Corte – può ritenersi sussistente quando l'autore presenti in un contesto di leale inverosimiglianza, di sincera non veridicità finalizzata alla

¹⁹ Provando a guardare la biografia dei due comici, occorre sicuramente dire che la satira utilizzata – e volutamente becera e cafona a volte – non è mai strumento dietro cui nascondersi e per favorire l'attacco *ad personam*. I due, infatti, ad esempio, proprio per documentare pur nel loro stile, le violazioni dei diritti umani nei confronti degli omosessuali, hanno rischiato il carcere in prima persona in una puntata girata interamente in Russia <https://www.iene.mediaset.it/video/pio-e-amedeo-3-meridionali-alle-olimpiadi_67436.shtml>. Altresì, in altre occasioni, il duo, in particolare Amedeo, ha 'sdoganato' un difetto fisico del fratello, in altra trasmissione televisiva <<https://www.political24.it/2021/04/30/amedeo-grieco-il-fratello-labbiamo-gia-visto-in-tv-ricordate-in-quale-famoso-programma/>>, rilevandosi l'occasione perfetta per spiegare come mai il giovane fratello sia ancora disoccupato: "Al Sud fanno così, tutti dovrebbero assumere i ragazzi con disabilità però preferiscono assumere quelli con una disabilità inferiore così pagano la multa e raggirano le leggi dello Stato e quindi Gabriele mi è disoccupato".

critica e alla dissacrazione delle persone di alto rilievo, una situazione e un personaggio trasparentemente inesistenti, senza proporsi alcuna funzione informativa e non quando si diano informazioni che, ancorché presentate in veste ironica e scherzosa, si rivelino false, generalizzanti o, comunque, inconferenti e siano, pertanto, tali da non escludere la rilevanza penale (Cass. pen., sez. V, 15 dicembre 2016, n. 4695).

Il lessico utilizzato assume poi un peso rilevante: ai fini del riconoscimento dell'esimente prevista dall'art. 51 c.p., qualora l'esternazione rappresenti una critica formulata con modalità proprie della satira, il Giudice, nell'apprezzare il requisito della continenza, deve tener conto del linguaggio essenzialmente simbolico e paradossale dello scritto satirico, rispetto al quale non si può applicare il metro consueto di correttezza dell'espressione, restando, comunque, fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali (Cass. pen., sez. V, 23 maggio 2013, n. 37706).

Si afferma così, in punto di diritto, il principio per cui in materia di diffamazione a mezzo stampa, se può affermarsi, in termini generali, che l'aperta inverosimiglianza dei fatti espressi in forma satirica esclude la loro capacità di offendere la reputazione e che la satira è incompatibile con il metro della verità, nondimeno essa non si sottrae al limite della continenza, poiché comunque rappresenta una forma di critica caratterizzata da particolari mezzi espressivi (Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 2128).

Le espressioni usate non devono mirare, pertanto, ad attaccare la persona o l'ente ma eventualmente la sua condotta o le idee espresse, incontrando anche tale limite insuperabile l'esercizio del diritto di critica, certamente di portata più ampia del diritto di cronaca.

È principio consolidato della giurisprudenza quello secondo cui al fine di accertare il carattere diffamatorio di un articolo il Giudice di merito non debba procedere ad una lettura atomistica della pubblicazione: quest'ultimo dovrà valutare "la portata offensiva non solo delle singole espressioni in esso contenute, ma dell'intero contesto" (Cass. civ., sez. III, 25 luglio 2000, n. 9746) e considerare non solamente il testo dello scritto, bensì anche "tutti gli ulteriori elementi – come ad esempio i titoli, l'occhiello, le fotografie, gli accostamenti, le figure retoriche – che formano il contesto della comunicazione e che possono arricchirla di significati ulteriori, anch'essi lesivi dell'altrui onore o reputazione" (Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2015, n. 17198).

Intendendo verificare l'applicazione pratica dei principi generali fin qui esposti, si ritiene utile riportare un paio di interessanti vicende che hanno visto l'intervento della Suprema Corte a suggellare il rispetto, nei singoli casi concreti,

dei limiti al diritto di satira. Una vicenda è inerente ad un aspro scontro tra condomino ed amministratore di condominio, e l'altra attiene alla cattiva conservazione degli alimenti e al conseguente possibile diffondersi di malattie²⁰.

Primocaso: un condomino rappresenta a qualcuno i volantini dell'amministratore, in conseguenza dei suoi errori in tema di detrazioni fiscali, come "Pinocchio" e invoca a sua scriminante l'esercizio del diritto di critica nelle forme della satira.

I Giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che l'immagine di Pinocchio era inquadrabile "nel diritto di satira, che la giurisprudenza ha individuato e collocato nell'ambito della scriminante dell'esercizio di un diritto, ex art. 21 Cost., e art. 51 c.p., fermi restando i limiti dell'inutile e gratuito disprezzo personale, che di regola caratterizza il diritto di critica" (Cass. pen., sez. V, 5 ottobre 2016, n. 41785).

Nel caso concreto l'uso della figura di Pinocchio, personaggio della cultura letteraria universale, noto per le sue bugie – invero tanto grandi da risultare innocue per tutti se non per lo stesso autore – non è stato ritenuto in sé dispregiativo, né la vignetta è stata ritenuta caratterizzata da tratti volgari.

Nel contesto comunicativo tra le parti (amministratore e condomino) il suo riconoscibile significato simbolico negativo è stato ritenuto, dai Giudici della Suprema Corte, riferito all'inaffidabilità dimostrata dall'amministratore quanto ad una specifica questione fiscale e non già rivolto al discredito gratuito della sua persona.

Non solo. La Cassazione ha anche posto l'accento sul fatto che le espressioni in tesi ritenute ingiuriose e diffamatorie erano in realtà fondate su una situazione di fatto rispondente a verità e che, peraltro, rivestiva un oggettivo interesse per i condomini avendo l'amministratore ipotizzato, in favore di questi, irrealizzabili (perché infondate) detrazioni fiscali (in riferimento alle spese sostenute per il parcheggio condominiale).

Secondo caso: la vicenda al vaglio della Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, ord. 22 novembre 2018, n. 30193) ha ad oggetto la presunta diffamazione che sarebbe stata commessa attraverso una trasmissione televisiva satirica nel corso della quale era stato evidenziato il collegamento fra il morbo della mucca pazza e l'ingente quantitativo di carne avariata rinvenuta dentro i capannoni della società oggetto dell'intervento satirico; fatto che era poi stato oggetto di un'inchiesta giudiziaria.

²⁰ Si veda anche Trib. Pen. Latina, 24 ottobre 2006, in *Riv. pen.*, 2007, 785 secondo "non costituisce vilipendio alla religione ma esercizio del diritto di libera manifestazione del pensiero nella forma della satira, la pubblicazione on-line di vignette e giochi elettronici che, pur prendendo di mira simboli e persone rappresentative della religione cattolica, critichi, attraverso la satira anche grossolana e volgare, la posizione della Chiesa-istituzione nei confronti della omosessualità e della sessualità". Sul punto Napoli, 2016, p. 677 [ed ora in stampa la seconda edizione].

In tale vicenda si è ritenuta, facendosi applicazione dei principi di diritto che disciplinano contenuto e limiti della satira come innanzi riportati, la configurabilità della scriminante del diritto di critica e del diritto di satira valorizzandosi il collegamento fra i fatti veri imputati alla responsabilità penale della società (e cioè il rinvenimento della carne avariata) e il morbo BSE (Bovine Spongiform Encephalopathy) all'interno del perimetro della "ricostruzione paradossale".

In particolare, il messaggio veicolato ai telespettatori assumeva una valenza satirica attraverso la grottesca presentazione di un escremento, accompagnata da talune frasi ironiche: in tale situazione si è operato nei confini dei parametri di legittimità attraverso l'utilizzo del paradosso che consente al pubblico di percepire il messaggio oggetto di comunicazione, attivando nel contempo tutti gli strumenti cognitivi per non darvi credito.

7 FUTURO DELLA SATIRA E INTERFERENZE CON IL DDL ZAN

Ritornando, a chiusura di queste brevi riflessioni, sul monologo di Pio e Amedeo in cui si è posto l'accento sulla distinzione tra la parola in quanto tale, da un lato, e l'intenzione di offendere, dall'altro lato, dando più peso alle intenzioni di chi si esprime che non alle parole usate, salvo poi ad essere il duo ritornato sul punto per evidenziare il peso che le parole in quanto tali possono avere, quello che emerge è la necessità di affermare il diritto di ciascuno di esprimersi liberamente su tutti i temi ritenuti di interesse²¹.

La libertà di scrivere, o parlare, di qualunque argomento non può essere messa in discussione, come non può prescindere dal rispetto dei limiti imposti all'esercizio del relativo diritto di cronaca, critica o satira giacché, come noto, l'ordinamento giuridico è, nella sua interezza, un sistema normativo che bilancia interessi contrapposti meritevoli di tutela (ALLAMPRESE, 2019; ALPA, 2018; CODIGLIONE, 2018; POGGESCHI, 2018; TOSI; PUCCHETTI, 2018; INSOLERA, 2016).

Al Giudice chiamato a vagliare il superamento, o meno, in particolare, dei cennati limiti al diritto di satira è chiesto di tenere conto del contesto in cui si colloca la singola condotta oggetto del suo giudizio, in modo da assicurare il temperamento dei principi di pari dignità e di non discriminazione, da un lato, con quello di libertà di espressione, dall'altro lato, e da valorizzare così l'esigenza di accertare la concreta pericolosità del fatto.

²¹ Non si dimentichi il gravissimo attentato, poi rivendicato da *Al Qaeda*, a danno della redazione del giornale satirico francese, *Charlie Hebdo*. Si veda Siracusano (2007, p. 997 e ss.).

Occorre quindi procedere sempre ad un'adeguata ricostruzione della vicenda che costituisce l'antecedente storico e logico di quella oggetto del giudizio, ricostruzione che risulta essenziale per comprendere il contenuto satirico di un intervento. Ogni intervento satirico va quindi contestualizzato e inserito nel suo preciso contesto comunicativo, che spesso si connota per essere palesemente paradossale.

La Corte di Strasburgo, almeno tendenzialmente, ha affermato che anche la diffusione delle idee più riprovevoli è necessaria, in una democrazia matura, affinché l'opinione pubblica possa valutarne criticamente i contenuti (v., fra gli altri, *il caso Jersild c. Danimarca*, del 23 settembre 1994).

Peraltro, anche in vicende nelle quali vi è stata un'espressa presa di posizione in favore di ideologie *lato sensu* razziste o negazioniste è capitato che la Corte EDU abbia espresso il principio secondo cui impedire o sanzionare dichiarazioni di stampo negazionista o riduttivo rispetto a fenomeni di genocidio viola l'art. 10 della Convenzione²².

Non sono mancate, al tempo stesso, pronunce in cui la Corte di Strasburgo si è discostata da tale orientamento, ritenendo ad esempio che la condanna inflitta da uno Stato firmatario a un esponente politico che aveva diffuso un programma a sfondo antisemitico non violasse l'art. 10 della Convenzione (*caso Feret c. Belgio* del 2009, *decisione che è stata adottata con una maggioranza di quattro voti contro tre*), o altre pronunce nelle quali, più in generale, la Corte EDU ha escluso la lesione dell'art. 10 della Convenzione in relazione ad altri casi di condanne per gli hate speeches (*caso Incal c. Turchia* del 9/6/1998; anche *caso Elbakan c. Turchia*).

In realtà, la Corte EDU ha fatto quasi sempre prevalere, sul piatto della bilancia, il diritto alla libera manifestazione del pensiero, tranne che in relazione al fenomeno del cd. negazionismo e limitatamente ai casi in cui lo stesso riguardi la Shoah.

I Giudici di Strasburgo, in una pronuncia del 2003 (*Garaudy c. Francia*, n. 65831 del 24 giugno 2003) su ricorso dello scrittore Roger Garaudy, condannato in Francia per contestazione di crimini contro l'umanità, diffamazione pubblica a danno della comunità ebraica, istigazione alla discriminazione e all'odio razziali, hanno precisato che la maggior parte del contenuto e il tono generale dell'opera del ricorrente, e dunque il suo scopo, avevano "una marcata natura negazionista" contrastando quindi "con i valori fondamentali della Convenzione,

²² Così nel caso *Perinçek c. Svizzera* del 17.12.2013, in riferimento, in particolare, alle atrocità commesse dall'Impero ottomano ai danni del popolo armeno a partire dal 1915, nel quale peraltro è chiamato in causa anche il divieto dell'abuso del diritto, di cui all'art. 17 della Convenzione.

quali espressi nel suo Preambolo, ossia la giustizia e la pace” precisando che il ricorrente tentava “di fuorviare l’art. 10 della Convenzione dalla sua vocazione utilizzando il suo diritto alla libertà di espressione per fini contrari alla lettera ed allo spirito della Convenzione”.

E aggiungevano che i predetti fini, se tollerati, avrebbero contribuito alla distruzione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione.

Dunque l’orientamento dei Giudici della Corte di Strasburgo non può dirsi del tutto consolidato e univoco nel bilanciamento fra gli opposti principi-interessi in gioco.

La linea di tendenza generale è nel senso di porre l’accento sul contesto nell’ambito del quale s’inserisce il caso concreto. Non senza tenere, tuttavia, nel debito conto, la necessità di porre un limite alla libera esternazione del pensiero laddove si prospetti la lesione o messa in pericolo di altri valori costituzionalmente garantiti (Cass. pen., sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906. Si veda anche CIRILLO, 2019).

Possono quindi riportarsi le parole di autorevole dottrina, la quale non ha dubbi nell’affermare che “le opinioni si combattono con altre opinioni: vietarne alcune per legge le santifica” (Il riferimento è a Michele Ainis, Cfr. IL Ddl, 2021).

Pensiero, questo, espresso con riferimento al tanto discusso d.d.l. Zan che divide le opinioni e le coscienze (tra i molti interventi si vedano: MOIA, 2020; GRIMOLDI, 2021) ma che, a ben vedere, poco può contribuire, ove definitivamente approvato, al cammino verso una società più giusta e rispettosa nei confronti di ogni persona.

La rubrica del cennato d.d.l. è di quelle che mette tutti d’accordo ²³, ma una lettura così limitata non vale certo a esprimere un giudizio critico sereno su un impianto normativo che, nel suo complesso, si rivela oltre che inutile, foriero di nuove questioni giuridiche inevitabilmente destinate a rendere ancora più complessa la regolamentazione di un settore difficilmente riconducibile verso definizioni univoche anche in considerazione del suo continuo e incessante mutare.

Se alla base del d.d.l. (che, fondamentalmente, è un sistema di norme penali) vi è la volontà di colmare vuoti normativi dettando disposizioni ad hoc in favore della comunità LGBT allora il dato di partenza è errato.

E lo è soprattutto perché veicola il messaggio che, oggi, proprio in conseguenza di tale vuoto, gli appartenenti a tale comunità si vedrebbero privi

²³ Reca: “Misure di prevenzione e contrasto della discriminazione e della violenza per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull’orientamento sessuale, sull’identità di genere e sulla disabilità”.

di tutela penale a fronte di condotte quali maltrattamenti, o violenze di qualsiasi tipo, o aggressioni.

Ma così non è. E valga il vero, e cioè a dire valgano le disposizioni del codice penale che tutelano la persona umana, senza se e senza ma, e quindi senza distinzione alcuna.

E, venendo al secondo aspetto di riflessione, il d.d.l. è destinato a dare vita a dibattiti in ordine a contenuto e limiti delle nuove normative da applicare nei singoli casi concreti con il rischio, questa volta, che proprio i soggetti che si vogliono tutelare rimarranno in realtà privi di quell'ancora di salvezza che vedono quasi a mo' di miraggio nelle disposizioni del disegno di legge Zan.

E le ragioni di tali timori sono presto dette: il Legislatore ricorre nella stesura delle norme che vorrebbe far approvare a categorie estranee al mondo diritto, prendendo a prestito cioè termini propri di altre scienze (quali la psicologia o l'antropologia) così scalfendo il primo e più elementare principio di diritto penale, ovvero la necessità di norme chiare e dal contenuto (almeno tendenzialmente) univocamente interpretabile²⁴.

²⁴ Si consideri l'art. 1 in cui si dispone che: "Ai fini della presente legge: a) per sesso si intende il sesso biologico o anagrafico; b) per genere si intende qualunque manifestazione esteriore di una persona che sia conforme o contrastante con le aspettative sociali connesse al sesso; c) per orientamento sessuale si intende l'attrazione sessuale o affettiva nei confronti di persone di sesso opposto, dello stesso sesso, o di entrambi i sessi; d) per identità di genere si intende l'identificazione percepita e manifestata di sé in relazione al genere, anche se non corrispondente al sesso, indipendentemente dal l'aver concluso un percorso di transizione". Definizioni, queste, troppo ampie e di respiro più sociale che giuridico (cosa dovrà intendere il Giudice penale per "aspettative sociali"?), rispetto alle quali è altresì da chiedersi se valgano per l'interno ordinamento giuridico o solo "ai fini della presente legge".

È utile qui ricordare che la Corte Costituzionale ha da tempo specificato che nel concetto di identità personale, riconosciuto e garantito dall'art. 2 Cost., deve farsi rientrare anche quello di identità sessuale, ricostruibile non solo sulla base della natura degli organi riproduttivi esterni, bensì anche sulla base di elementi di ordine psicologico e sociale (Corte Cost. 24 maggio 1985, n. 161).

Va inoltre ricordato quanto più recentemente affermato dalla Corte Edu, nella sentenza del 10 marzo 2015, *Affaire Y.Y. c. Turquie*, nella quale il Giudice sovranazionale – prendendo in esame le particolari previsioni del codice civile turco che prevede l'incapacità di procreare fra i requisiti per l'autorizzazione al cambiamento di sesso – ha ravvisato nella previsione della sterilizzazione come condizione imprescindibile di accesso al percorso di riconversione sessuale una violazione della libertà di definire la propria appartenenza sessuale, definita come parte essenziale del diritto all'autodeterminazione.

Di non minor rilevanza appare la pronuncia della Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138 che ha affermato il seguente principio di diritto: "a il riconoscimento giudiziale del diritto al mutamento di sesso non può che essere preceduto da un accertamento rigoroso del completamento di tale percorso individuale da compiere attraverso la documentazione dei trattamenti medici e psicoterapeutici eseguiti dal richiedente, se necessario integrati da indagini tecniche officiose volte ad attestare l'irreversibilità personale della scelta. Tali caratteristiche, unite alla dimensione tuttora numericamente limitata del transessualismo, inducono a ritenere del tutto coerente con i principi costituzionali e convenzionali un'interpretazione della L. n. 164 del 1982, articoli 1 e 3, che, valorizzando la formula normativa 'quando risulti necessario' non imponga l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali,

E, infine, ma non ultimo al d.d.l. Zan è sotteso il rischio di imbavagliare il dibattito sui temi cari alla comunità LGBT omologando una sorta pensiero “a senso unico” e così – con la paura della responsabilità penale – evitando proprio quello che più serve a superare, e definitivamente abbandonare, preconcetti e discriminazioni: riflessioni e dialoghi liberi e sereni nel rispetto di ogni persona e delle sue scelte personali ²⁵.

E può anche richiamarsi l’insegnamento della Corte Costituzionale che, sul finire degli anni settanta del secolo scorso, chiamata a vagliare la legittimità costituzionale della norma incriminatrice dell’art. 266 c.p. (Istigazione di militari a disobbedire alle leggi) ha avuto modo di precisare che

la libertà garantita dall’art. 21 Cost. può consentire modi di manifestazione e propaganda per la pace universale, la non violenza, la riduzione della ferma, l’ammissibilità dell’obiezione di coscienza, la riforma del regolamento di disciplina o altri, che non si concretino mai in una istigazione a disertare [...] a commettere altri reati, a violare in genere i doveri imposti al militare dalle leggi (Corte cost., 5 giugno 1978, n. 71).

In altre parole, se da un lato vi sono i fatti penalmente rilevanti, che lo Stato è chiamato a punire, dall’altro lato deve esservi la garanzia, che i Padri costituenti fortemente vollero, di una manifestazione del pensiero realmente libera, pur nei termini e nei limiti cui si è fatto fin qui riferimento.

non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psicofisica sotto lo specifico profilo dell’obbligo dell’intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell’avvicinamento del soma alla psiche. L’acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell’approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale”.

Ed ancora recente, ma non meno significativamente, la Corte Costituzionale, con la sentenza 5 novembre 2015, n. 221, ha a sua volta affermato che “il ricorso alla modificazione chirurgica dei caratteri sessuali risulta, [...], autorizzabile in funzione di garanzia del diritto alla salute, ossia laddove lo stesso sia volto a consentire alla persona di raggiungere uno stabile equilibrio psicofisico, in particolare in quei casi nei quali la divergenza tra il sesso anatomico e la psicosessualità sia tale da determinare un atteggiamento conflittuale e di rifiuto della propria morfologia anatomica. La prevalenza della tutela della salute dell’individuo sulla corrispondenza fra sesso anatomico e sesso anagrafico, porta a ritenere il trattamento chirurgico non quale prerequisito per accedere al procedimento di rettificazione [...], ma come possibile mezzo, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico”.

²⁵ Per la solidità delle argomentazioni, che sembrano essere il precipitato del dettato costituzionale, si tenga a mente l’insegnamento di Papa Francesco (2016, n. 250) secondo cui “ogni persona, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale, va rispettata nella sua dignità e accolta con rispetto, con la cura di evitare “ogni marchio di ingiusta discriminazione” e particolarmente ogni forma di aggressione e violenza”.

RIFERIMENTI

ALLAMPRESE, Andrea; PASCUCCI, Federico. I limiti della critica e della satira nei confronti del datore di lavoro. In: **Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale**, Catania, Ed. University of Catania, v. 2, p. 250-263, 2019.

ALPA, Guido. Autonomia privata, diritti fondamentali e 'linguaggio dell'odio'. In: **Contratto e Impresa**, Milano, Ed. Cedam, v. 34, n. 1, p. 45-80, 2018.

CARINCI, Maria Teresa; INGRAO, Alessandra. Diritto di satira e obbligo di fedeltà del lavoratore: nota a Cass. sez. lav. 6 giugno 2018, n. 14527. In: **Diritti Lavori Mercati**, Catania, Ed. University of Catania, p. 388-395, 2018.

CASSANO, Giuseppe (a cura di). **Danno alla persona**: premessa di Piero Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2016.

CASSANO, Giuseppe. **Identità personale e risarcimento del danno nel quadro dei diritti della personalità**. Napoli: Simone, 1999.

CASSANO, Giuseppe. Il caso Trump, la cacciata dai social media ed il diritto positivo: brevi note in tema di ostracismo nell'era digitale. In: **Diritto di Internet**, n. 2, p. 215 ss., 2021.

CASSANO, Giuseppe. Il diritto alla riservatezza fra dottrina e giurisprudenza. In: **Responsabilità Comunicazione Impresa**, Milano, Ed. Giuffrè, p. 503-553, 2000.

CASSANO, Giuseppe. **Diritto dell'Internet**: il sistema di tutele della persona. Milano: Giuffrè, 2005.

CIRILLO, Paolo. Istigazione e apologia nei recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Ipsoa, v. 25, fasc. 9, p. 1.292-1.302, 2019.

CITARELLA, Giuseppe. Cronaca, satira e diritti della personalità: il grimaldello del diritto all'oblio: nota a ord. Cass. sez. I civ. 20 marzo 2018, n. 6919. In: **Responsabilità Civile e Previdenza**, Milano, Ed. Giuffrè, p. 1.185-1.192, 2018.

CODIGLIONE, Giorgio Giannone. I limiti al diritto di satira e la reputazione del cantante celebre 'caduta' nell'oblio: nota a ord. Cass. sez. I civ. 20 marzo 2018,

n. 6919. In: ZATTI, Paolo; GUIDO, Alpa (Dir.). **La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Milano, Ed. Cedam, p. 1.317-1.324, 2018.

FILIPPO, Donati. L'art. 21 della costituzione settanta anni dopo. In: **La Rivista di Diritto dei Media**, p. 93-101, 2018.

FRANZONI, Massimo. La responsabilità dei professionisti della carta stampata e dintorni. In: **La Responsabilità Civile**, Torino, Ed. UTET Professionale, n. 12, p. 1-10, 2011.

GIOVANNI, Boggero. La satira come libertà ad autonomia ridotta nello stato costituzionale dei doveri. In: **Nomos: Le Attualità nel Diritto**, Roma, 2020.

GIOVANNI, Bonomo. Diritto di critica e diritto di satira nell'attività giornalistica: diritto di informare anche in modo critico e ironico; diritto all'onore e alla reputazione: i criteri per risolvere il conflitto tra i due diritti di pari rilevanza costituzionale. In: **La Rivista del Consiglio**, Milano, Ed. Ordine degli Avvocati di Milano, p. 21-25, 2018.

GRIMOLDI, Mauro. Il ddl Zan non è contro i diritti di nessuno, nemmeno degli omofobi: ecco tre motivi per difenderlo. 21 aprile 2021. In: Il Fatto Quotidiano. <<https://www.ilfattoquotidiano.it/2021/04/21/il-ddl-zan-non-e-contro-i-diritti-di-nessuno-nemmeno-degli-omofobi-ecco-tre-motivi-per-difenderlo/6173005/>>.

IL Ddl Zan è una "legge che non serve": parola del costituzionalista Michele Ains, non certo un sovranista. 14 maggio 2021. In: L'Angolo Libero. <<https://www.langololibero.com/il-ddl-zan-e-una-legge-che-non-serve-parola-del-costituzionalista-michele-ains-non-certo-un-sovranoista/>>.

INSOLERA, Gaetano. Religione, diritto e satira. In: **L'Indice Penale**, Padova, Ed. CEDAM, v. 2, fasc. 3, p. 693-701, 2016.

MOIA, Luciano. Vescovi contro ogni discriminazione: omofobia, non serve una nuova legge, 10 giugno 2020. In: Avvenire, Milano. <<https://www.avvenire.it/chiesa/pagine/omofobia-non-serve-una-nuova-legge>>.

NAPOLI, Giuseppina. Danni da violazione al diritto al nome, all'immagine, all'onore. In: CASSANO, Giuseppe (a cura di). **Danno alla persona**: premessa di Piero Schlesinger. Milano: Giuffrè, 2016.

PAPA FRANCESCO. Esortazione apostolica postsinodale Amoris Lætitia del Santo Padre Francesco: n. 250, Vaticano, Ed. Libreria Editrice Vaticana, 19 marzo 2016. <https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_

exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20160319_amoris-laetitia.html>.

POGGESCHI, Giovanni, Ridere e deridere: la satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive. In: **Consulta online**, fasc. 1, p. 165-209, 2018.

SIRACUSANO, Placido. Vilipendio religioso e satira: “nuove” incriminazioni e “nuove” soluzioni giurisprudenziali. In: **Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica**, Bologna, Ed. Il Mulino, n. 3, p. 997-1.008, dicembre 2007.

TOSI, Paolo; PUCETTI, Elisa. Il diritto di satira e la dignità della persona: il caso dell’impiccagione figurata del datore di lavoro: nota a Cass. sez. lav. 6 giugno 2018, n. 14527. In: **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 37, fasc. 4, p. 838-846, 2018.

WEISS, Luigi. Diritto costituzionale di satira o diritto di pettegolezzo? In: **Il Diritto di Famiglia e Delle Persone**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 1, p. 181-198, 1994.

Submissão em: 30 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 28 de dezembro de 2021

Como citar este artigo científico

CASSANO, Giuseppe. Manifesto per la satira e per i comici: in tema di sketch politicamente (s)corretti. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 90-110, jan.-abr. 2022.

PRINCIPALES RASGOS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: DEL DERECHO ANTIGUO AL CÓDIGO CIVIL

(A PROPÓSITO DEL BICENTENARIO DEL PRIMER PROYECTO DE CÓDIGO
CIVIL DE ESPAÑA)

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE¹

RESUMEN

En este artículo el autor distingue el Derecho internacional público del Derecho Internacional Privado, a los efectos de centrar la historia de este último en la legislación española. Las páginas están motivadas por cumplirse en 2021 el segundo centenario del primer proyecto de Código Civil, que se redactó en 1821. Recoge los textos del antiguo Derecho español desde el siglo VI hasta el siglo XIX, para destacar las principales líneas del proceso de codificación en España, desde 1821 a 1882, en materia de Derecho Internacional Privado, que tuvo como resultado la redacción del Código Civil aparecido en 1889. Al final del artículo se incluye un anexo con todos los textos que, referentes a Derecho Internacional Privado, figuran en los proyectos de Código Civil elaborados a lo largo del citado siglo XIX.

Palabras llave: Las “Siete Partidas” de Alfonso X; antiguo Derecho español; codificación en España del Derecho Internacional Privado; Código Civil español de 1889.

¹ Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular supernumerario de Derecho internacional público y privado de la Facultad de Derecho de dicha Universidad y exsecretario General de la misma. Antiguo alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Académico de Número de la Real Academia de Doctores de España y expresidente de su sección 3ª (Derecho). Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma ante la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. Miembro supernumerario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. *e-mail*: j.a.tomasortiz@gmail.com

RESUMO

Neste artigo, o autor diferencia o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado para enfocar a história deste último no Direito espanhol. As páginas são motivadas pela conclusão em 2021 do segundo centenário do primeiro projeto do Código Civil, projeto que foi elaborado em 1821. O estudo inclui os textos do antigo Direito espanhol do século VI ao século XIX, destacando as linhas principais do processo de codificação na Espanha de 1821 a 1882, em matéria de Direito Internacional Privado, que resultou na redação do Código Civil que surgiu em 1889. No fim do artigo está incluso um anexo com todos os textos que, referentes ao Direito Internacional Privado, constam nos projetos de Código Civil elaborados durante o citado século XIX.

Palavras-chave: As “Siete Partidas” de Alfonso X; antigo Direito espanhol; codificação em Espanha do Direito Internacional Privado; Código Civil da Espanha de 1889.

ABSTRACT

In this paper the author distinguish between Public International Law and Private International Law in order to focus on Private International Law's history in the spanish legislation. This pages are written due to the bicentennial anniversary of the first Civil Code project drafted in 1821. This paper includes texts from the old spanish Law from the Sixth Century until the Nineteenth Century to underscored the main features of the Private International Law codification process in Spain from 1821 to 1882 that led the draft of the Civil Code wich appeared in 1889. An annex is included that contains all the original texts concerning Private International Law Civil Code projects developped through out the referred Nineteenth Century.

Key words: The “Siete Partidas” of Alfonso X; old spanish Law; Private International Law codification in Spain; 1889 spanish Civil Code.

1 INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Privado,² que como sistema de reglas jurídicas es una de las partes más antiguas del Derecho,³ no posee la misma característica

² Conviene advertir, de entrada, que la historia legislativa del Derecho Internacional Privado español puede dividirse en tres grandes periodos: 1) del antiguo Derecho al Código Civil (1889); 2) de 1889 a la reforma del Título Preliminar de 1974; y 3) de 1974 a la actualidad. Estas páginas, como indica el título, se refieren únicamente al primer periodo.

³ Como certeramente afirma Grzybowski, 1975, p. 41.

que el Derecho internacional público cuando se plantea su perspectiva *histórica* en términos generales, pues mientras el Derecho internacional público *común* y *general*⁴ es, desde el descubrimiento del Nuevo Mundo, la época histórica en la que hoy se encuentra,⁵ un ordenamiento único para toda la comunidad de Estados,⁶ por tanto para la totalidad del planeta (con proyección a partir de 1957 al espacio exterior) posee una historia única que se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo en el espacio en que rige.⁷

Pero el Derecho Internacional Privado no es único, sólo es una parte más del ordenamiento jurídico de cada Estado y, en consecuencia, no puede situarse la *historia* del Derecho Internacional Privado en el mismo plano *general* en que se encuentra la del citado Derecho internacional público *común* y *general*.

⁴ Todo él de origen consuetudinario y del que diversas partes están hoy codificadas como, especialmente, el Derecho del mar, primero con los cuatro Convenios de Ginebra de 28 de abril de 1958, y actualmente con la Convención sobre el derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982; el Derecho diplomático (Convenio sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961); el Derecho consular, (Convenio sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963); o el Derecho de los tratados, (Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969).

⁵ Acertada es la tesis de sir Paul Vinogradoff, según el cual a cada época histórica corresponde un tipo histórico de Derecho Internacional, vid. *Historical Types of International Law*, en Bibliotheca Visseriana, Lugduni Batavorum, I, 1923, p. 1-70. La actual época histórica del Derecho Internacional se inicia, pues, *de facto* en 1492 y cuenta hoy con quinientos treinta años de antigüedad, si bien doctrinalmente comienza unas décadas después con los escritos del español fray Francisco de Vitoria que fueron sus dos famosas reelecciones *De indis recenter inventis relectio prior* y *De indis, sive de iure belli hispanorum in barbaros, relectio posterior*, ambas pronunciadas por Vitoria en la Universidad de Salamanca “en el curso de 1538-39 [...]”, según afirma Beltrán de Heredia (1928, p. 144), y a partir de ahí la contribución de la llamada “escuela teológica de Salamanca” formada por Domingo de Soto, Fernando Vázquez de Menchaca, Baltasar de Ayala, Diego de Covarrubias y Leyva, Bartolomé de Medina, etc. Con ello fray Francisco de Vitoria se consagra “con la gloria imperecedera de *fundador del Derecho internacional*”, como afirma el citado Beltrán de Heredia (1960, p. 491), una opinión que procedente de un autor español podría considerarse interesada si no fuese por la confirmación que hace un autor no español como es James Brown Scott quien en su obra *The Spanish Origin of International Law*, afirma que: “Yo, anglosajón y protestante, declara que Fray Francisco de Vitoria, español, católico y dominico, es el verdadero fundador de la escuela moderna de derecho internacional” (v. ROUSSEAU, 1961, p. 2-3, en nota). Por tanto, no puede afirmarse con rigor, como algunos pretenden hacer, que el famoso jurista de Delft, el holandés Hugo Grocio, es el *fundador* del Derecho Internacional moderno; lo correcto es decir que ha sido el *sistematizador* en el siglo XVII, y prueba de ello es que “nada menos que trece veces citase el nombre del dominico español en el *Mare liberum*, aparte de otras numerosas ocasiones en que Grocio expone doctrinas emparentadas con las ideas sostenidas desde la Cátedra de Prima salmanticense en la cuarta década del siglo XVI”, vid. García Arias, 1964, p. 157, y véanse otras citas de Vitoria por Grocio en las páginas 158-169.

⁶ Con anterioridad existió, según Wolfgang Preiser (1976), una pluralidad de sistemas de “Derecho Internacional” covigentes en el planeta, así el de la Antigüedad grecorromana, los del subcontinente indio, el mundo chino, los de la América precolombina, de Polinesia y del África central y meridional.

⁷ Diversas son las exposiciones históricas generales del Derecho Internacional Público y de las relaciones internacionales, limitadas a veces a un continente (como la de Debidour), o a un Estado concreto (como las de Bailey y Bemis); en cuanto a las primeras, algunas referidas a una época concreta, destacan, entre otras, las de Droz, J. Csárada, H. Décugis, Ch. Dupuis, Duroselle, C. Farrera, Gathorne-Hardy, S. Gemma, F. Laurent, A. Nusbaum, R. Redslob, G. Stadtmüller, M. Taube, Tomberg, A. Truyol Serra, Walker, E. A. Walsh, A. Wegner o H. Wheaton; con relación a España, vid. Tomás Ortiz de la Torre (2017, p. 29-54), y bibliografía allí citada.

Sin embargo, sí es posible establecer, desde la perspectiva de la *particularidad* una equiparación entre la historia del Derecho Internacional Público y la del Derecho Internacional Privado, ello es así porque esta circunstancia de la citada *particularidad* está presente en ambos ámbitos jurídicos, ya que cada Estado cuenta con la historia de su Derecho Internacional Público *particular* reflejada en el conjunto de normas de Derecho Internacional establecidas en los diferentes Tratados Internacionales, multilaterales o bilaterales, que cada Estado celebra con otros, y en las costumbres que entre ellos se generan.⁸ La citada *particularidad* es precisamente la característica común que el Derecho Internacional Público presenta con el Derecho Internacional Privado, y es sobre ella sobre la que reposa la historia de *cada* Derecho Internacional Privado, porque si todo Estado posee su *propio* Derecho Internacional Privado en consecuencia le es propia una historia, la historia *nacional* de este sector del ordenamiento jurídico.

Y lo dicho no es en realidad la única precisión a hacer, pues al hablar de la *historia* del Derecho Internacional Privado de un Estado concreto es necesario advertir que ésta queda configurada por tres partes que se diferencian claramente: de un lado, la formada por las ideas y tendencias de los autores nacionales, la historia *doctrinal*;⁹ de otro, la historia *legislativa*, que comprende los trabajos y proyectos que se han redactado en el tiempo, y que refleja la evolución del contenido de las reglas que el legislador ha pretendido que llegasen

⁸ De extraordinaria importancia son las colecciones de tratados publicadas individualmente como, entre otras, las de J. Dumont y el monumental Recueil de G. F. de Martens, así como las oficiales de los distintos Estados como ha puesto de relieve Elliot al escribir que “[...] a complete collection, methodically arranged, and accurately printed, would be extremely useful and convenient [...]” [vid. Elliot (1834, p. V); vid. también, Myers (1922); Truyol y Serra (1971, p. 509-522); Tomás Ortiz de la Torre (2008, p. 1.101-1.131). En relación a España con independencia de diversas publicaciones recogen los textos completos de los tratados suscritos con otros Estados, y entre ellas se encuentra la colección oficial; para una visión sintética de la historia del Derecho internacional público *particular* español vid.: España (Ministerio de Asuntos Exteriores, 1976a, 1976b, 1976c, 1976d, 1976e). En cuanto a exposiciones históricas después de la obra de Marín y Mendoza y Rus Rufino (1776), con dos ediciones posteriores, debe señalarse que en el siglo XIX, y principios del XX, una de las asignaturas del curso de doctorado, que únicamente podía seguirse entonces en la Universidad Central sita en Madrid (hoy Universidad Complutense de Madrid), era la de *Historia y examen crítico de los más importantes tratados de España con otras potencias*, y en ella se estudiaron textos como los *Apuntes para un curso de Historia de los Tratados*, manuscrito anónimo reproducido en la Litografía de J. Corrales, Madrid, 1895, con 1.148 p., más 24 del programa de la asignatura que constaba de 38 lecciones, y los *Apuntes de Historia del Derecho internacional*, Librería de V. Suárez, Madrid, 1917, de 552 p., que recoge las explicaciones del profesor Joaquín Fernández Prida, de 29 lecciones, desde el 13 de julio de 1898, fecha en la que tomó posesión de esa cátedra. Aparecidas también en el siglo XX hay que señalar las obras de Retortillo y Tornos (1909); Gutiérrez Gassis (1926) y Herrero Rubio (1967).

⁹ En España han sido fundamentalmente, desde luego entre otros, Mariano Aguilar Navarro y Adolfo Miaja de la Muela quienes, durante la segunda mitad del siglo XX, en sus exposiciones generales del Derecho Internacional Privado, en todas sus ediciones, se ocuparon de las doctrinas clásicas y de las modernas, tanto nacionales como extranjeras; en la misma línea, vid. Tomás Ortiz de la Torre (1992, p. 261-502).

a entrar en vigor, o que realmente están vigentes en un determinado momento.¹⁰ Y en fin, por último, está la historia *jurisprudencial* reflejada en las decisiones judiciales, en particular del Tribunal Supremo del país, en la que se recoge y constata la interpretación y aplicación de las reglas, que en el caso del Derecho Internacional Privado, como es sabido, no se limita solamente a las reglas de fuente interna, a las de la *lex fori*, sino también a reglas, tanto formales como materiales, vigentes en ordenamientos jurídicos extranjeros que, en muchas ocasiones, han de ser aplicadas por el juez en los casos de tráfico jurídico privado *externo* que son la razón de la existencia del “Derecho Internacional Privado”, o “Conflicto de leyes”, cualquiera que sea la denominación que se le atribuya.¹¹

De los tres sectores indicados las páginas que siguen, como ya se ha dicho, se limitan a la historia legislativa tomando como pretexto que en 2021, año en que éstas se escriben, se cumple el bicentenario del primer proyecto de Código Civil que incorporó las primeras reglas de Derecho Internacional Privado las cuales, tras muchas vicisitudes, proyectos y trabajos llevados a cabo a lo largo del siglo XIX, tuvieron como resultado final el sistema que se incorporó al Código Civil el cual estuvo vigente ochenta y cinco años, desde 1889 hasta la gran reforma que sufrió la totalidad del Título Preliminar (arts. 1 a 16) de dicho cuerpo legal en el año 1974.¹²

2 REFERENCIA A LOS ANTIGUOS TEXTOS NORMATIVOS

El “Derecho Internacional Privado” como disciplina científica, y ya con esa denominación, se introdujo por vez primera en España en la Facultad de Derecho en 1866, a través del plan de estudios de Manuel Orovio contenido en el Real Decreto de 9 de diciembre de dicho año, aunque solamente limitado a los estudios del doctorado que en aquél momento, y durante muchos años después, únicamente podían cursarse en la Universidad Central de Madrid.

¹⁰ Respecto a la historia española en este sector, de 1821 a 1970, vid. la recopilación colectiva: Universidad de Madrid (1970, p. 19-162), de este tomo, el único publicado, del que somos coautores, la primera recopilación, por cierto, llevada a cabo en España en este sector, y cuyas páginas 21-32 se reproducen en el anexo; para el período 1974 hasta hoy, vid.: Alcolado Chico (2020, p. 1.541-1.562).

¹¹ La jurisprudencia española sobre Derecho Internacional Privado que se conoce comienza en 1853, y desde este año a 1936, ha sido recopilada por Mariano Aguilar Navarro en un manuscrito fue publicado por nosotros, vid. Tomás Ortiz de la Torre (2010, p. 203-292); para el período 1853 a 1977, vid.: Puente Egido (1981), que recoge las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo entre esos años. La obra comienza con una sentencia de 1841 pero el caso, desde luego, no pertenece al Derecho Internacional Privado, ya que se trataba de un pleito seguido en España, entre dos españoles aquí domiciliados, sobre la propiedad de un inmueble sito también en territorio español.

¹² La reforma tuvo lugar en virtud de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar, y el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que aprobó el texto articulado de dicho Título Preliminar.

En efecto, el artículo 9 de dicho Real Decreto se refería, en cuanto a las materias propias del doctorado, al “[...] Derecho Internacional Público y *Privado*. Lección alterna”. Y aún habrían de transcurrir diecisiete años para que se incorporara como disciplina obligatoria en los estudios de licenciatura en Derecho en todas las Universidades españolas, por Real Decreto de 2 de septiembre de 1883, cuyo artículo 6 disponía que: “Todas las asignaturas del período de la licenciatura serán de lección diaria, excepto las del Derecho Internacional Público y *Derecho Internacional Privado*, que serán alternas y estarán explicadas por un mismo profesor” (Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1985, p. 460).

Sin embargo, el *conflicto de leyes*, es decir, el ya citado *tráfico jurídico privado externo*, en la realidad social, habida cuenta de los distintos pueblos que habitaron en la Península Ibérica desde el primer milenio anterior a la era cristiana, y de las relaciones humanas que se generaron entre sí, se remonta a muchos siglos antes.

Por ello, en el antiguo Derecho español (Con carácter general, vid. FERNÁNDEZ LADREDA, 1896) aparecieron algunas reglas cuyo contenido afecta directamente a aspectos del *conflicto de leyes* o, si se quiere a lo que hoy denominamos “Derecho Internacional Privado”. Así, en el Breviario de Alarico, el cuerpo legal visigodo que contiene el Derecho romano vigente en el reino visigodo de Tolosa, promulgado en Aduris, el 2 de febrero de 506, por el rey Alarico II, contiene una disposición relativa a la aplicación *territorial* del mismo por el juez, cuya infracción podía conllevar hasta la pena capital, al establecer que:

[...] todas las causas queden acalladas según las leyes del libro [...]; no sea lícito proponer para decidir, cualquiera otra de las leyes o del derecho, sino lo que, según mandamos, está comprendido en el orden del libro dirigido y suscrito de mano del varón considerable Aniano. Por lo cual [...] conviene prevenir que nadie se atreva a presentar o recibir en tu tribunal ninguna otra ley, ni ninguna fórmula de derecho. Pues, si acaso se hiciese, sea con peligro de su cabeza o con pérdida de los bienes que te pertenecen [...].” (Vid. GARCÍA-GALLO, 1956, p. 140; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 279).

Territorialidad que proclama igualmente la ley sobre costas procesales “dada en Toledo el 8 de las calendas de diciembre del año 15 del reinado de nuestro gloriosísimo rey Teudis, (24 de noviembre de 546) [...]”, que dice:

[...] Os dirigimos, pues, esta constitución firmada y con nuestro sello, para que su beneficiosa disposición se extienda a todos los pueblos y

procuréis darla a conocer por edictos a los jueces de los lugares, a fin de que, alejada la conocida clemencia de nuestro reinado, conozcan el miedo de los castigos [...] Si después de publicados los edictos, alguno discutiese lo dispuesto por la autoridad de nuestra dignidad, mandamos que se le obligue a pagar en la forma que manda la ley [...]” (Vid. GARCÍA-GALLO, 1956, p. 143; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 280).

En el 654 el *Liber Iudiciorum*, o Código de Recesvinto se refirió a los matrimonios mixtos, admitiéndolos, al decirse en el Libro III, título I, ley 1ª: “[...] que la mugier romana puede casar con omne godo, é la mugier goda puede casar con omne romano [...]” (Vid. ESPAÑA, 1847, p. 123; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 282), y en el Libro XI, título III, ley II, al referirse a *De transmarinis negotiatoribus*, se dice: “*Ley antigua*. Que los mercadores dultra portos deven ser iudgados por sus iueces, é por sus leyes. Si los mercaderos dultra porto san algun pleito entre sí, ningún iuez de nuestra tierra non le debe iudgar; mas responder deven segund sus leyes, é ante sus iueces”, lo que supone declarar la incompetencia judicial internacional de nuestros jueces en favor de los jueces extranjeros (Vid. ESPAÑA, 1847, p. 185; D’ORS, 1958, p. 467-484; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 282).

Sin embargo, en otras normas del código parece estar presente el criterio de *territorialidad*, como en el Libro I, título II, ley 3ª, donde se dice que: “La ley gobierna la cibdad, é gobierna á omne en toda su vida [...]”, y también en el Libro II, título I, ley 2ª, según la cual:

[...] demos leyes en semble pora nos, é pora nuestros sometidos á que obedezcamos nos, é todos los reyes que vinieren después de nos, é tod el pueblo que es de nuestro regno generalmientre. E que ninguna persona, por poder que aya, ni por dignidat, ni por órden, non se escuse de guardar las leyes en sí, que nos damos a nuestro pueblo. En tal manera que el príncipe por fuerza, é por voluntad constringa el pueblo de guardar las leyes

De otra parte, en el Libro II, título I, ley 8ª, que se refiere a “toller las leyes de los omnes estrannos”, es decir, “apartar las leyes de los hombres extraños”, se dice que:

Bien sofrimos, et bien queremos que cada un omne sepa las leyes de los estrannos por su pro; mas quanto es de los pleitos iudgar, defendémoslo, é contradecemos que las no usen, que maguer que y aya buenas palabras, todavía ay muchas gravedumbres, porque abonda por fazer iusticia, las razones, e las palabras, nin las leyes que son contenudas en este libro. Nin queremos que daqui adelante sean usadas las leyes romanas, ni las estrannas (Vid. ESPAÑA, 1847, p. 106-107 y 109).

Un texto en el que el gran internacionalista de origen alemán pero al final hispano-argentino Werner Goldschmidt observa una normativa que sostiene la territorialidad material y formal (Vid. GOLDSCHMIDT, 1952, p. 71), no obstante, si se lee atentamente el texto esa referencia al “pueblo que es de nuestro reino”, el cual debería conocer las “leyes extrañas” pero con prohibición de su “uso”, plantea a nuestro parecer, una seria duda en cuanto a si es posible que quepa en él una tendencia *personalista* (Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 282-283).

En el siglo XIII el Fuero Real de España que se promulgó, en 1255 por el rey Alfonso X de Castilla, con la finalidad de unificar las leyes que estaban en vigor en su reino, también contiene reglas atinentes al hoy llamado “Derecho Internacional Privado”, en efecto, en el proemio del título VI, del Libro I se determina que: “La ley [...] é también para los de la Ciudad, como para los de fuera” lo que indica una clara *territorialidad*, y en la ley 5ª del mismo Libro y título se insiste en la conveniencia de conocer el derecho extranjero pero sin invocarlo:

Bien sofrimos, è queremos, que todo home sepa otras leyes por ser mas entendidos los homes, è más sabidores: mas no queremos, que ninguno por ellas razone, ni juzgue: mas todos los Pleytos sean juzgados por las leyes deste libro, que nos damos a nuestro pueblo, que mandamos guardar: è si alguno aduxere otro libro de otras leyes en juicio para razonar, ò para juzgar por él, peche quinientos sueldos al Rey: pero si alguno razonáre ley que acuerde con las deste libro, è las ayude, puede lo hacer, è no haya pena (Vid. ESPAÑA, 1847, p. 353-354).

El Fuero Real también estableció, en el título XXIV, cuatro reglas de protección a los romeros que se dirigían a Santiago de Compostela en las que se les concede el derecho a otorgar testamento y se obliga a la entrega de los bienes de la herencia a quienes hayan sido instituidos herederos, así en la ley 2ª de dicho título dice que: “[...] quien quier que sean, è dnde quier que vengán, puedan, también en sanidad, como en enfermedad, facer manda de sus cosas según su voluntad [...]”, y en la ley 3ª se indica que si fallecieren *ab intestato* que: “los Alcaldes de la Villa do muriere reciban sus bienes, è cumplan dellos lo que fuere menester à su enterramiento, è lo demás guárdenlo, è faganlo saber al Rey, y el Rey mande lo que tuviere por bien” (Vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 283-284).

Por su parte en las Leyes del Estilo, o Declaraciones de las leyes del Fuero Real, redactadas inmediatamente después, que contienen los usos y observancias judiciales con interpretaciones, advertencias y aclaraciones relativas al Fuero Real y que incluyen reglas de procedimiento para la administración de justicia,

aparece, junto a determinadas normas pertenecientes a lo que hoy denominamos Derecho de extranjería, o condición jurídica del extranjero, una regla basada en la *personalidad* de Derecho: es la ley LXXXIX que dice así:

Otrosí, es à saber, que en casa de los Reyes así acuerden, è juzguen, que los Pleytos, è las posturas que los Judios facen entre sí, è los Juicios, è las posturas de los Pleytos, è los dicho testigos, è las cartas, è los instrumentos que entre ellos se facen, è se ordenan, que se debe juzgar por la Ley de los Judios, también en los Pleytos criminales como en los ceviles. E aun si el Rey demanda à algún Judio los bienes de otro algún Judio, su deudor por su deuda aquel debe, ò por calumnia en que é cayó, quier lo demande ante los Rabies, ò ante los Alcaldes Christianos, por Ley de los Judios se libra todo Pleyto, y se prueba el Pleyto sobre que contienden (Vid. ESPAÑA, 1847, p. 319; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 284).

También en el siglo XIII aparece la magna obra “Libro de las Leyes”, o código de Las Siete Partidas, del rey Alfonso X el Sabio, denominación ésta última que se le adjudicó en el siglo XIV, redactado entre 1256 y 1265, si bien las cuestiones relativas a la fecha y elaboración nunca fueron pacíficas entre los historiadores del Derecho español.

En su texto algún autor ha querido ver establecida la regla *locus regit actum*, sin embargo ello no puede considerarse con total seguridad, en cambio la duda no existe sobre tres reglas conflictuales de marcada tendencia *territorialista* aunque ese territorialismo no resulte absoluto. La Partida 1ª, título I, ley 15, dice:

Todos aquellos que son del Señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos de las obedescer é guardar, é juzgarse por ellas, è non por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera [...]. E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes: ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellas han poder: é aunque sean de otro señorío, non pueden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas [...] (Vid. ESPAÑA, 1848a, p. 15; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 286).

Pero esta territorialidad cede cuando se trata de litigantes extranjeros que den a conocer al juez su propia ley, así la Partida 3ª, título XIV, ley 15, dice:

[...] E si por aventura alegasse ley, o fuero de otra tierra que fuesse de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueua; fueras ende en contiendas que fuesen entre omes de aquella tierra, sobre pleito, o postura que ouiessen fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble, o rayz de aquel logar. Ca estonce, maguer

estos estraños contendiesen sobre aquellas cosas antel Juez de nuestro Señorío, bien pueden recibir la prueua, o la ley, o el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, e deuese por ella aueriguar, e delibrar el pleito [...] (Vid. ESPAÑA, 1848b, p. 151; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 286).

Esta fórmula coincide con la opinión que tenían del *ius gentium* romano, en cuanto a su aplicación, Wenger y Schonbauer, quienes sostenían que cuando los peregrinos litigantes tenían el mismo origen y su derecho se lo daban a conocer al *praetor peregrinus* éste aplicaba ese derecho extranjero y no el *ius gentium*, que para ellos era un derecho material aplicable subsidiariamente, en defecto de ley extranjera común a las partes litigantes (Vid. WENGER, 1925, p. 290; SCHÖNBAUER, 1929, p. 394). En fin, la Partida 4^a, título XI, ley 24, regula el régimen económico matrimonial, que sujeta a la ley del primer domicilio matrimonial, sin que el cambio de éste afecte a dicho régimen. El texto de la regla dice así:

Contece muchas vegadas, que quando casan el marido, e la mujer, que ponen pleito entre si, que quando muriere el vno, que herede el otro la donación, o el arra, que den el vno al otro por el casamiento: o facen su auenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E después que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que vsan costumbre contraria de aquel pleito, o de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podría acaescer dubda, quando muriesse alguno dellos, si deue ser guardado el pleito que pusieron entre si, ante que casassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, porende lo queremos departir. E dezimos, que el pleito que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron, ante que casassen, o quando casaron; e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuesen a morar. Esso mismo seria, maguer ellos non pusiesen pleito entre si: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deue valer, quanto en las dotes, o en las arras, e en las ganacias que fizieron; e non la de aquel lugar do se cambiaron (Vid. ESPAÑA, 848, p. 474; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 286-287; ARGÜAS, 1946, p. 741-752).

Posteriormente, del Ordenamiento de Alcalá, redactado en 1348, se puede extraer alguna regla atinente al Derecho Internacional Privado, como la ley única contenida en el título XIX, relativa a sucesiones que dice así: “[...] el testamento sea valedero en la demandas, è en todas las cosas, que en el se contienen, aunque el testador non haya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, è costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non fçiera testamento [...]” (Vid. ESPAÑA, 1847, p. 452), una regla que, según Lazcano, prueba que la sucesión abintestato se rige por la ley del lugar de la situación de los bienes, opinión de la que Goldschmidt discrepa (Cit. por GOLDSCHMIDT, 1952, p. 70 y 77; vid. LAZCANO, 1946).

En el siglo XV fueron fuente de derecho y, por tanto, ley aplicable, las doctrinas de juristas italianos como Bartolo de Sassoferrato (1313-1357), Baldo de Ubaldis (1327-1400), Giovanni d'Andrea da Rifredo (1289-1348) (Juan Andrés) y Nicolás de Tudeschi (1386-1445) (el abad *Panormitano*), lo que se releja en las leyes españolas de 1427-1433. Así la ley de 8 de febrero de 1427, que es la Ley de citas, o Pragmática del rey Juan II de Castilla, prohíbe de modo terminante acudir a cualquier autor anterior y posterior a Juan Andrés y Bartolo, señalando que no se citará “[...] opinión nin determinación nin decisión nin dicho nin actoridad nin glosa de qualquier Doctor nin Doctores nin de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seído fasta aquí después de Juan Andrés e Bártulo nin otrosí de los que fueren de aquí adelante [...]”.¹³

Esta Pragmática se recogió por los Reyes Católicos en el Ordenamiento de Montalvo de 1484¹⁴ y en el capítulo 37 de las Ordenanzas de Madrid de 1499, diciendo su texto que “Otrosí muchas veces acaescen que en la decisión de las causas ha hauido e hay mucha confusión por la diuersidad de las opiniones de los doctores que escriuieron mandamos que en materia canónica se prefiera la opinión de Juan Andrés [Vid. MATEU IBARS, 1984, p. 26] e en defecto de la opinión de Juan Andrés se sigua la opinión del Baldo”¹⁵, y también se insiste en que, a falta de ley, se acuda a las opiniones del abad *Panormitano*. La disposición se revocó en 1505 por la ley I de las Leyes de Toro:

Y por quanto nos hemos fecho en la villa de Madrid en el año que pasó de noventa y nueve ciertas leyes y ordenanzas las quales mandamos que se guardasen en la ordenación [...] y entre ellas hecimos una ley y ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bartolo y Baldo, y Juan Andrés, y el Abad: qual dellas se debe seguir en duda à falta de ley; y porque agora somos informados que lo que hecimos por estorvar la prolixidad y muchedumbre de las opiniones de los Doctores ha traído mayor daño y inconveniente: porende por la presente revocamos, casamos y anulamos [...] y mandamos que de aquí adelante no se use della [...] (Vid. ESPAÑA, 1849, p. 558).

Esta revocación pasó a la Nueva Recopilación de las Leyes de España, terminada por el licenciado Atienza en 1567, y, posteriormente, a la Novísima Recopilación (1805) que llevó a cabo Reguera Valdelomar, en la que en el Libro

¹³ El manuscrito, con el número 13.259, se conserva en la Biblioteca Nacional de España (Madrid), y el texto completo fue publicado por Pérez de la Canal (1956, p. 664-668); vid. García-Gallo (1973, p. 219-220).

¹⁴ Obra de Alonso Díaz de Montalvo, es también conocida como *Ordenanzas Reales de Castilla por las cuales primeramente se han de librar los pleitos*, pero esta denominación cayó en desuso; existe una excelente edición por Jacobo Cronberguer hecha en Sevilla en 1508; vid. María e Izquierdo (2004).

¹⁵ Vid. Iglesias Ferreirós (1981, p. 685-688); también, Pérez Martín (2007, p. 265-309), y especialmente la recepción por el legislador español en las p. 287-305.

III, título II, ley III, se insiste en que: “Y revocamos la ley de Madrid que habla cerca de las opiniones de Bartolo [...]” (Vid. ESPAÑA, 1850, p. 263). Sin embargo, alguna doctrina de algún jurista estatutario extranjero, al decir de uno de ellos, fue tomada en cuenta por los jueces españoles, así el holandés Juan Voet, en el siglo XVII, al referirse a la ley que debe regir la forma externa del testamento afirma: “[...] que l’opinion professée par lui a été reconnue par la jurisprudence dans les Pays-Bas, en Allemagne, en *Espagne*, et en France”, como recoge literalmente en su obra Jean Jacques Foelix.¹⁶

3 EL PROCESO CODIFICADOR ESPAÑOL: DE 1821 AL CÓDIGO CIVIL

En España el proceso codificador que se inicia en el siglo XIX, y que a lo largo de él se va a extender por Europa y América, e incluso por Asia, se inició en 1821 aunque las nuevas reglas de conflicto no llegan hasta 1889 con la entrada en vigor del Código Civil. Debe recordarse que el artículo 259 de la Constitución de Cádiz (19 de marzo de 1812), conocida popularmente como “la Pepa” por haber sido promulgada en el día de la festividad de San José, creaba con sede en la corte (Madrid) un “Supremo Tribunal de Justicia” que fue configurado por Decreto de las Cortes de Cádiz, del 17 de abril siguiente, para que pudiese cumplir las funciones que le asignaba el artículo 261 de dicha Constitución. Y debe también recordarse que desde esa fecha hasta la sentencia de 7 de enero de 1853, relativa a un supuesto de Derecho marítimo, no se conoce ninguna sentencia, si es que el Tribunal dictó alguna, referente a Derecho Internacional Privado pues los recopiladores de esa jurisprudencia comienzan en dicho año 1853. Es verdad que la recopilación de José Puente Egido se inicia con una sentencia de 18 de noviembre de 1841 pero la misma se refiere a un caso que nada en absoluto tiene que ver con un supuesto de “tráfico jurídico externo”, es decir, de Derecho Internacional Privado, ya que no existe en él ningún elemento de extranjería.¹⁷

Desde 1812 hasta 1888 el Tribunal Supremo dictó ciento un sentencias referentes a casos de Derecho Internacional Privado, pero que se refiriesen a *conflicto de leyes* apenas hay media docena en las que se trataron cuestiones de ley aplicable a la capacidad, a la forma y fondo del testamento, y a los contratos.

¹⁶ Las cursivas son nuestras, vid. Foelix (1847, p. 99); en la traducción española de la 3ª ed., por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, se dice que: “[...] declara que su opinión ha sido reconocida por la jurisprudencia en los Países Bajos, en Alemania, en España y en Francia”, vid. t. I, Madrid, 1860, p. 121.

¹⁷ Se trata simplemente de un pleito entre dos españoles, domiciliados en España, sobre propiedad de un inmueble también aquí sito; la sentencia únicamente alude a: “[...] la ley constitucional que asegura a todo español su propiedad [...]”, lo que es obviamente indiscutible.

Las demás contemplan todos aspectos de extranjería, competencia judicial internacional, etc. Esto dicho, hay que subrayar que el sistema conflictual español, aunque parezca sorprendente, siguió siendo, de 1812 a 1889, el compuesto por las reglas ya citadas de las leyes de Partidas, a las que el Tribunal Supremo acude, incluso reproduciendo a veces su texto,¹⁸ que quedarán abrogadas por la disposición derogatoria contenida en el artículo 1.976 del Código Civil.¹⁹

Por lo demás, en cuanto a la doctrina científica como fuente de Derecho ésta, ya se ha dicho, había quedado suprimida en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, y el Tribunal Supremo nuevamente en su sentencia de 17 de enero de 1857 deja perfectamente claro que esa doctrina científica deja de ser fuente del derecho, imponiéndose la ley sobre cualquier “doctrina o interpretación que tienda a rebajar su observancia, cualquiera que sean los precedentes en que se funde, las autoridades en que apoye y los casos en que haya prevalecido”, con lo cual se eleva a principio el que las opiniones de los autores no constituyen la doctrina legal a la que se refería la Ley de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1855,²⁰ ni pueden ellas servir de fundamento a los efectos de interponer un recurso de casación, según afirmaron diversas sentencias del mismo Supremo Tribunal que se dictaron entre 1860 y 1864; una posición que vuelve a reiterarse una vez publicado ya el Código Civil en 1889, a través de otras sentencias dictadas en el período de 1894 a 1929, y ello además de negar el carácter de doctrina legal y de principios generales del Derecho a la doctrina de los autores, aunque al mismo tiempo el Tribunal Supremo recomendase a los jueces acudir a la ciencia jurídica y al estudio de las obras de sus cultivadores “para su mejor ilustración y acierto” (Vid. CASTRO Y BRAVO, 1955, p. 575-576).

Aclarada, pues, esta cuestión, es preciso despejar también cualquier duda sobre la posible vigencia en España de un Derecho Internacional Privado extranjero antes del primer proyecto de Código Civil, esto es, con anterioridad a 1821, y ello porque en el último trimestre del año 1807 se inició, bajo el mando del general Junot, una invasión de España por parte de ejército francés que finalizó en 1814, y en cuyo período se impuso a España un rey intruso: José I. Refiriéndose a él escribe Federico de Castro que nada significa “[...] el Código

¹⁸ Valga, por todas, la cita de la sentencia de 29 de enero de 1875, en el caso *Martínez c. De la Serna*, en la que en el considerando quinto el Tribunal Supremo alude a: “[...] la ley 15, tít. 14, Partida 5ª, que por ella se excluye por principio general la aplicación de la ley ó fuero de otra tierra; y que si bien la admite, es respecto de las contiendas que fuesen entre homes de aquella tierra, ya sobre pleitos ó posturas que hobiesen fecho en ella, ó en razón de alguna mueble (*sic*) ó raíz de aquel lugar, por lo que, y no siendo las partes contendientes homes de otra tierra, no se ha podido infringir la referida ley de Partida [...]”, (vid. PUENTE EGIDO, 1981, p. 818).

¹⁹ Como señala Castro y Bravo (1955, p. 306), esta regla ha sido aplicada por la jurisprudencia “a las disposiciones de *Las Partidas* y de la *Novísima Recopilación* [...]”.

²⁰ Tras esta ley estuvo vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, la cual ha sido sustituida por la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

promulgado por José Napoleón [...]”, pues fueron “[...] reglas impuestas por el invasor y sólo obedecidas a la fuerza en la zona por él esclavizada [...]” (Vid. CASTRO Y BRAVO, 1955, p. 205). Según esto cabría pensar que el artículo 3 del Código Civil francés, es decir, el Derecho Internacional Privado francés de base legal, habría estado temporalmente vigente en España al menos en la zona ocupada por los franceses, pero ello no fue así. En efecto, aunque en el proyecto A, de mayo de 1808, de la Constitución de Bayona (6 de julio de 1808) figuraba un artículo del siguiente tenor: “Artículo 53. El Código Napoleón formará la ley civil del reino”, ese precepto no aparece en ninguno de los 146 artículos del texto definitivo y, tras recientes investigaciones del ilustre historiador del Derecho español, profesor Carlos Petit Calvo, “el *Code Civil*, al fin *Code Napoleon*, no se introdujo en España como ley nacional [...]” (Vid. PETIT CALVO, 2008, p. 1.787-1.788). En consecuencia, cabe afirmar que en España nunca rigió un Derecho Internacional Privado “importado” y que las únicas reglas aplicables en nuestro país fueron, como ya se ha dicho, las leyes de Partidas hasta la entrada en vigor del Código Civil en 1889.

Desde el primer momento la codificación del Derecho Internacional Privado en España estuvo influenciada por el artículo 3 del Código Civil francés²¹ que llevaba ya vigente diecisiete años. Tres son los períodos que podrían señalarse en relación a los trabajos de codificación:

1. de 1821²² a 1849;
2. el proyecto de Código Civil de 1851; y
3. desde esta fecha, especialmente desde 1882 más concretamente, hasta 1888 en cuyo año se publica la Ley de Bases, el 11 de mayo, estableciendo las pautas para la redacción del Código Civil.

Esto dicho, nueve son los artículos que dedica el primer proyecto²³ a varios aspectos del Derecho Internacional Privado, si bien alguno queda claramente incluido en el Derecho internacional público y, concretamente, en el Derecho diplomático. En él está presente el estatuto personal desde la perspectiva de la *personalidad del Derecho*, así como la *territorialidad* en materia de contratos y propiedad, al igual que en cuanto a leyes de policía y seguridad. Se proclama

²¹ He aquí sus tres párrafos en nuestra traducción: “Las leyes de policía y seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio.

Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa.

Las leyes relativas al estado y a la capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero”.

²² Sobre el proyecto de Código Civil de 1821, vid. Tomás Ortiz de la Torre (2021, p. 373-393).

²³ Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión Especial de las Cortes nombrada en 22 de agosto.

la protección igualitaria de las leyes en materia de personas y bienes, tanto a españoles como a extranjeros, siempre que éstos respeten las normas constitucionales, sin perjuicio, claro está, de lo que pudiesen determinar los tratados internacionales.

Presente está ya el *orden público*, el “problema general” más antiguo del Derecho Internacional Privado ya que su primera formulación se halla en el mismo Bartolo de Sassoferrato. En materia de formas no llega el proyecto de 1821 a expresar claramente la regla *locus regit actum*, si bien sí alude a que los actos han de acreditarse “en forma legal”. Por lo demás, los extranjeros no gozan de fuero alguno en ningún procedimiento judicial y, por último, en cuanto al trato de los agentes diplomáticos acreditados en España éste se regirá en primer término por lo dispuesto en los tratados internacionales y, en defecto de éstos, por el principio de reciprocidad.

Por lo que atañe al proyecto de 1836, cuyo texto manuscrito obra en el archivo de la Comisión de Códigos del Ministerio de Justicia, fue conformado por los señores José Ayuso, Eugenio de Tapia y Tomás María Vizmanos y, a lo largo de sus doce artículos referentes a Derecho Internacional Privado, en él se mantiene la territorialidad de las leyes sin distinción entre nacionales y extranjeros, y la nulidad de actos contra disposiciones prohibitivas. Establece la clasificación de extranjeros en domiciliados y transeúntes, dedicando siete artículos a otros aspectos de Derecho de extranjería y manteniéndose para el trato a los agentes diplomáticos lo dispuesto en los tratados y, en su defecto, la reciprocidad. Señala las diligencias a cumplimentar por los españoles que deseen continuar residiendo fuera de España, y por primera vez se hace referencia al matrimonio de españoles en el extranjero y el comienzo de los efectos civiles del mismo. También por vez primera se alude al testamento de españoles otorgado en país extranjero estableciendo claramente para la forma la regla *locus regit actum*, y sujetando el fondo a la ley nacional, la española, del testador.

Sigue a este proyecto el de 1844 que fue redactado por el señor Cirilo Álvarez Martínez, por encargo de la Sección de lo Civil de la Comisión general de Codificación y fue presentado a la Comisión General, para su discusión, en noviembre del citado año. En él se incorporaron diversas reglas atinentes al Derecho Internacional Privado, así se establece la territorialidad para las leyes penales y de policía, así como para los bienes inmuebles; la ley nacional rige el estatuto personal de los españoles que se hallen fuera de España; rige la regla *locus regit actum* para las formas de los actos jurídicos; la prohibición de renunciar a las leyes prohibitivas, y a la derogación de leyes que interesen al orden público por acuerdos particulares; en fin, en materia de matrimonio el celebrado en el extranjero solamente se reconoce, sea entre nacionales o

mixto, cuando se cumplan las leyes personales de los contrayentes en materia de capacidad y siempre que sea de clase canónica. El proyecto de 1849 sigue la línea del de 1844, si bien hay que señalar que se ocupa de la ley aplicable a los bienes muebles, cuyos derechos y obligaciones sobre ellos se rigen por la ley del Estado en que hayan de hacerse efectivos. En realidad ambos proyectos más que tales son trabajos preparatorios para el proyecto de 1851.

El importantísimo proyecto de Código Civil de 1851 que, como escribe De Castro, es una “obra fundamental en nuestra historia jurídica” fue “el antecedente inmediato, legalmente reconocido [se refiere a la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888], de nuestro Código civil”, y todas las discusiones posteriores en torno a la obra codificadora tendrán como base sus soluciones, pudiendo señalarse que desde que se publicó fue tenido en cuenta no sólo por la doctrina sino también, en alguna ocasión, por los Tribunales considerándose tales soluciones como representativas de la más autorizada opinión, no pudiendo pasarse por alto que este proyecto de 1851 influyó notoriamente en la codificación civil que se llevó a cabo en los países hispanoamericanos (Vid. CASTRO Y BRAVO, 1955, p. 209-210).

En él se incorporaron treinta reglas sobre distintos aspectos del Derecho Internacional Privado, reproduciéndose algunas casi literalmente, que ya figuraban en los trabajos llevados a cabo con anterioridad, mientras que otras son objeto de modificación así, por ejemplo, la que determina que los bienes muebles se rigen por la ley del domicilio del propietario; otras hacen referencia a la posibilidad de demanda ante los tribunales españoles de un español en España, por español o extranjero, por obligaciones contraídas fuera de España, así como a un extranjero no residente por las que hubiere contraído en España; libertad de esclavos²⁴ con limitaciones; reglas relativas al matrimonio celebrado en España o en el extranjero entre españoles o españoles y extranjeros,

²⁴ Como es sabido, y recuerdan Nguyen Quoc Dinh (1999, p. 671) y los continuadores de su obra, a partir del descubrimiento del Nuevo Mundo, el comercio de esclavos se consideró una actividad lícita, e incluso una institución de Estado. En la obra del citado internacionalista se alude a que la esclavitud fue, hay que decir que por desgracia, “monopole de l’État espagnol” seguido de Gran Bretaña, y aunque en el Acta final del Congreso de Viena (1815) las potencias participantes declararon su deseo de “poner fin a la lacra que durante mucho tiempo había desolado África, degradado a Europa y afligido a la humanidad”, no será hasta el Acta de Berlín (1885), confirmada por el Acta antiesclavista de Bruselas (1890), cuando se establezca la regla de que “conforme al derecho de gentes, la trata de esclavos está prohibida”. Por lo que atañe a España la esclavitud fue una práctica conocida ya durante la Edad Media en los distintos reinos en que estaba dividida la Península Ibérica. En un primer momento fue abolida por las Leyes de Burgos, de 1512, que acabó con la esclavitud indígena. Después fue abolida en 1817 pero con limitación al territorio de la Península Ibérica, pues en las posesiones de Ultramar la mano de obra servil siguió utilizándose para las plantaciones de tabaco, algodón y azúcar. Definitivamente, habría que decir más bien que casi definitivamente, cualquier tipo de esclavitud fue abolida en España en 1837, si bien en la Península Ibérica ya no existían esclavos desde 1766, pero la norma no abarcaba todavía a la totalidad territorial de España, ya que no era aplicable a Cuba y Puerto Rico. Fue la I República Española la que derogó en 1873 esa excepción para Puerto Rico en 1873, y más tarde para Cuba en 1886, aunque en esta isla desde 1880 no era ya posible la posesión de nuevos esclavos.

reconociéndose el celebrado en el extranjero entre extranjero según sus leyes, pero debiendo ser de clase canónica si uno es español; curiosamente se establece la prohibición de adquirir propiedad sobre las islas que pertenecen al Estado; varias disposiciones que detenidamente contemplan la forma del testamento en lengua extranjera, en alta mar durante un viaje, en territorio extranjero, ante agente diplomático o consular, etc.

Tras este proyecto apareció otro, limitado al libro primero del Código, en fecha de 19 de mayo de 1869, que recoge diversas normas del proyecto de 1851, y se ocupa de establecer la posibilidad de exequatur de las sentencias dictadas en país extranjero, así como de que el extranjero pueda adquirir vecindad en un distrito municipal por residencia con los requisitos que se establecen expresamente.

El último paso viene dado por la exposición a las Cortes del ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez, al presentar el anteproyecto de 1882 (Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, 1965; sobre la denominación y el contenido del Anteproyecto, vid. p. 7 y ss.). En él son veinticinco las reglas que *contemplan* cuestiones de Derecho Internacional Privado, debiendo señalarse que si los bienes muebles se sujetan a la *lex situs* en caso de sucesión rige la ley nacional del *de cuius*. Por lo demás, otras reglas ya proceden de textos anteriormente redactados, y pone especial interés en la regulación de los testamentos.

Tras esto aparecerán los proyectos de la Ley de Bases, de 22 de octubre de 1881,²⁵ y de 12 de enero de 1885²⁶. De este último una de las bases (aún sin número) señala que la redacción del Código Civil, pero centrándose más en los conflictos internos (dado que España es un país plurilegislativo) que en los internacionales, deberá hacerse “inspirándose hasta donde sea prácticamente posible en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos”, fórmula que siguió la Base segunda de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, si bien esa inspiración sería “hasta donde sea conveniente”, de ahí que, aplicando también este mandato a los conflictos internacionales, es decir, a las cuestiones de Derecho Internacional Privado, el legislador dedicase en el Código Civil, de 24 de julio de 1889, el artículo 9 al *estatuto personal*,²⁷ el 10 al *estatuto real*²⁸ y

²⁵ *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado, Legislatura de 1881-1882, t. I, apéndice 5º al núm. 24, 22 de octubre de 1881.

²⁶ *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado. Legislatura de 1885, apéndice único al núm. 54, 12 de enero de 1885.

²⁷ “Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero”.

²⁸ “Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos. Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren. Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la ley 15, tit. 20 del Fuero de Vizcaya” (los tres párrafos en el Código Civil están separados por punto y aparte).

el 11 al *estatuto formal*²⁹, cuyo contenido se reproduce conforme a la Gaceta de Madrid, del jueves 25 de julio de 1889 (Vid. ESPAÑA, 1989, p. 2.073).

4 EPÍLOGO

Los textos aprobados en 1889³⁰ estuvieron vigentes hasta la reforma del Título Preliminar que, en su totalidad, se produjo en 1974, conforme a la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que aprobó el texto articulado de dicho Título Preliminar. A partir de esa fecha el sistema ha venido sufriendo, hasta hoy, numerosas modificaciones bien por leyes, por la ratificación por parte de España de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de aplicación *erga omnes*, y por Reglamentos de la actual Unión Europea que obligan a España desde su ingreso en lo que en un principio fueron las Comunidades Europeas, más conocidas como “Comunidad Económica Europea”.

En consecuencia, cabe afirmar que el actual sistema español de Derecho Internacional Privado está disperso dentro de la legislación patria y está configurado por reglas provenientes de tres fuentes distintas: interna, internacional y comunitaria (Vid. el art. de ALCOLADO CHICO, 2020, p. 1.541-1.562).

Por último, nos ha parecido oportuno incluir, como anexo, el texto completo de todas las normas relativas a Derecho Internacional Privado que figuran en todos los proyectos y trabajos que se elaboraron entre 1821 y 1882, con vistas a la adopción del Código Civil, por su no fácil acceso, contenidas en la obra colectiva, hoy descatalogada y publicada hace más de cincuenta años (p. 21-32), citada *supra* en nota 10 (UNIVERSIDAD DE MADRID, 1970, p. 19-162), así como por el interés que pudieren presentar para los investigadores, en particular internacionalistas, civilistas e historiadores.

²⁹ “Las forma y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas. No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero” (en los arts. 10 y 11 los dos últimos párrafos, de los tres de que constan, están separados por punto y aparte).

³⁰ Los artículos transcritos en la nota anterior fueron y siguen siendo, con las modificaciones que han venido sufriendo, la columna vertebral del sistema de Derecho internacional privado, aunque éste no se limitó a ellos pues el Código Civil originariamente en otros preceptos reguló cuestiones de Derecho internacional privado así, por ejemplo, el art. 52 regla de aplicación inmediata en cuanto a disolución del matrimonio, los arts. 732 a 736 relativos al testamento hecho en país extranjero, art. 1.325 referente al régimen económico del matrimonio, etc.

REFERENCIAS

ALCOLADO CHICO, María Teresa. Los conflictos internacionales de leyes en el código civil español: de la reforma de 1974 a la actualidad. Em: **Estudios Jurídicos Multidisciplinares**: homenaje a José Iturmendi Morales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. p. 1.541-1.562.

ARGÚAS, Margarita. Las leyes de partidas y el derecho internacional privado. Em: **Revista de la Facultad de Derecho**, Buenos Aires, núm. 4, cuarto trimestre, año I, tercera época, 1946.

BELTRÁN DE HEREDIA, Vicente. **Los manuscritos del maestro Fray Francisco de Vitoria, O. P.**: estudios crítico de introducción a sus lecturas y relecciones. Madrid-Valencia: Santo Domingo el Real, 1928.

BELTRÁN DE HEREDIA, Vicente. **Obras de Francisco de Vitoria**. Madrid: Teófilo Urdanoz / Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), 1960.

BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel Peña. **El anteproyecto de código civil español** (1882-1888). (Centenario de la Ley del Notariado, sección IV: fuentes y bibliografía). v. I. Madrid, 1965.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. **Derecho civil de España**: parte general, libro preliminar, introducción al derecho civil. t. I. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

DINH, Nguyen Quoc. **Droit international public**. 6. ed. Paris: E.L.G.D.J, 1999.

D'ORS, Álvaro. Los transmarini negociatores en la legislación visigoda. Em: **Estudios de Derecho internacional**: homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles. Zaragoza: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1958.

ELLIOT, Jonathan. **The american diplomatic code**: embracing a collection of treaties and conventions between the United States and foreign powers from 1778 to 1834: with an abstract of important. v. I. Washington: Lawbook Exchange, 1834.

ESPAÑA. Senado. **El código civil**: debates parlamentarios 1885-1889. t. II. Madrid: Senado, 1989.

ESPAÑA. **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. I. Madrid, 1847.

ESPAÑA. **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. II. Madrid, 1848a.

ESPAÑA. **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. III. Madrid, 1848b.

ESPAÑA. **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. VI. Madrid, 1849.

ESPAÑA. **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. VII. Madrid, 1850.

ESPAÑA. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Servicio de Informática. **Censo de tratados internacionales suscritos por España** (16 septiembre 1125 a 21 octubre 1975). v. 1, Madrid, 1976a.

ESPAÑA. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Servicio de Informática. **Censo de tratados internacionales suscritos por España** (16 septiembre 1125 a 21 octubre 1975). v. 2, Madrid, 1976b.

ESPAÑA. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Servicio de Informática. **Censo de tratados internacionales suscritos por España** (16 septiembre 1125 a 21 octubre 1975). v. 3, Madrid, 1976c.

ESPAÑA. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Servicio de Informática. **Censo de tratados internacionales suscritos por España** (16 septiembre 1125 a 21 octubre 1975). v. 4, Madrid, 1976d.

ESPAÑA. Ministerio de Asuntos Exteriores. Secretaría General Técnica. Servicio de Informática. **Censo de tratados internacionales suscritos por España** (16 septiembre 1125 a 21 octubre 1975). v. 5, Madrid, 1976e.

FERNÁNDEZ LADREDA, Manuel F. **Estudios históricos sobre los códigos de castilla**. La Coruña: Trubia, 1896.

FOELIX, Jean Jacques Gaspard. **Traité de droit international privé**: ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé. 2. ed. Paris: Joubert, 1847.

GARCÍA ARIAS, Luis. **Estudios y de historia y doctrina del derecho internacional**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. **Antología de fuentes del antiguo derecho**: manual de historia del derecho. t. II. 5. ed. rev. Madrid: AGESA, 1973.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. **Curso de historia del derecho español**: textos jurídicos antiguos. t. III. 6. ed. Madrid: Grafica Administrativa, 1956.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**. t. I. Buenos Aires: Europa-America, 1952.

GRZYBOWSKI, Kazimierz. El estado. En: KERNIG, C. D. **Marxismo y democracia**: derecho. v. 1. Traducción español Agustín Alonso Fernández. Madrid: Rioduero / Católica, 1975. Título Original: *Marxismus im Systemvergleich*.

GUTIÉRREZ GASSIS. **Síntesis de la historia del derecho internacional**. Santander, 1926.

HERRERO RUBIO, Alejandro. **Nociones de historia del derecho de gentes y de las relaciones internacionales**. 3. ed. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1967.

IGLESIAS FERREIRÓS, Aquilino. Saberes traslaticios. En: **Anuario de Historia del Derecho Español**, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado (Ministerio de Justicia), t. LI, Madrid, 1981.

LAZCANO, Carlos Alberto. **El derecho internacional privado em las antiguas leyes españolas**. Buenos Aires: Ed. La Universidad, 1946.

MARÍA E IZQUIERDO, María José. **Las fuentes del ordenamiento de Montalvo**. Madrid: Dykinson, 2004.

MARÍN Y MENDOZA, Joaquín; RUS RUFINO, Salvador. **Historia del derecho natural y de gentes**. Valencia: Alfons el Magnànim, 1999.

MATEU IBARS, Josefina. **Braquigrafia de sumas**. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 1984.

MYERS, Denys Peter. **Manual of collections of treaties and of collections relating to treaties**. London, 1922.

PÉREZ DE LA CANAL, Miguel Ángel. La pragmática de Juan II, de 8 de Febrero de 1427. En: **Anuario de Historia del Derecho Español**, Madrid, Ed. Boletín Oficial del Estado (Ministerio de Justicia), n. XXVI, p. 659-668, 1956.

PÉREZ MARTÍN, Antonio. La recepción de la obra de Baldo en España. En: **Anales de Derecho**, Ed. Universidad de Murcia, núm. 25, p. 265-309, 2007.

PETIT CALVO, Carlos. España y el code Napoleon. En: **Anuario de Derecho Civil**, t. LXI, fasc. IV, 2008.

PREISER, Wolfgang. **Frühe völkerrechtliche ordnungen der aussereuropäischen welt**: ein beitrage zur geschichte des völkerrechts. Wiesbaden: F. Steiner: 1976. Serie *Sitzungsberichte der Wissenschaftlichen*

Gessellschaft an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main, t. IV, núm. 5.

PUENTE EGIDO, José. **Derecho internacional privado español**: doctrina legal del Tribunal Supremo. Barcelona: Eunibar, 1981.

RETORTILLO Y TORNOS, Alfonso. **Compendio de historia del derecho internacional**. Madrid: Alcaná, 1909.

ROUSSEAU, Charles. **Derecho internacional público**. Trad. esp. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1961.

SCHÖNBAUER, Ernst. Studien zum personalstatts prinzip antiken recht. En: **Zeitschrift der Savigny Zeitung: Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung**. t. 49, 1929.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. **Derecho internacional privado**: parte general, introducción, historia doctrinal y codificación. v. I. Madrid: Universidad Complutense (Servicio Publicaciones Facultad Derecho), 1992.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. La disciplina del “derecho internacional privado” en España. Em: **Liber Amicorum. Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Antonio Rodríguez Sastre**. Madrid: International Law Association, Sección Española, 1985.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. La historia del derecho internacional: en el centenario de la obra de Joaquín Fernández Prida. En: **Revista Jurídica de Asturias**, Oviedo, Ed. Universidad de Oviedo, núm. 40, 2017, p. 29-54.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Monumentos del derecho internacional: las antiguas colecciones de tratados. Em: **Veritas fons iustitiae**: homenaje al Profesor Dr. Ángel Sánchez de la Torre. t. II. Madrid: Ed. Universidad Complutense (Servicio Publicaciones Facultad de Derecho), 2008.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Origen de la codificación del derecho internacional privado en España: en el bicentenario del proyecto de Código Civil de 1821. Em: **Anales de la Real Academia de Doctores de España**, Madrid, Ed. Real Academia de Doctores de España, v. 6, núm. 2, p. 373-393, 2021.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Una obra inédita sobre derecho internacional privado del profesor Mariano Aguilar Navarro (1916-1992). Em: **Revista Jurídica de Asturias**, Oviedo, Ed. Universidad de Oviedo, núm. 34, 2010, p. 203-292.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. Geschichte der staatsvertrage und völkerrecht. En: **Internationale Festschrift für Alferd Verdross**. München-Salzburg: Wilhelm Fink, 1971.

UNIVERSIDAD DE MADRID. **Textos y materiales de derecho internacional privado**: Catedra de derecho internacional privado: textos y documentos. v. I. Madrid: Universidad de Madrid (Sección de Publicaciones Facultad de Derecho), 1970.

WENGER, Leopold. **Institutionen des romischen zivilprozessrecht**. München: Hueber, 1925.

A N E X O

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1821

Art. 25. Las leyes que prescriben las obligaciones de los españoles en cuanto a su estado político, civil y religioso obligan al español, aunque resida en país extranjero, a no ser que la ley disponga literalmente otra cosa.

Art. 26. Las leyes que regulan los contratos, y la adquisición, conservación, aprovechamiento y transmisión de la propiedad territorial obligan a los extranjeros.

Art. 27. Las leyes que regulan la policía de seguridad, salubridad y comodidad obligan a los extranjeros que residen en el territorio de la nación.

Art. 28. Los extranjeros pertenecientes al Cuerpo diplomático, que residen como tales en territorio de la Nación española, gozan de la protección y preeminencias estipuladas por los respectivos tratados; y en su defecto las que se dispensen a los diplomáticos españoles por la otra nación.

Art. 29. Las leyes dispensan a las personas y a la propiedad de los extranjeros, en tiempo de paz o de guerra, la misma protección que a las personas y a la propiedad de los españoles, con tal de que dichos extranjeros respeten la constitución política de la Monarquía, y las demás leyes que gobiernan a los súbditos de ésta.

Esta protección, en cuanto a las personas, se entiende sin perjuicio de los

tratados existentes con otras potencias. En ellos no consideran comprendidas las opiniones políticas.

Art. 31. Son nulos los actos en que por renuncia o convenios se intente dejar sin vigor las leyes que regulan el orden público, las que apoyan la moralidad de las acciones y las que protegen los derechos de los individuos en razón de su edad, sexo u otra consideración general que reclama el amparo de la ley.

Art. 53. Para el goce de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones que concede o impone la ley, basta la calidad de español, o la de extranjero en los casos de los artículos 26, 27 y 29.

Art. 145. [La ley exige que se extienda instrumento público para la comprobación de todos los actos de nacimiento, matrimonio y muerte: artículo 134]. Si dichos actos pasaren fuera del territorio español, las partes interesadas cuidarán de acreditar su existencia en forma legal y presentarán el documento justificativo al agente diplomático español más cercano, quien lo remitirá a la Secretaría de Estado y ésta los pasará a la de Gobernación.

Art. 191. La ley no reconoce fuero alguno especial respecto de los extranjeros, así en lo contencioso, civil o criminal como en lo gubernativo.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1836

Art. 6. Las leyes obligan a todos los individuos del Estado sin distinción alguna, y también a los extranjeros según los términos que expresan los artículos 31 y 37.

Art. 11. Es nulo cualquier acto en que se intente dejar sin efecto las disposiciones prohibitivas de las leyes; pero es válida la renuncia de los derechos que éstas conceden, si se hace expresa y libremente por persona capaz.

Art. 27. Los extranjeros residentes en España pueden considerarse como transeúntes o domiciliados.

Art. 28. Extranjero transeúnte es el que no tiene domicilio en España.

Art. 29. El extranjero que se hallare en tránsito en España disfrutará de la protección y derechos que están concedidos a los españoles de igual clase por los usos o tratados existentes con la nación a que el mismo extranjero pertenezca.

Art. 30. Todo extranjero puede domiciliarse en cualquier pueblo del territorio español siempre que fije en él su residencia y lo manifieste al Ayuntamiento para ser empadronado como tal.

Art. 31. El extranjero domiciliado gozará en el pueblo de su residencia igual protección que los españoles domiciliados, y estará sujeto a las contribuciones que se impusieren a éstos; pero no podrá adquirir vecindad sin estar naturalizado.

Art. 32. Todo extranjero estará sujeto a las leyes de España con respecto a los bienes inmuebles que posea en territorio español; e igualmente por contrato hecho o por delito cometido en el mismo territorio; y hallándose dentro de él, podrá ser demandado en los tribunales españoles por las obligaciones que haya contraído fuera de España, aun cuando el demandante sea extranjero, a no ser que hubiere pacto en contrario. También obligan a todo extranjero las leyes sanitarias y de policía.

Art. 33. Los extranjeros pertenecientes al Cuerpo diplomático que residan como tales en España, gozarán de la protección, derechos y preeminencias estipuladas en los respectivos tratados; y en su defecto las que se dispensen a los diplomáticos españoles por las demás naciones.

Art. 156. Los casamientos celebrados por españoles en países extranjeros, donde por la distancia no hayan podido verificarse las diligencias preparatorias expresadas en los artículos 151 a 154, empezarán a producir los efectos civiles cuando después de haber llegado los cónyuges al territorio español, hubieren suplido aquellos requisitos, haciéndose constar al juez y al párroco del distrito donde fijaren su domicilio.

Art. 157. Los españoles que quieran continuar residiendo fuera del territorio español podrán practicar las diligencias preparatorias de que se habla en el artículo anterior, como por patria común, en la Secretaría del Ayuntamiento de la capital del Reino y en la Parroquia más antigua de ella.

Art. 2.240. El testamento hecho por un español en país extranjero, deberá tener las formalidades necesarias para su validez, según aquella legislación o la de

España; pero arreglándose en todo caso a lo que ésta prescribe, respecto al modo de disponer los bienes propios para después de su muerte.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL (TRABAJOS) DE 1844

Art. 4. Las leyes penales y de policía obligan a todos los que se encuentran en territorio español. Las que arreglan el estado y condición de las personas alcanzan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

Art. 5. Los bienes inmuebles sitos en territorio español se rigen por las leyes españolas, aunque estén poseídos por extranjeros.

Art. 6. Las solemnidades de los contratos, testamentos y escrituras se arreglan por las leyes del país en que son otorgados.

Art. 8. Las leyes prohibitivas no pueden renunciarse, y lo hecho contra ellas es nulo, excepto el caso especial en que se establezca lo contrario.

Art. 9. Por convenios particulares no pueden derogarse las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

Art. 81. La ley no reconoce el matrimonio celebrado en el extranjero por españoles, o entre españoles y extranjeros:

1. Si los contrayentes no tenían las condiciones de capacidad exigidas por las leyes de su respectivo país.
2. Si no es recibido y celebrado en faz de la Iglesia católica. Pero el matrimonio celebrado en esta forma se considera, para los efectos civiles, como si en su origen hubiere sido legítimo.

Art. 82. Lo dispuesto en el artículo anterior queda sujeto a lo estipulado o que se estipule en los tratados internacionales.

PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL (TRABAJOS) DE 1849

Art. 8. Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio del Estado.

Art. 9. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los españoles aunque residan en país extranjero.

Art. 10. Los derechos y obligaciones relativos a los bienes inmuebles o raíces, aunque estén poseídos por extranjeros, se regularán por leyes españolas.

Art. 11. Los derechos y obligaciones relativos a los bienes muebles se regularán por las leyes del país en que hayan de hacerse efectivos.

Art. 12. La validez de los actos y documentos respecto a sus formas extrínsecas se califica por las leyes del país en que se hubieren otorgado.

Art. 13. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesadas el orden público y las buenas costumbres.

Art. 42. Para que sea válido el matrimonio celebrado en país extranjero por españoles o entre españoles y extranjeros se requieren las circunstancias siguientes:

1. Que los contrayentes tengan las condiciones de capacidad exigidas por las leyes de su respectivo país.
2. Que sea celebrado en faz de la Iglesia Católica.

La ratificación del matrimonio en esta forma se considera, para los efectos civiles, como si en sus orígenes hubiera sido legítimo.

Lo dispuesto en este artículo queda sujeto a lo estipulado o que se estipulare en los tratados internacionales.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

Art. 6. Las leyes penales y de policía obligan a todos los que habitan en el territorio del Estado.

Art. 7. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

Art. 8. Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas.

Art. 9. Los derechos y obligaciones relativas a bienes muebles se rigen por las leyes del país en que su dueño está domiciliado.

Art. 10. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se regirán por las leyes del país en que se hubieren otorgado.

Art. 11. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

Art. 12. Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto o que se dispusiere por los tratados y leyes especiales.

Art. 27. Todo español puede ser demandado en España por las obligaciones contraídas, fuera del reino, con un extranjero u otro español.

Art. 28. El extranjero, aunque no resida en España, puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones contraídas con un español en el reino, o que deban tener en él su ejecución.

Art. 29. El extranjero puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que ha contraído en país extranjero para con un español.

Art. 30. El extranjero demandante en España debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a no ser que posea en España bienes inmuebles en cantidad suficiente.

Art. 31. El extranjero que se encuentre en España puede ser demandado por otro extranjero por las obligaciones contraídas en el reino.

Art. 32. Lo dispuesto en los cinco artículos anteriores se entiende, sin perjuicio del principio de reciprocidad consignado en el artículo 26.

Este mismo principio se observará respecto de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros para su cumplimiento en España, salvas las reglas y usos admitidos para ponerlas en ejecución.

Art. 34. Los esclavos pertenecientes a españoles adquirirán la calidad de libres, en el momento que sean importados en el territorio continental del reino o de sus islas adyacentes.

También adquirirán la calidad de libres los pertenecientes a extranjeros que al mes de su introducción no sean exportados por sus dueños.

Art. 48. El matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia católica admitidos en España.

Art. 49. El matrimonio celebrado entre extranjeros, que sea válido con arreglo a las leyes de su país, surtirá todos los efectos civiles en España.

Art. 50. El matrimonio contraído en el extranjero, siendo los dos con trayentes o uno de ellos español, se registrará por las leyes de España en cuanto a la capacidad e impedimentos dirimentes del español; salvo que si no se hubiese celebrado en presencia del párroco y dos testigos, y los contrayentes vinieren al reino, lo ratifiquen a los dos meses de su venida, debiendo extenderse la correspondiente partida en el libro de matrimonios.

Lo dispuesto en este artículo queda sujeto a lo estipulado o que se estipulare en los tratados internacionales.

Art. 355. Respecto de los nacidos en campaña fuera del territorio español, el párroco castrense extenderá la partida de nacimiento por duplicado, y remitirá en el término de quince días, un ejemplar al Ministerio de la Guerra, y el otro a la Inspección del arma respectiva, donde se depositará.

Art. 413. Las islas que se forman en los mares adyacentes a las costas de España pertenecen al Estado, y nadie puede adquirir propiedad sobre ellas, sino en virtud de concesión del Gobierno o por prescripción.

Esta disposición es aplicable a los ríos navegables y aun a los flotables, que son aquellos en que se navega por sirga o balsas.

Art. 566. Para testar en lengua extranjera, se requiere la presencia de dos intérpretes juramentados, que harán la traducción en castellano: en este caso debe escribirse el testamento en las dos lenguas.

Art. 578. En alta mar y durante el viaje, los testamentos serán otorga dos de la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos; el capitán del buque o el que haga sus veces pondrá además el visto bueno.

En los buques mercantes será autorizado por el capitán o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos.

En uno y otro caso los testigos serán tomados con preferencia de entre los pasajeros, caso de haberlos.

La disposición de este artículo es aplicable no sólo a la tripulación, sino también a los pasajeros; pero cesa para todos cuando el buque se halla en un puerto español o extranjero.

Art. 581. Cuando el buque, sea de guerra o mercante, arribe a puerto extranjero antes que a otro del reino, el capitán entregará una copia del testamento, cerrada y sellada, al agente diplomático o consular que allí resida.

La copia ha de llevar las mismas firmas que el original, si viven y están a bordo los que lo firmaron, e irá acompañada de la nota tomada en el diario.

El agente diplomático o consular hará extender por escrito diligencias de la entrega, y lo transmitirá todo al Ministerio de Marina, quien lo mandará depositar en el archivo de su Ministerio. El capitán que haga la entrega, recogerá del agente diplomático o consular certificación de haberlo verificado, y tomará nota de ello en el diario.

Art. 585. Los testamentos otorgados en país extranjero con las solemnidades usadas en el mismo son válidos.

El español podrá además otorgar testamento ológrafo con arreglo al artículo 564, sin el requisito del papel sellado.

Art. 586. Podrá también el español que se encuentre en un país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el agente diplomático o consular de S. M. residente en el lugar del otorgamiento: y, en este caso, se observará todo lo dispuesto en los artículos 565 al 570 inclusive, menos en cuanto a la calidad de domicilio en los testigos.

Art. 587. El agente diplomático o consular remitirá copia del testamento, si es abierto, o de la diligencia del acto de su presentación cuando sea cerrado, a la primera Secretaría de Estado para ser depositado en el archivo.

Cumplirá, además, el mismo agente cuanto sobre testamentos le incumba hacer por los reglamentos que le conciernen.

Art. 588. La inobservancia o falta de cualquiera de las solemnidades prescritas en ésta y en la anterior sección anula el testamento.

Art. 604. La capacidad activa y pasiva de los extranjeros se regula por lo dispuesto en el artículo 26.

Art. 1.312. El español que se casa en el extranjero y se domicilia después en el reino, podrá renunciar la sociedad en forma auténtica dentro del año de su regreso; pero en otro caso quedará sujeto a lo dispuesto en este capítulo, retrotrayéndose los efectos de la sociedad a la época de la celebración del matrimonio.

Art. 1.822. Para que puedan inscribirse las escrituras otorgadas en país extranjero, se requiere el consentimiento del propietario de los bienes sobre que recae la inscripción, o en su defecto un mandato judicial.

Exceptúanse de esta disposición las escrituras otorgadas ante los cónsules de Su Majestad.

En cuanto a los títulos que se funden en sentencias dictadas en país extranjero, se observará lo dispuesto en el artículo 32.

Art. 1.918. La sentencia obtenida por un súbdito español contra un extranjero no domiciliado en España, lleva consigo el apremio personal.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1869

Art. 7. No pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

Art. 10. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

Art. 11. Los bienes inmuebles sitos en España, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes españolas.

Art. 12. Los derechos y obligaciones relativos a bienes muebles se rigen por las leyes del país en que su dueño está domiciliado.

Art. 28. Los españoles que viajan o residen en país extranjero continúan sujetos a las leyes españolas concernientes a su capacidad civil, a su estado y a su propiedad inmueble, situada en el reino, en cuanto a los actos que hubieran de producir en él sus efectos. La forma externa de los actos se regirá por la ley del país donde fuesen celebrados, salvo en los casos en que la ley expresamente ordene lo contrario.

Art. 29. Todo español puede ser demandado en España por las obligaciones contraídas fuera del reino con un extranjero u otro español.

Art. 30. Los extranjeros que viajan o residen en España tienen los mismos derechos y obligaciones civiles que los españoles en cuanto a los actos que han de producir sus efectos en el reino, excepto en los casos en que la ley expresamente determine lo contrario, o que exista tratado o convención especial que regule en otra forma sus derechos.

Art. 31. El estado y la capacidad civil de los extranjeros son regidos por la ley de su país.

Art. 32. El extranjero, aunque no resida en España, puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones contraídas con un español en el reino, o que deban tener en él su ejecución.

Art. 33. El extranjero que se encontrare en el reino puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que hubiere contraído en país extranjero para con un español.

Art. 34. El extranjero demandante en España debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a no ser que posea en España bienes in muebles en cantidad suficiente.

Art. 35. El extranjero que se encuentre en España puede ser demandado por otro extranjero por las obligaciones contraídas en el reino mientras por tratados especiales no se dispusiese lo contrario.

Art. 36. Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros sobre derechos civiles entre extranjeros y españoles pueden ejecutarse en España, mediante su presentación ante el respectivo tribunal, con arreglo a lo prescrito en el Código de procedimientos.

Art. 38 El extranjero no naturalizado que siendo cabeza de familia desee avecindarse en un distrito municipal, debe residir en él con casa abierta por espacio de tres años, renunciar ante el Ayuntamiento la protección del pabellón de su país, y probar por lo menos una de las siguientes circunstancias:

Primera. Estar o haber estado casado con española.

Segunda. Haber arraigado en el reino. Adquiriendo en él bienes inmuebles.

Tercera. Haber ejercido por espacio de cinco años en el reino una profesión útil.

Cuarta. Haber establecido o hallarse estableciendo una industria que requiera su residencia habitual en el país.

Quinta. Haberse hallado al servicio del Estado.

Art. 75. El matrimonio celebrado entre extranjeros que sea válido con arreglo a las leyes de su país, surtirá todos sus efectos en España.

Art. 76. El matrimonio contraído en el extranjero con arreglo a las leyes del país, siendo los dos contrayentes españoles o uno de ellos, será válido en España si no se hubieren infringido las disposiciones que regulan la capacidad y marcan los impedimentos dirimentes del español.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1882-1888

Art. 6. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que habiten en el territorio español.

Art. 8. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

Art. 9. Los bienes inmuebles están sujetos a las leyes españolas, aunque se hallen poseídos por extranjeros.

Art. 10. Los bienes muebles están sujetos a las leyes del país donde se hallen, pero su transmisión por sucesión testada o intestada se rige por las leyes de la nacionalidad de su dueño.

Art. 11. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Cuando

los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares españoles en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades de las leyes de España.

Art. 25. Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles, salvo lo dispuesto en el artículo 2.º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales.

Art. 42. El casamiento contraído en país extranjero, donde estos actos no estuviesen sujetos a un registro regular o auténtico, puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

Art. 71. Si los interesados fueren extranjeros y no llevaren dos años de residencia en España, acreditarán con certificación en forma, dada por autoridad competente, que en el territorio donde hayan tenido su domicilio o residencia durante los dos años anteriores se ha hecho, con todas las solemnidades exigidas en aquél, la publicación del matrimonio que intentan contraer. El juez municipal, por justa causa, podrá dispensar en este caso la publicación del matrimonio.

Art. 203. No pueden ser tutores ni pro-tutores:... núm. 13. Los extranjeros que no residan en España.

Art. 291. Cuando los actos sujetos al registro tengan lugar en el extranjero, desempeñarán las funciones de jueces municipales los agentes diplomáticos y consulares de España.

Art. 310. Cuando tenga lugar el nacimiento en un ejército en campaña fuera del territorio nacional, o a bordo de embarcaciones del Estado o de particulares, el jefe del Cuerpo o de la nave levantará acta expresiva de todas las circunstancias de la ley, extendiéndola en el libro [...] (*sic*).

Art. 313. Las actas de matrimonio celebrado por españoles en el extranjero se inscribirán en el Registro Civil del agente diplomático o consular de España en aquel punto.

Los extranjeros que hubieren contraído matrimonio con arreglo a las leyes de su país tendrán obligación de inscribirlo en el Registro Civil de su domicilio, cuando

fijen su residencia en territorio español; y al efecto presentarán legalmente traducidos los documentos que lo acrediten.

Art. 325. Los fallecimientos ocurridos en el extranjero, en buques del Estado o mercantes, y en los ejércitos de campaña, se inscribirán en la forma dispuesta para los nacimientos.

Art. 374. Las islas que se forman en los mares adyacentes a las costas de España pertenecen al Estado.

Esta disposición es aplicable a los ríos navegables y flotables.

Art. 431. Todo español o extranjero podrá hacer libremente en terreno de dominio público calicatas o excavaciones que no excedan de diez metros de extensión en longitud o profundidad con objeto de descubrir minerales; pero deberá dar aviso previamente a la autoridad local. En terrenos de propiedad privada no se podrá abrir calicatas sin que preceda permiso del dueño o del que le represente.

Art. 672. El testamento es común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado.

Se consideran especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Art. 679. Cuando el testador ignore el idioma del país, y el notario y testigos el del testador, de suerte que no pueda ser entendido de viva voz, concurrirán también al acto y firmarán el testamento dos intérpretes nombrados por el mismo testador, los cuales harán la traducción al castellano. En estos casos se escribirá el testamento en los dos idiomas. Si no hubiere personas idóneas para servir de intérpretes, el testador no podrá otorgar testamento abierto, pero podrá hacerlo ológrafo o cerrado.

Art. 722. La disposición del artículo 720 (forma del testamento marítimo) será aplicable, no sólo a la tripulación, sino también a los pasajeros y cesará para todos cuando el buque se halle en un puerto español o extranjero.

Art. 727. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el ministro de Marina remitirá el testamento al de Estado para que por la vía diplomática se le dé el curso que corresponda.

Art. 731. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que otorguen su testamento.

También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al artículo 684, sin el requisito del papel sellado, aun en los países cuyas leyes no admiten dicho testamento.

Art. 732. No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 664, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiere otorgado.

Art. 733. Podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el agente diplomático o consular de España residente en el lugar del otorgamiento [...] (*sic*).

Art. 1.341. Las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos anteriores del presente título [contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio], otorgados por súbditos españoles en país extranjero, se regirán por las disposiciones de este Código, pudiendo, no obstante, extenderse bajo la forma externa auténtica que prescriba la legislación del país donde residan los contrayentes, o ante los agentes consulares de España que en la localidad existan.

Art. 1.342. Si el casamiento se contrajese en país extranjero, entre español y extranjera o extranjero y española, y nada declarasen o estipulasen relativamente a sus bienes, se entenderá, cuando sea español el cónyuge varón, que se casa bajo el régimen de la sociedad de gananciales, y cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen del derecho común en el país del varón; todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto de los bienes muebles.

Art. 1.417. A la sociedad de gananciales no podrá renunciarse durante el matrimonio; se exceptúa el caso de separación judicial.

El español que se case en el extranjero y después se domicilie en el reino, podrá renunciar a la sociedad de gananciales en forma legal, dentro del año de su regreso o de haberse domiciliado. En otro caso quedará sujeto a lo preceptuado en este capítulo, retrotrayéndose los efectos de la sociedad a la época de la celebración del matrimonio.

Madrid (España), noviembre de 2021.

Submissão em: 12 de novembro de 2021

Último Parecer favorável em: 18 de janeiro de 2022

Como citar este artigo científico

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Principales rasgos de la evolución histórica del sistema español de Derecho Internacional Privado: del derecho antiguo al Código Civil (a propósito del bicentenario del primer proyecto de Código Civil de España). In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 111-147, jan.-abr. 2022.

LOS ANGELES CCAP: A STRATEGIC COURSE OF ACTION TO ACHIEVE CARBON NEUTRALITY BY 2050

W. PATRICK McPHILAMY, III¹

1 INTRODUCTION

This Climate Change Action Plan (CCAP) was created to address climate change issues confronting the City of Los Angeles (Los Angeles or the City). Los Angeles faces serious risks and adverse impacts to the health, safety, and welfare of its residents, environment, and economy from climate change (LOS ANGELES, 2014; UNIVERSITY, 2013; WILLIAMS et al., 2015). In Los Angeles, climate change is expected to worsen air pollution, triple the number of extremely hot days above 95° F, and increase wildfires during the next 30 years, presenting grave public health issues such as increased respiratory diseases, poor water quality, and illnesses and deaths caused by heat and vector-borne diseases (LOS ANGELES, 2014). Climate scientists have suggested that human activities will continue to contribute to extreme weather and drought in California in future years (National Oceanic Atmospheric Administration - NOAA, 2015, citing Belmecheri, 2015). The City's coastal infrastructure is at risk due to anticipated sea level rise, namely, the City's wastewater management, stormwater management, and potable water systems, and City roads (UNIVERSITY, 2013). Moreover, coastal flooding could have an adverse impact on the economies of beach communities in Los Angeles, accounting for \$16.5 billion in expenditures in 2012 (UNIVERSITY, 2013, p. 2). In order to mitigate those risks and impacts, this plan presents various pathways for Los Angeles to achieve carbon neutrality by 2050.

¹ Juris Doctor at California Western School of Law. Master of Law at University of Cambridge (UK). Lawyer. Mediator. Arbitrator. Coach. ODR Specialist. Ambassador Arbitrator Intelligence. Los Angeles (California, United States). *e-mail*: patrick.mcphilamy@gmail.com

The CCAP identifies the City's carbon inventory and proposes plans for reducing and eliminating carbon dioxide (CO₂) emissions to zero by 2050. The City's main sources of emissions will be examined, and strategies will be suggested to reach target reductions over the next 33 years in six public and private sectors, namely, buildings, transportation, waste, land use, and energy systems and energy supply. As indicated below, the production and supply of energy for use in buildings and transportation present the largest opportunities for reductions in CO₂ emissions in Los Angeles. The CCAP will therefore focus mainly on and provide a more detailed analysis of the strategies for reduction and elimination of emissions in connection with the production and supply of energy for buildings and transportation, notwithstanding the importance of the other sectors.

2 EMISSIONS INVENTORY AND TARGET REDUCTIONS

In 2007 the City conducted a study comparing levels of CO₂ emissions in Los Angeles in 2007 with 1990 (LOS ANGELES, 2007). According to that study, Los Angeles had reduced emission levels by 7% from 54.1 million metric tons (MMT) of CO₂ in 1990 to 50.3 MMT in 2007, notwithstanding an increase in population of about 12.5% (LOS ANGELES, 2007, p. 1-2). Transportation represented the largest source of CO₂ emissions in 2007, accounting for 47% of the total (LOS ANGELES, 2007, p. 1). Building energy consumption was the second largest source of emissions, generating 32% of the total (LOS ANGELES, 2007, p. 1). The remaining sources of emissions were from industrial fuels (12%), natural gas, residential (6%), and natural gas, commercial (3%) (LOS ANGELES, 2007, p. 1). In light of those levels and sources of emissions, the CCAP provides for a one-third reduction of CO₂ emissions based on 2007 levels every 11 years until 2050 and will focus on strategies to transition from fossil fuels to clean renewable sources of energy for Los Angeles in order to achieve carbon neutrality by the proposed deadline.

3 PLAN, STRATEGIES, AND ACTION TO ACHIEVE CARBON NEUTRALITY

The pathway to carbon neutrality proposed in this plan is predicated on broad strategies to reduce carbon emissions in connection with the City's buildings, transportation, waste, land use, and energy systems and energy supply. These strategies rely on the transition from fossil fuels to renewable

energy for homes, businesses, and transportation. The plan identifies options for emission reductions such as buildings designed to reduce and conserve energy through construction and retrofit projects, vehicles powered by electricity, and electricity generated from solar, wind, and geothermal energy.

The plan also suggests higher density design to reduce vehicle traffic and encourages alternative modes of transport and movement of persons by mass transit, bicycling, and walking. Appropriate land use for management of waste will also be discussed, along with reduction of heat islands and increase of carbon sinks by planting trees and vegetation and other land use plans. Investment in infrastructure to implement the plan will also be considered, although specific policy strategies to achieve carbon neutrality, such as carbon pricing, cap-and-trade programs, financial incentives, financing, and building code regulations, are beyond the scope of this plan.

3.1 Buildings

Green design will play a critical role in emission reductions for new construction. Efficient designs can also reduce energy consumption. Retrofitting existing building stock will be crucial to achieve net zero carbon emissions. On-site electricity production through rooftop photovoltaic (PV) or geothermal systems will contribute to reductions of carbon emissions. Off-site electricity must be generated and supplied from clean renewable sources such as wind, solar, or geothermal in order to achieve carbon neutrality by 2050.

3.1.1 Commercial, industrial, and residential buildings

Several actions can be taken to reduce or eliminate carbon emissions in the City's building stock. Leadership in Energy and Environmental Design (LEED) certification offers one possibility to achieve some of the highest standards in the design, construction, operation, and maintenance of new and existing buildings (UNITED STATES, 2016). Energy Star certification would also assist individuals and businesses conserve energy and address climate change issues through the purchase and installation of energy efficient products and construction of energy efficient buildings (UNITED STATES, 2016). Green building materials using recycled materials and manufactured without harm to the environment would also have a positive impact on climate change. Heat pumps, air conditioning systems, furnaces, appliances, electronics, lighting, and

other equipment should also meet or exceed the energy efficiency specifications established by the LEED and Energy Star programs.

A well-sealed building envelope, together with insulation and energy efficient doors and windows, could also decrease GHG emissions, conserve energy, and reduce energy costs (UNITED STATES, 2016). About one-sixth of all electricity generated in the U.S. is used to air condition buildings (UNITED STATES, 2016a). Cool roofing materials such as those certified by Energy Star have the potential to reduce peak cooling demand for electricity by 10-15% (UNITED STATES, 2016a). Building tops can be covered with solar panels to meet energy needs and any remaining roof space can be dedicated as a green roof to provide environmental benefits such as reducing stormwater runoff and urban heat island effect (UNITED STATES, 2011).

Retrofits will be necessary to achieve energy efficiency in existing buildings. Large high use structures should be considered at the outset of the plan for upgrades. Commercial and industrial retrofits could start with structures 30,000 square feet or larger and should be undertaken at the earliest possible opportunity within the first 11 years of the plan. Larger residential structures could be the first selected for remodeling. All structures could be subject to upgrade by either the seller or buyer in connection with real estate sales or refinancing transactions.

At least one-third of the building stock should be retrofitted each 11 years to meet the 2050 deadline. A whole building concept should be employed. As with new construction, existing buildings should be insulated, sealed, and caulked to ensure against air leaks in the building's envelope. Heat pumps, air conditioning systems, furnaces, appliances, electronics, lighting, and other equipment should be upgraded to achieve maximum energy efficiency. Solar installations should be considered to provide power for energy needs and appliances such as water heaters. Cool roofing material would also serve to regulate building temperature and reduce energy use and would provide a potentially maintenance free substrate on the surface of which solar PV panels could be installed. A green roof could also be installed on appropriate roof configurations. Each site should be appropriately landscaped to provide carbon sinks. For that purpose, drought resistant trees, shrubbery, and vegetation with high carbon sequestration potential should be planted.

Systems must be designed and constructed on all properties, both public and private, to capture, retain, and store rainwater flowing off buildings, parking lots, or other impervious surfaces for subsequent on-site use. Water must be conserved and recycled due to the perennial threat of drought and water shortages confronting Angelenos.

Although detailed policy considerations are beyond the scope of this plan, incentives and tax breaks such as government guaranteed loans, property assessed loans, low-interest financing, property tax reductions, tax credits, green bonds, and rebates could be used to assist businesses and residents with their retrofit projects. Accelerated depreciation could also aid businesses. Utility cost savings would also serve to offset and expedite return on such investments and possibly provide a positive cash flow. Environmental returns would be immense.

3.2 Transportation

A transition from fossil fuels to renewable energy sources to power motor vehicles must occur to meet carbon neutrality in Los Angeles by 2050. The right combination of political and economic forces will be required to reach critical mass. This appears to be a tangible possibility. On the legislative front, California has codified into law one of the most ambitious environmental bills in U.S. history. Specifically, the Global Warming Solutions Act of 2006, California Assembly Bill 32 (AB 32), requires California to reduce GHG emissions to 1990 levels by 2020, and to a level 80% below 1990 levels by 2050 (AB 32, 2006). On the economic front, in a study conducted by Bloomberg New Energy Finance (BNEF), energy analysts forecasted that electric vehicles (EV) will be able to compete economically with internal combustion engines by mid-2020 (BNEF, 2016). BNEF also forecasted that EV sales will reach 41 million by 2040, or 35% of light passenger vehicles (BNEF, 2016). According to BNEF's estimates, EV's will represent 25% all vehicles on the road by 2040, resulting in a reduction of 13 million barrels per day of crude oil consumption, but using 2700 terawatt-hours of electricity (BNEF, 2016).

Collin McKerracher, who is a lead advanced transportation analyst at BNEF, stated: "At the core of this forecast is the work we have done on EV battery prices. Lithium-ion battery costs have already dropped by 65% since 2010, reaching \$350 per kWh last year. We expect battery costs to be well below \$120 per kWh by 2030, and to fall further after that as new chemistries come in." (BNEF, 2016). Salim Morsey, another BNEF senior analyst and author of the study, stated: "Our central forecast is based on crude oil price recovering to \$50, and then trending back up to \$70-a-barrel or higher by 2040. Interestingly, if the oil price were to fall to \$20 and stick there, this would only delay mass adoption of EVs to the early 2030s." (BNEF, 2016).

According to Business Finance News, Tesla Motors has already established a network of charging stations called "Superchargers" and "Destination Chargers"

in various parts of the world to recharge EV batteries in less than an hour (BUSINESS, 2016). Tesla plans to sell at least 500,000 EVs annually by 2020 (BUSINESS, 2016). Other EV manufactures are also expected to be competitive by that time (BUSINESS, 2016).

Technological advances are also being realized in aviation. Within the past two years, an airplane circumnavigated the planet without the use of fossil fuel (BORA, 2016). Solar Impulse was the first aircraft to travel around the earth (BORA, 2016). The airplane ran on solar power during the day and battery-stored power during the night (BORA, 2016). This is encouraging news and holds promise for air travel using clean renewable energy. Until that time, federal agencies can play a major role in reductions of aircraft emissions through regulations and guidelines designed to garner emission reductions through efficiencies in design and other practices, which can benefit the City's busy international airport.

For purposes of this plan, it is assumed that vehicles will be powered by clean renewables, most likely electricity produced by batteries, by 2050, given the previously mentioned political and market forces. Consequently, it would be a better use of public funds and resources to invest in technology with the greatest assumed likelihood of success. Los Angeles should therefore capitalize on the aforesaid legislative and economic momentum by continuing to make significant investments in EV infrastructure. There should be parking spaces throughout the City capable of supporting EV power and recharging supply and clearly marked to inform the public that EV charging is available at those locations. Charging stations should be installed in all municipal property and other public facilities or venues. The installation of charging technology should be encouraged and eventually mandated in all new construction and retrofits for the City's building stock, so that such technology is nearly ubiquitous within the City's limits by 2040.

The City should also consider investing in mass transit powered by renewables such as solar cells and batteries. Los Angeles should also encourage ride sharing and discourage single occupancy vehicles trips. Consideration should be given to tiered parking pricing within the City to encourage multiple passenger rides and green technology transportation. Los Angeles should also continue with its efforts to make City streets one road for all, vehicles, cyclists, and pedestrians, with appropriate street markings and signs, to reduce traffic, pollution, and carbon emissions.

3.3 Waste

Methane (CH_4) is generated in municipal landfills when waste decomposes, and landfills are the third largest source of CH_4 in the U.S. (UNITED STATES, 2016b). CH_4 is the second most pervasive GHG generated in the U.S. from anthropogenic sources and represents about 10.6% of all GHG emissions from human activities (UNITED STATES, 2016b). The impact on climate change of CH_4 emissions is 25 times greater than CO_2 over a 100-year period (UNITED STATES, 2016b).

All the City's waste can and should be managed to reduce emissions to zero within the next 10 years. CH_4 emissions must be reduced to zero within that timeframe. The City is currently unsure of the exact amount of CH_4 emissions related to daily, intermediate, and final cover of waste materials (BOGNER; SPOKAS; CHANTON, 2010). The City extracts CH_4 from landfills and uses it as a source of energy (CALIFORNIA, 2016). In order to transition to clean renewable energy, the City must discontinue use of CH_4 as a power source. The City must find and use safe and clean methods of CH_4 extraction, trapping, and storage. Further research and investigation are recommended in order to achieve such objectives.

All the City's waste should be recycled. Los Angeles already uses separately color-coded and marked bins for general waste (black), recyclable materials (blue), and garden materials (green) (LOS ANGELES, 2016). The City should institute a similar system for commercial and industrial properties, with varying size bins to meet its customer's needs.

The City should partner with residents, businesses, educational centers, and other organizations to create collection centers. Those centers could be used to deposit and collect used and reusable items, canned foods, and other goods for recycling and distribution. This could be another source of food and other items for individuals who need public assistance.

3.4 Land Use

Reductions in carbon emissions can be anticipated through land use design and density. Reductions in vehicle travel will certainly result in reductions in emissions. Higher density urban development is conducive to walking, cycling, and mass transit (UNITED NATIONS, 2013). The planning, design, and development of self-contained communities can minimize adverse impacts on

the environment. The City should promote development near existing streets and existing commercial and retail centers in order to minimize travel. Residences should be located within short distances of basic public services whenever possible. The City should also support efforts to promote local agriculture and businesses to reduce the environmental costs of shipping food and products from long distances. Residents should also be encouraged to grow some of their food.

The City should also promote efforts to improve air and water quality and reduce emissions at the City port. Coastal development should be discouraged unless new projects meet design specifications to prevent water intrusion. All new coastal construction and retrofits must be designed and constructed to prevent water intrusion and mitigate against flooding. All outdoor lighting and traffic signals can be powered by solar panels and use energy efficient lights which do not damage the environment.

The City should also identify and establish programs in new and existing neighborhoods to develop carbon sinks by planting drought resistant trees, shrubs, and vegetation. Los Angeles should also plant up to one million trees and create up to 20 new parks each year on municipal property for the life of the plan and beyond to enhance the City's capacity for carbon capture and sequestration.

3.5 Energy Systems and Energy Supply

Clean renewable energy will be required to achieve carbon neutrality by the proposed deadline. To that end, the harvesting of wind, solar, and geothermal energy is contemplated by this plan to meet all the energy needs of Los Angeles by no later than 2050. These renewable resources are vast and can provide clean energy for countless future generations.

3.5.1 Renewable energy systems and energy supply

Further advancing clean energy in California, the State Legislature passed the Clean Energy and Pollution Reduction Act of 2015, Senate Bill (SB) 350, to increase California's renewables portfolio standard (RPS), mandating production of energy for California from renewable sources such as wind, solar, biomass, and other alternatives to fossil and nuclear electric generation, from 33% by 2020 to 50% by 2030 (SB 350, 2015).

The City owns its water and power company, the Los Angeles Department of Water and Power – 2015 LADWP (2015). In 2015 LADWP supplied more than 25 million megawatt-hours (MW) of electricity to 1.4 million residences and businesses in Los Angeles (LOS ANGELES 2015, p. 4). LADWP will be required to assume a prominent role in the transition to clean energy in order to achieve plan objectives. LADWP currently plans to replace over 70% of its existing sources of power with clean energy alternatives during the next 15 years (LOS ANGELES 2015, p. 5). The transition will require substantial investments to rebuild local power plans to transition from coal to renewable energy sources (LOS ANGELES 2015, p. 5). By 2030, LADWP plans to eliminate coal as a source of power supply to Los Angeles, with an energy resource mix by that time: renewables (40%), cleaner burning natural gas (34%), nuclear (7%), hydro (4%), and energy efficiency accounting for the balance (15%) (LOS ANGELES 2015, p. 6).

In 2014 LADWP began construction on the Barren Ridge Renewable Transmission Project (LOS ANGELES 2015, p. 8). This project will provide up to 2,000 MW of additional power to access wind and solar power to meet California's RPS goals (LOS ANGELES 2015, p. 8). In 2014 LADWP commenced construction on the Beacon Solar Project (LOS ANGELES 2015, p. 8). This project will provide 250 MW of solar power. The power company has received approval for the Manzana Wind Project, which will provide 39 MW of wind energy to LADWP (LOS ANGELES 2015, p. 8). LADWP will also receive 34 MW from the Heber-1 Geothermal Project beginning in 2016 (LOS ANGELES 2015, p. 8). As of 2014, there were over 15,000 customer-installed PV systems connected to LADWP's grid (LOS ANGELES 2015, p. 9).

There are obviously significant challenges and opportunities to produce and supply enough clean electricity from renewable sources to meet the needs of Los Angeles and achieve carbon neutrality by 2050. There is reason for optimism. According to at least one study, there is sufficient space on the rooftops of homes in Los Angeles for 5,500 MW of solar PV panels (ENVIRONMENT, 2013). This is enough electricity to power 1.3 million residences (ENVIRONMENT, 2013, p. 2). Based on recommendations by that study, this plan supports the goal of installing 1,200 MW of local solar power generation by 2020 (ENVIRONMENT, 2013, p. 1-2). This would reduce annual emissions of over 1.1 million metric tons of pollutants and save 435 million gallons of water annually (ENVIRONMENT, 2013, p. 1). It is estimated that installation of 1,200 MW of solar power by 2020 would create about 32,000 jobs (ENVIRONMENT, 2013).

Apart from the immense environmental benefits from installation of additional solar power generation capacity, significant amounts of money could be saved. For example, with incentives, the Los Angeles Unified School District's

investment in a solar energy system was estimated to save it about \$800,000 per month (ENVIRONMENT, 2013). With continued incentives, Los Angeles consumers could expect reductions of their electric bill to zero or near zero (ENVIRONMENT, 2013).

In an interdisciplinary MIT study, its authors concluded that currently available solar panel technology is all that is necessary to supply the world with many terawatts (TW) of clean solar power by 2050, and, although further research may improve the efficiency of solar panels, current technology in solar panels is sufficient to supply the entire world's energy needs (AMATYA et al., 2015).

In a report analyzing the impact of removal of fossil-fuel subsidies on energy markets and climate change, the International Energy Agency (IEA) estimated that worldwide fossil fuel subsidies were \$493 billion in 2014 (IEA, 2014). The fossil-fuel subsidies amounted to more than four times the incentives for renewables including solar, wind, and biofuels (IEA, 2014). The IEA report estimated that renewables will account for almost one-half of the global increase in generation of electricity by 2040 (IEA, 2014). The report also indicated that globally wind power will provide more than a third of the growth in renewable energy, with hydropower representing about 30%, and solar power 18% (IEA, 2014).

According to other forecasts, the costs of lithium-ion batteries have already significantly decreased due to technological advances, making night-time storage of solar PV and wind power economical (AHMED, 2014, citing Seba, T). It is estimated that battery costs will decrease to \$200 kWh by 2020 and to \$100 kWh by 2024 or 2025 (AHMED, 2014, p. 3). This would mean that as early as 2020, for about \$15.30 per month, a consumer could have eight hours of battery power storage to shift from day to evening usage and not be required to pay peak prices (AHMED, 2014, p. 8). In 15 years, based on current growth trends, total global solar capacity is estimated to be 56.7 TW, which is equivalent to 18.9 TW when converted to conventional power loads (AHMED, 2014, p. 9). This would be sufficient to meet worldwide energy demand projected to be 16.0 TW (AHMED, 2014, p. 9). With the assumption that solar continues to increase based on trends, the energy infrastructure will be entirely solar powered by 2030 (AHMED, 2014, p. 10). After 2020, on-site rooftop generation of solar power will be cheaper than energy generated by traditional fossil fuel plants even if such plants operational costs were assumed to be zero (AHMED, 2014, p. 10). The cost to produce wind power is also rapidly dropping, will be cheaper than all other sources of energy except solar, and is expected to complement

solar at night and during the winter within the near future (AHMED, 2014, p. 10). According to Professor Seba (*apud* AHMED, 2014, p. 11)

We are on the cusp of the largest disruptions of industry and society since the first industrial revolution. Large, centralized, top-down, supplier-centric energy is on its way out. It is being replaced by modular, distributed, bottom-up, open, knowledge-based consumer-centric energy. The transition has already started, and the disruption will be swift. Conventional energy sources are already obsolete or soon to be obsolete.

Other individuals and groups are equally optimistic. For example, Greenpeace International estimated that the amount of energy that can be accessed by current technology meets global demand many times over (TESKE et al, 2015). In an article entitled *Carbon-Free and Nuclear-Free*, Dr. Arjun Makhijani stated in 2007 that available wind resources in 12 Midwestern and Rocky Mountain states are equal to about 2.5 times the electricity produced in the U.S. (MAKHJANI, 2007).

In Los Angeles, it will be necessary for residents and businesses to partner in conjunction with the City to ensure a smooth transition from fossil fuels to renewables. On-site solar projects have the most promise for an expeditious conversion to renewables. As noted by LADWP, “‘distributed generation’ functions like mini power plants that generate right where it’s being used.” (LADWP, 2015). LADWP’s electrical grid is aging and not established to support large scale renewable energy use (LADWP, 2015, p. 5). To augment electricity customer’s on-site mini power plants, the City must establish the capacity to store energy when the sun is not shining and the wind is not blowing. This will allow bi-directional energy flow in order that buildings and power stations can both produce and use such energy.

As noted, improving battery technology may transfer this function largely to residents and businesses in the future. This transition will, however, require at least a few years. In the interim, the City can therefore play an important role in facilitating that transition. Although Los Angeles currently derives its renewable energy from solar, wind, geothermal, and other sources, the best prospects for exponential growth in renewable energy between now and 2050 are solar and wind, with wind complementing solar, as noted above.

4 CONCLUSION

Los Angeles can achieve carbon neutrality by 2050. The pathway to carbon neutrality will rely on smart grids powered by renewable resources and vehicles powered by batteries. Solar power, complemented by wind power technology, has the best prospect of providing all the clean renewable energy needs of Los Angeles by 2050. The City's building stock can achieve zero emissions by employing the highest standards in green design, construction, operation, and maintenance of new and existing buildings. Retrofits will be necessary to achieve energy efficiency in existing buildings, thereby reducing emissions. Higher density neighborhoods built closer to commercial and retail centers will promote alternative methods of transport and movement, including walking, cycling, and mass transit. The City can benefit from appropriate land use planning such as recycling water, recycling waste, and increasing carbon sinks by planting trees, shrubbery, and vegetation, green rooftops, and constructing new parks. In short, the City, its residents, and businesses have an excellent opportunity to provide a model to share with other communities throughout the U.S. and abroad to achieve carbon neutrality by 2050 and benefit the earth for generations to come.

BIBLIOGRAPHY

AHMED, Nafeez. How solar power could slay the fossil fuel empire by 2030. In: Motherboard.vice.com. 2014. Available in: <<http://motherboard.vice.com/read/how-solar-power-could-slay-the-fossil-fuel-empire-by-2030>>. Retrieved on July 29 2016.

AMATYA, Reja et al. **The future of solar energy**: an interdisciplinary MIT study. Massachusetts: Ed. Massachusetts Institute of Technology, 2015.

BNEF - BLOOMBERG NEW ENERGY FINANCE. Electric vehicles to be 35% of global new car sales by 2040. 2016. Available in: <<http://about.bnef.com/press-releases/electric-vehicles-to-be-35-of-global-new-car-sales-by-2040>>. Retrieved on August 2, 2016.

BOGNER, Jean; SPOKAS, Kurt; CHANTON, J. A new field-validated greenhouse gas inventory method for landfill methane emissions. 2010. Available in: <<http://www.energy.ca.gov/2013publications/CEC-500-2013-080/CEC-500-2013-080.pdf>>. Retrieved on August 2, 2016.

BORA, Kukil. Solar impulse 2 successfully completes round-the-world trip: sun-powered plane lands in Abu Dhabi after over 1-year-long journey. In: International Business Times. Available in: <<http://www.ibtimes.com/solar-impulse-2-successfully-completes-round-world-trip-sun-powered-plane-lands-abu-2394808>>. Retrieved on August 2, 2016.

BUSINESS FINANCE NEWS. Tesla Motors Inc: how electric cars can beat internal combustion by 2022? 2016. Available in: <<http://www.businessfinancenews.com/27994-tesla-motors-inc-how-electric-cars-can-beat-internal-combustion-by-2022>>. Retrieved on August 2, 2016.

CALIFORNIA ENERGY COMMISSION. Landfill gas power plants. 2016. Available in: <http://www.energy.ca.gov/biomass/landfill_gas.html>. Retrieved on August 2, 2016.

CALIFORNIA ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. 2014. Available in: <<http://www.arb.ca.gov/cc/ab32/ab32.htm>>. Retrieved on August 2, 2016.

CALIFORNIA (State). Legislature. Assembly. Global Warming Solutions Act of 2006, Reg. Sess. 2005-2006. (AB32). (August 31, 2006). California State Assembly. 2006. Available in: <<http://www.arb.ca.gov/cc/docs/ab32text.pdf>>. Retrieved on August 2, 2016.

CALIFORNIA (State). Legislature. Senate. Clean Energy and Pollution Reduction Act of 2015. Reg. Sess. 2014-2015. (SB350). (October 7, 2015). California State Senate. 2015. Available in: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201520160SB350>. Retrieved on August 2, 2016.

CUSHMAN, JR., John H. Is 'net-zero' carbon goal to rescue the climate plausible? In: Inside Climate News. Brooklyn (NY) 2015. Available in: <<http://insideclimatenews.org/news/20022015/net-zero-carbon-goal-rescue-climate-plausible>>. Retrieved on July 2, 2016.

ENVIRONMENT CALIFORNIA RESEARCH & POLICY CENTER. Solar in the southland: the benefits of achieving 20 percent local solar power in Los Angeles by 2020. 2013. Available in: <<http://www.environmentcalifornia.org/reports/cae/solar-southland>>. Retrieved on August 5, 2016.

IEA - INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Energy subsidies: world energy outlook. 2014. Available in: <<http://www.worldenergyoutlook.org/resources/energysubsidies>>. Retrieved on August 5, 2016.

IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change. **Climate change 2014:** synthesis report: contribution of working groups I, II and III to the Fifth

assessment report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. PACHAURI, R. K.; MEYER, L. A. (Ed.). Geneva (Switzerland): IPCC, 2014.

LAZARUS, Michael et al. Getting to zero: a pathway to carbon neutral Seattle: final report. 2011. Available in: <http://www.seattle.gov/Documents/Departments/OSE/CN_Seattle_Report_May_2011.pdf>. Retrieved on July 1, 2016.

LOS ANGELES COUNTY DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH. Division of Environmental Health. Your Health and Climate Change in Los Angeles County. Climate and Health Series – Report 1. 2014. Available in: <<http://publichealth.lacounty.gov/docs/climatechange1.pdf>>. Retrieved on July 3, 2016.

LOS ANGELES DEPARTMENT OF PUBLIC WORKS. 2016. Available in: <<http://dpw.lacounty.gov/epd/rethinkla/recycle/recycle-bins-black-what-goes-in.aspx>>. Retrieved on August 4, 2016.

LOS ANGELES DEPARTMENT OF WATER AND POWER. 2015 briefing book: LADWP putting customers first. 2015. Available in: <<http://www.ladwpnews.com/external/content/document/1475/2606574/1/2015%20Briefing%20Book%2002-26-2015LR.pdf>>. Retrieved on July 30, 2016.

LOS ANGELES. Local Government Case Study: city of Los Angeles, California. 2007. Available in: <<http://www.coolcalifornia.org/sites/coolcalifornia/files/CityofLosAngeles.pdf>>. Retrieved on July 30, 2016.

MAKHIJANI, Arjun. Carbon-free and nuclear-free: a roadmap for U.S. energy policy. In: **Science for Democratic Action**, v. 15, n. 1, Takoma Park (MD), Ed. The Institute for Energy and Environmental Research (IEER), 2007.

TESKE, Sven et al. **Energy [r]evolution**: a sustainable world energy outlook 2015. 5th edition. [S. l.]: Greenpeace / Global Wind Energy Council / Solar Power Europe, 2015.

UNITED NATIONS HUMAN SETTLEMENTS PROGRAMME. 2013. Available in: <<http://unhabitat.org/planning-and-design-for-sustainable-urban-mobility-global-report-on-human-settlements-2013>>. Retrieved on July 4, 2016.

UNITED STATES GREEN BUILDING COUNCIL. 2016. Available in: <<http://www.usgbc.org/cert-guide/commercial>>. Retrieved on August 3, 2016.

UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY. Heat pump systems. 2016. Available in: <<http://energy.gov/energysaver/heat-pump-systems>>. Retrieved on August 1, 2016.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY and UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY. Energy star. 2016. Available in: <<https://www.energystar.gov/about/newsroom/media-faqs>>. Retrieved on July 3, 2016.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY and UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY. Energy star. 2016a. Available in: <https://www.energystar.gov/products/building_products/roof_products/cool_roofs_emissivity>. Retrieved on July 3, 2016.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY and UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY. Climate change overview of greenhouse gases. 2016b. Available in: <<https://www3.epa.gov/climatechange/ghgemissions/gases/ch4.html>>. Retrieved on August 4, 2016.

UNITED STATES GOVERNMENT SERVICES ADMINISTRATION. 2011. Available in: <http://www.gsa.gov/portal/mediaId/158783/fileName/The_Benefits_and_Challenges_of_Green_Roofs_on_Public_and_Commercial_Buildings.action>. Retrieved on July 3, 2016.

UNIVERSITY OF SOUTHERN CALIFORNIA SEA GRANT PROGRAM. Sea level rise vulnerability study for the city of Los Angeles. 2013. Available in: <https://dornsife.usc.edu/assets/sites/291/docs/pdfs/SeaLevelRiseDocs/City_of_LA_SLR_Vulnerability_Study_FINAL_Online_w_appen_sm.pdf>. Retrieved on July 4, 2016.

WILLIAMS, A. Park et al. Contribution of anthropogenic warming to California drought during 2012-2014. In: **Geophysical Research Letters**, v. 42, Issue 16, p. 6.819-6.828, August 2015.

Submissão em: 10 de agosto de 2021

Último Parecer favorável em: 8 de fevereiro de 2022.

Como citar este artigo científico

McPHILAMY, III, W. Patrick. Los Angeles CCAP: a strategic course of action to achieve carbon neutrality by 2050. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 148-162, jan.-abr. 2022.

Kaptan
Мастер
Maestría
Magister
Magisterský
Mağistra
Magistri Omad
Magistro
Maighstir
Máistir
Maîtrise
Mästare
Майстар
Магистра
Магистратура
Master
Màster
Masteri
Master's
Meeschter Ass
Meistarar
Meister
Meistr
Mestarin
Mester
Mestere
Mistrzyni
Mojstrski
Studii de Masterat
Učiteljska
Usta
Учителски
Δάσκαλος

MASTERMAN

VIOÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL: UM ORDENAMENTO JURÍDICO REALISTA?

MARCELA VALENTE COSTA¹

RESUMO

A violência doméstica, apesar de ser um fenómeno antigo, é recente enquanto tipo legal de crime. Neste pequeno estudo, temos como objetivo demonstrar não só o caminho atravessado pelo legislador português no âmbito da violência doméstica, mas também analisar o regime atual. Pese embora, não tenhamos feito uma investigação exaustiva do tema, sob pena de ficar muito grande, refletimos sobre alguns pontos, a saber: a influência da Convenção de Istambul na tipificação do crime, o bem jurídico em causa, a conduta e o dolo do agente, as consequências jurídicas do crime, a violência de género e o ciclo da violência, assim como, a relação entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio. A nossa intenção com este estudo é mostrar o ordenamento jurídico-penal português no âmbito da violência doméstica.

Palavras-chave: violência doméstica, violência de género, Convenção de Istambul, bem jurídico complexo, conduta dolosa, penas acessórias, ciclo de violência, homicídio, concurso de crimes.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica, enquanto fenómeno comum em tão dispares e longínquas partes do mundo, é tão forte que quase vira poesia. Nas palavras duras, mas reais de Arnaldur Indridason – historiador e escritor islandês, na

¹ Doutoranda em Direito na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto. Mestre em Direito na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto. Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Porto. Autora de Literatura Infantil. e-mail: marcelavalente13@hotmail.com

sua obra *A Mulher de Verde* – a violência doméstica,

É um termo tão conveniente para o homicídio espiritual. Viver todos os dias [...] até que perdemos a vontade própria e pomo-nos à espera, na expectativa de que a próxima sova não seja tão má como a anterior. Toda a violência física, todo o sofrimento e todas as sovas, os ossos partidos, as feridas, as nódoas negras, os olhos negros, os lábios abertos, nada são quando comparados com o tormento mental. Um medo permanente que nunca desaparece.

Este cisco que parece crónico no olho de cada indivíduo, em qualquer parte do mundo, que não vê a violência doméstica como um problema de todos, eterniza este comportamento que impede o ser humano de conhecer a palavra respeito.

Enquanto tipo legal de crime, a violência doméstica é um fenómeno contemporâneo.

A consciência social da censurabilidade dos comportamentos que se traduzem em violência contra as mulheres, em especial no seio da família, é muito recente. Não podemos ignorar que na Europa existia uma regra não escrita determinando que assistia ao marido o direito de punir a mulher com uma vergaste de espessura que não poderia ser superior à do seu dedo polegar – daí ser conhecida como “a regra do dedo do polegar”.

Em Portugal, no Código Civil de 1867, no art.º 1185.º impunha-se o dever de obediência das mulheres ao seu marido. Só no Código Penal (de agora em diante, CP) de 1982 surgiu, pela primeira vez, o crime de Maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges (art.º 153.º do CP, punível com pena de prisão de seis meses a três anos, e multa até cem dias).

O preenchimento dependia não só do ato de infligir maus-tratos físicos, de um tratamento cruel, ou da ausência de cuidados ou de assistência (deveres decorrentes da função que lhe impunham), mas também havia a necessidade do preenchimento material da conduta, onde esta, necessariamente, tinha de se fundar em malvadez ou egoísmo² – isto é, a verificação de um dolo específico que deixou de vigorar na Reforma de 1995³. Nesta Reforma, para além do aumento

² Doutrinalmente entendia-se que as referências a estas expressões demonstravam o receio do legislador “intervir penalmente em domínios que, tradicionalmente, pareciam querer prolongar um poder quase absoluto do marido, do pai, do educador e do empregador” (CARVALHO, 2012, p. 507).

³ DL n.º 48/95, de 15 de março. Previsto no artigo n.º 152.º, sob a epígrafe “Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge:

1 - Quem, tendo ao seu cuidado, à sua guarda, sob a responsabilidade da sua direcção ou educação, ou como subordinado por relação de trabalho, pessoa menor, incapaz, ou diminuída por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica e:

a) lhe infligir maus tratos físicos ou psíquicos ou a tratar cruelmente;

b) a empregar em actividades perigosas, desumanas ou proibidas; ou

c) a sobrecarregar com trabalhos excessivos;

é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o facto não for punível pelo artigo 144.º

2 - Aa mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge ou a quem com ele conviver em

da moldura penal (entre um e cinco anos de pena de prisão) e de o alargamento às pessoas equiparadas aos cônjuges a qualidade de sujeitos passivos do crime, o legislador passou a prever os maus-tratos psíquicos (como humilhações, vexames e insultos). E, ainda, alterou a natureza do crime, exigindo a queixa para a prossecução do procedimento criminal. Outras alterações legislativas foram realizadas⁴.

Todavia, um marco importante no tema sobre o qual nos debruçamos dá-se em 2007⁵ quando o legislador decidiu que o antigo tipo legal de maus-tratos mencionado *supra* daria lugar a três tipos legais distintos, a saber: violência doméstica (art.º 152.º)⁶, maus-tratos (art.º 152.º-A) e a violação de regras de segurança (art.º 152.º-B). Esta divisão de tipos legais de crime veio terminar com divergências doutrinárias (*vd.* SILVA, 2011, p. 304) e jurisprudenciais sobre a necessidade (ou não) de reiteração dos atos – estando explanado na letra da lei “de modo reiterado ou não”. Acrescentando, ainda, ao elenco de possíveis vítimas as pessoas do mesmo sexo que vivem em relações análogas às dos cônjuges e aquelas particularmente indefesas em razão: da idade, deficiência, doença, entre outras.

condições análogas às dos cônjuges maus tratos físicos ou psíquicos. O procedimento criminal depende de queixa.

3 - Se dos factos previstos nos números anteriores resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

⁴ Designadamente, Lei n.º 65/98, de 2 de setembro e Lei n.º 7/2000, de 27 de maio. Nesta última não podemos deixar de mencionar que o procedimento criminal voltou a não depender de queixa, tornando-se um crime público.

⁵ Com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro.

⁶ Previa a letra da lei, no artigo n.º 152.º Violência doméstica:

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) a progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
- d) a pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima pode incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento pode ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.

Com a Lei n.º 19/13, de 21 de fevereiro, introduziram-se alterações na tipificação do crime em análise, no n.º 1, al. b) contempla-se de forma explícita o namoro, e na al. d) introduziu-se o advérbio “nomeadamente” de forma a enumerar, com caráter abertamente exemplificativo, o conceito de pessoa particularmente indefesa, e na definição de penas acessórias – veja-se no n.º 5 deste crime onde o legislador substitui o verbo “poder” pelo verbo “dever” na proibição de contacto com a vítima, impondo, assim, a fiscalização e afastamento obrigatório em relação a esta.

Em 2014, mais precisamente a primeiro de agosto, entrou em vigor a Convenção de Istambul (CI)⁷, que foi regularmente assinada e ratificada por Portugal. Esta Convenção representa um quadro jurídico abrangente que contempla padrões mínimos para a resposta de um Estado à violência contra mulheres, bem como para a sua prevenção. Tem como objetivo a edificação de países seguros para as mulheres e raparigas, designadamente através da prevenção da violência, da proteção das vítimas e da criminalização de agressores. Com o objetivo de examinar e auxiliar os Estados Partes no cumprimento do disposto na Convenção de Istambul, o GREVIO⁸ elabora e publica relatórios avaliando as medidas legislativas e de outra natureza adotadas por estes. No relatório onde avaliaram o caso português, datado de 2018, GREVIO, entre as muitas recomendações, não deixou de alertar para algumas falhas que no que diz respeito à violência doméstica. Nomeadamente, na definição de “vítima” e no conceito de “violência doméstica”. Resultando em duas alterações legislativas, a saber: Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto e Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto.

Na primeira, o legislador penal alterou o n.º 2, do art.º 152.º abrangendo a prática do facto sobre menor ou na presença deste e, ainda, a criminalização no contexto da violência doméstica da difusão de dados pessoais da vítima relativos à intimidade da vida privada, sem o consentimento desta. Já no que à segunda alteração diz respeito, e seguindo as recomendações que davam conta da falta do elemento “violência económica” no conceito do tipo legal de crime que dissertamos, o legislador acrescentou no n.º 1 do art.º em questão: “impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns”. No n.º 4, e fazendo-o em resposta a algumas críticas que veremos mais à frente, o legislador decidiu que, mesmo nos casos em que se aplique a regra de subsidiariedade, por um outro tipo legal de crime ter uma moldura penal mais gravosa, as penas acessórias no âmbito da violência doméstica não se afastam pela aplicação desta regra.

⁷ Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, conhecida como Convenção de Istambul.

⁸ Grupo atualmente composto por dez peritos independentes, eleitos pelos Estados Partes, responsável pelo controlo da aplicação da Convenção de Istambul.

Assim, chegámos àquela que é a versão atual do crime de violência doméstica no ordenamento jurídico português:

Artigo 152.º Violência doméstica

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns:

- a) ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) a progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou
- d) a pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;
- e) a menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite;

é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente:

- a) praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima; ou
- b) difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento;

é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

- a) ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;
- b) a morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto no presente artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou do exercício de medidas relativas a maior acompanhado por um período de 1 a 10 anos.

2 O QUE É VIOLENCIA DOMÉSTICA?

2.1 Bem Jurídico

A intervenção do Direito Penal, conforme o art.º 18.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), não é legítima como meio de imposição de determinados valores ou crenças intrínsecas à sociedade num dado momento histórico, mas sim um meio de tutela dos direitos e interesses individuais e sociais. Desta forma, é imperativo determinarmos quais direitos e interesses individuais e sociais são tutelados pelo art.º 152.º do CP, permitindo estabelecer o fundamento ético-jurídico desta incriminação e a sua integração na ordem jurídica constitucional.

Desde logo, importa atentarmos para a sua inserção sistemática: encontra-se no capítulo dos crimes contra a integridade física, no título relativo aos crimes contra as pessoas. Tal inclusão não cinge o bem jurídico à integridade física, não só pela interpretação literal da norma – que se reporta não só aos maus-tratos físicos, mas também aos maus-tratos psíquicos –, mas sobretudo porque estas são as duas faces em que se desdobra o direito à integridade pessoal – cuja inviolabilidade se encontra consagrada no art.º 25.º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa. Ademais, este critério da inserção sistemática não é absoluto, apenas formal⁹.

A doutrina e jurisprudência portuguesa tem entendido¹⁰, na sua maioria, que a incriminação dos maus-tratos conjugais se prende à proteção jurídico-penal da integridade física ou psíquica – a *saúde física e psíquica*¹¹, visando a salvaguarda da pessoa individual e da sua dignidade humana. Estamos, portanto, na presença de um bem jurídico complexo que “pode ser afetado por toda a multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento” (DIAS, 2012, p. 512).

O entendimento que reconduz a um ilícito comum a agressão da integridade física agravado pela especial qualidade da vítima, i.e., pela especial relação desta com o agressor não é de proceder.

⁹ Não sendo sempre semelhante os bens jurídicos dos crimes elencados num mesmo capítulo.

¹⁰ É de ressaltar que há quem defenda a proteção do bem-estar pessoal, da honra, da liberdade pessoal, paz e tranquilidade familiar, entre outros.

¹¹ Não só é uma tese defendida pela maioria da jurisprudência e doutrina portuguesa, como também é defendida por autores espanhóis cujo entendimento se reconduz à ideia de que uma incriminação expressa de violência física e psíquica, se sancionam duas modalidades de ataque a um mesmo bem jurídico, que é, no entendimento seguido, a saúde. *Vd.* FERREIRA, 2016, p. 176.

Entendemos sim, apesar da diversidade das condutas poderem levar a uma incorreta identificação do bem jurídico tutelado, que o facto que unifica estas condutas traduz-se na inflição de ofensas da integridade e dignidade pessoal, com conseqüente impossibilidade do desenvolvimento da personalidade – direito fundamental consagrado no art.º 26.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Estamos perante um bem jurídico plural e complexo, “respeitando à defesa da integridade pessoal individual por referência à proteção da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.” (ALMEIDA, 2016, p. 198).

A identificação do bem jurídico protegido releva, também, para saber como e quando se consuma este crime. Assim, se entendermos que o bem jurídico tutelado é a saúde, à semelhança do que se vem defendido nos escritos e Tribunais portugueses, o tipo realiza-se quando é produzido um facto que a lese (i.e., quando é infligido um dano que viole esse bem), tornando a natureza do crime um crime de dano – sendo necessário fazer prova que a conduta do agente teve um resultado lesivo para a saúde da vítima, provocando um determinado mal. Já se entendermos que o bem jurídico é a integridade pessoal e o correlativo livre desenvolvimento da personalidade, a consumação do ilícito típico dá-se logo que exista um ato que a coloque em perigo, independentemente do dano efetivamente produzido.

Ora, para além da consagração constitucional, a última tese encontra proteção na Convenção de Istambul (art.º 2.º, n.º 1).

2.2 Conduta Típica

O que define um crime é a conduta típica do agente.

Como já vimos, a Convenção de Istambul foi impulsionadora nas alterações legislativas que alargaram o tipo legal da violência doméstica. Agora não falamos apenas de maus-tratos físicos e psíquicos, mas também de privações de liberdade, ofensas sexuais e os atos de impedir o acesso ou fruição dos recursos económicos e patrimoniais (próprios ou comuns) – abrangendo a esfera de compreensão do conceito de “violência doméstica” auferido na Convenção de Istambul, no seu art.º 3.º, al. b), “violência física, sexual, psicológica ou económica”.

Assim, para além da agressão física, mais ou menos violenta, utilizando-se ou não quaisquer instrumentos, existe a agressão sexual, que se pode traduzir na prática forçada, ou da sua ausência, de qualquer tipo

de ato sexual, a agressão psicológica ou psíquica – que se pode traduzir em qualquer sorte de humilhações ou vexames, ou em coagir a vítima a praticar atos que vão contra as suas convicções religiosas, morais ou cívicas, ou ainda no impedimento do seu livre relacionamento com a sua família, amigas/os ou colegas – e a agressão económica, impedindo-se o livre acesso ou gestão de dinheiro ou do património (ALMEIDA, 2016, p. 201).

Não podemos ignorar a importância da afirmação de um poder sobre a vida, a liberdade, a segurança ou património da vítima. Pois, é através deste poder que podemos caracterizar e identificar o crime de violência doméstica, na medida em que se afere o estado de tensão e de medo vivido pela vítima.

Apesar de já ultrapassada, uma vez que o legislador já esclareceu que a prática do ato pode ser de modo reiterado ou não, é irrelevante a ocorrência unitária ou plúrima de um ato que ofenda a integridade física ou psíquica para a tipificação da conduta, mas sim a verificação de uma ofensa à integridade pessoal da vítima incompatível com a dignidade humana.

2.3 Sujeitos Ativos e Passivos e a Natureza do Crime

Neste tipo legal de crime, a relação entre o agente e a vítima é relevante, uma vez que estamos perante um crime específico impróprio.

Só podem ser autores do crime:

- cônjuge ou ex-cônjuge da vítima;
- com quem a vítima mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, mesmo sem coabitação; progenitor de descendente comum em primeiro grau;
- coabitante da vítima, sendo esta uma pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica.

O constrangimento da vítima pode levar a que esta não manifeste a sua oposição à ofensa que lhe é infringida, muitas vezes devido a uma grande fragilidade emocional que advém do poder que o agente detém sobre a vítima. A ausência de resistência, que é comum entre as vítimas de violência doméstica, mais não é do que um método para a sobrevivência. Note-se que vítima não é apenas a pessoa a quem foi infligida a ofensa, provocando um dano patrimonial

ou não patrimonial, mas também aquelas que sofrem com a ação delituosa ou a sua ameaça, a título exemplificativo: descendentes menores que coabitam com o agressor e a vítima “direta” do crime.

No que respeita à natureza do crime, estamos perante um tipo legal de crime público. Deste modo, não há obrigatoriedade de apresentação de queixa, bastando-se apenas que o Ministério Público tenha notícia do crime, através, por exemplo, de uma denúncia.

2.4 O Dolo

O crime de violência doméstica só pode ser cometido de forma dolosa, constituindo o elemento subjetivo deste tipo criminal nas suas vertentes intelectual e volitiva.

Por um lado, a vertente intelectual do dolo consiste no conhecimento dos elementos objetivos, i.e., no conhecimento por parte do agente da relação que o une à vítima e no conhecimento que a sua conduta é ilícita, ofendendo a integridade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade da vítima.

Por outro lado, a vertente volitiva do dolo traduz-se no querer a conduta típica. Na redação atual, o elemento subjetivo basta-se com o dolo genérico, quer inicial – o agente deliberadamente dá início à conduta e arrepende-se no decurso do ato, sendo autor do crime a título de dolo inicial – ou subsequente – o agente inicia a conduta sem intenção de praticar o crime, e essa intenção apenas ocorre num momento posterior.

Cumprindo a regra prevista no art.º 13.º do Código Penal, a violência doméstica assume única e exclusivamente a necessidade de dolo para a consumação do tipo legal de crime, como aliás acabámos de referir. Contudo, não podemos deixar de mencionar a pertinência de refletirmos, em sede própria, sobre a importância de o legislador contemplar a negligência do crime de violência doméstica, nomeadamente quando a vítima é particularmente indefesa em razão da idade. Se tomarmos como exemplo os progenitores que deixam o filho pequeno em casa, por longos períodos de tempo. Não será razoável exigir que eles tenham presente o elemento volitivo do dolo – a prova de uma intenção do cometimento do crime de violência doméstica nesta situação poderá levar a uma não incriminação atendendo à letra da lei, uma vez que estes podem nem sequer representar o perigo que advém da sua conduta para a criança. O que nos leva a afirmar a importância de uma reflexão desta temática. Por não ser o objeto deste estudo, não aprofundaremos esta temática que, por si só, ocuparia um texto autónomo.

1.5 Consequência Jurídicas do Crime

2.5.1 Pena principal

O crime de violência doméstica é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Esta moldura penal pode ser agravada em função de determinadas circunstâncias de modo e lugar da sua prática, ou em função do resultado produzido pela sua conduta criminosa.

O n.º 2 do art.º 152.º prevê os casos em que a vítima seja menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio desta, ou ainda se difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento, a punição é de dois a cinco anos de pena de prisão.

Isto significa que quando o arguido é condenado pelo crime de violência doméstica, previsto no n.º 1 ou n.º 2 do tipo legal de crime em causa, e não apresente antecedentes criminais, ou pelo menos, em relação à prática de crimes contra as pessoas há a tendência de os Tribunais portugueses optarem pela suspensão da execução da pena¹² – desde que verificados os pressupostos que desta dependem: a personalidade do agente, as condições da sua vida, a sua conduta anterior e posterior ao crime e as circunstâncias em que este foi praticado permitam concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam adequadamente as finalidades da punição. Ainda poderá ser possível, dependendo da medida da pena aplicada, recorrer a penas de substituição – a substituição por multa ou a possibilidade de permanência na habitação. Ora, quer a suspensão da pena de prisão, quer a aplicação de penas de substituição, têm demonstrado ser manifestamente insuficientes e inadequadas para salvaguardar as finalidades da punição.

No n.º 3, prevê que se dos factos contidos no n.º 1 resultar, al. a) ofensa à integridade física grave, a pena vai de dois a oito anos de prisão, ou al. b) a morte, a pena de prisão é de três a dez anos.

Como já referimos, o legislador português tem a obrigação de respeitar e conformar a ordem jurídica portuguesa com o estipulado na Convenção de

¹² Conforme nos mostra o estudo publicado, (QUINTAS; SOUSA; GIRÃO, 2021, p. 80) – cujo objeto é estudar as decisões judiciais relativas a crimes de violência doméstica e crimes sexuais, ambos cometidos contra adultos – ficou demonstrado que “nas duas primeiras instâncias, as sanções aplicadas mais frequentes são as penas de prisão, suspensas na sua execução”.

Istambul. Ora, no art.º 46.º da Convenção de Istambul estabelece um mais amplo e alargado conjunto de circunstâncias modificativas agravantes. Apesar de o legislador ter feito alterações recentes no crime de violência doméstica, não integrou na sua totalidade o disposto neste art.º da Convenção de Istambul. Assim, continuam por se prever um agravamento da pena em diversas circunstâncias, nomeadamente, quando a infração é repetidamente praticada (al. b), quando a conduta é praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente (al. e) e quando é precedida ou acompanhada de uma violência de extrema gravidade (al. f).

2.5.2 As penas acessórias

Como penas acessórias, o art.º 152.º, n.º 4, dispõe da proibição de contacto com a vítima – que inclui o afastamento da residência ou do local de trabalho desta, sendo o seu cumprimento fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância (n.º 5) – e proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

O n.º 6 prevê a pena acessória da inibição das responsabilidades parentais, dispondo que quem for condenado “pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou do exercício de medidas relativas a maior acompanhado por um período de 1 a 10 anos”.

Apesar de se acreditar que no caso da violência doméstica as penas acessórias tenham uma importância maior do que em outros ilícitos típicos, nas palavras de Maria Elisabete Ferreira,

em bom rigor, contrariando todas as teorias, no âmbito da violência doméstica a ressocialização do progenitor não procede do cumprimento da pena principal, mas poderá obter-se à custa do sucesso na aplicação desta pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos para a prevenção da violência doméstica (FERREIRA, 2018, p. 7).

Num estudo sobre as decisões judiciais relativas a crimes de violência doméstica, as penas acessórias foram decretadas em menos de metade das decisões (*vd.* SOUSA; GIRÃO, 2021, p. 111). Pese embora, não nos pareça que a obrigação de mera frequência de tais programas tenha o efeito desejado, concordamos que os programas para a prevenção da violência doméstica possam trazer benefícios para a prevenção especial. Já no que respeita aos meios técnicos

de controlo à distância, afigura-se imprescindível para a proteção da vítima, dado que é através destes meios que, em caso de incumprimento da medida de afastamento, a vítima pode ser protegida pelos órgãos de polícia criminal.

A pena acessória de inibição das responsabilidades parentais, apesar de levantar questões sobre a sua constitucionalidade e de compatibilização com o regime civil¹³, serve para proteger os menores de progenitores que são agressores.

Estas penas, por serem acessórias, não são de aplicação automática. Assim, não funcionam *ope legis*, mas *ope judicis*, pelo que, para serem decretadas têm de ser alegados e provados factos que sustentem um juízo da necessidade da sua aplicação. Tratando-se deste tipo de penas, o seu prazo de execução não começa a contar enquanto o condenado estiver em cumprimento de uma pena privativa de liberdade, sob pena de se tornar inútil o seu decretamento. Pois, durante esse período de privação de liberdade não se verifica o juízo de perigosidade que está por base da condenação da pena acessória.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA QUESTÃO DE GÉNERO

“A taxa de condenação é significativamente superior quando a vítima é mulher que do que quando é homem, ainda que se deva advertir que **a diferença de proporções se sustenta num reduzido número de vítimas do sexo masculino** (apenas nove)” (QUINTAS; SOUSA; GIRÃO, 2021, p. 113). Esta citação foi extraída de um estudo recente sobre as decisões judiciais relativas ao crime de violência doméstica, e vem, mais uma vez, demonstrar que o número de vítimas mulheres é muito maior do que o número de vítimas homens, tendo o Relatório Anual de Segurança Interna, relativo ao ano 2020, dado conta que as vítimas mulheres assumem 75% das vítimas das participações ocorridas.

Reconhecendo que a violência contra as mulheres é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens que conduziram à dominação e discriminação contra as mulheres pelos homens, o que as impediu de progredirem plenamente; Reconhecendo que a natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres é baseada no género, e que a violência contra as mulheres é um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens.

¹³ Em suma, há um regime estritamente civil, no Código Civil Português art.º 1916.º, que permite o levantamento da inibição quando deixe de subsistir a situação que levou ao decretamento desta. Quando o Tribunal Penal aplica uma pena acessória de inibição das responsabilidades parentais, esta não pode ser levantada mesmo que as causas que levaram à condenação cessem. Após decorrido o tempo decretado para a inibição é que esta cessa. Assim, e estando em causa uma situação em que a causa da condenação deixe de existir, podemos questionar a constitucionalidade desta norma. Note-se que poderá estar em causa uma violação do direito dos pais à educação dos filhos e o princípio da inseparabilidade dos pais dos filhos, de acordo com o art.º 36.º, n.ºs 5 e 6 da Constituição da República Portuguesa (CRP.)

Este excerto do Preâmbulo da Convenção de Istambul, a igualdade entre homens e mulheres é o elemento-chave para a prevenção da violência contra as mulheres. A partir desta conceção, conseguimos fazer uma boa interpretação da Convenção que terá, necessariamente, influência no ordenamento jurídico português.

O conceito de “género” tem sido alterado ao longo do tempo no âmbito das ciências sociais, reportando-se à construção de uma identidade pessoal em função dos atributos e papéis socialmente conferidos aos homens e às mulheres, e às relações sociais que daí advêm. Estando o cerne deste conceito nas relações sociais, é através desta que se tem distribuído poderes diferentes, construindo uma hierarquização na qual as mulheres estão num papel de subordinação. Assim, a violência de género resulta das relações sociais de subalternização e hierarquização social das mulheres. Tratando-se de um problema estrutural que está ancorado na desigualdade, uma vez que não há um estatuto de igualdade entre todos os seres humanos. Desta forma, estamos perante uma manifestação de discriminação que obsta ao gozo e exercício dos direitos individuais e sociais, i.e., uma violação dos Direitos Humanos.

No Direito interno, e estando obrigado a cumprir o que dispõe a Convenção, a Constituição da República Portuguesa acolhe o enfoque de todas as questões abordadas por aquela ao prever, no art.º 9.º, al. e) da Constituição, que é tarefa essencial do Estado promover a igualdade entre homens e mulheres. Deste modo, o legislador português ao olhar para as questões da Convenção de Istambul terá de o fazer em função de uma perspectiva de género, ou seja, na promoção da igualdade entre homens e mulheres.

3.1 *Iter Criminis*

O crime de violência doméstica pode consumir-se com apenas um só ato, como pode ser prolongado no tempo a sua execução.

Pese embora não assuma uma relevância jurídica, há vários estudos na área de Psicologia que apontam o modo como habitualmente se desenvolve aquele que se designa por “ciclo da violência doméstica” – sendo este composto por três fases.

A primeira fase é a acumulação de tensão. Os pequenos conflitos do dia-a-dia vão se transformando em situações de grande tensão emocional, e vão começando a haver episódios de agressão verbal e até ameaças à integridade física. A segunda fase é a “explosão”, quando se verificam os acontecimentos mais intensos da conduta criminosa. E, por último, a terceira fase. A “lua de mel”,

como mormente designada, quando o agressor se mostra arrependido e promete não voltar a repetir aqueles comportamentos agressivos. É imediatamente após esta fase que se volta a acumular a tensão, iniciando-se de novo este ciclo.

O período de tempo que cada fase tem varia conforme a relação em causa, o tipo de agressor, entre outros fatores. Por norma, a primeira fase é a que se prolonga mais no tempo, mas à medida que o ciclo de violência se vai repetindo há uma tendência para haver uma diminuição de hiato temporal entre as diversas fases.

A prática da conduta criminosa não se consuma no final do ciclo, nem há a necessidade do cumprimento das três fases para podermos afirmar a prática criminosa. Aliás, a prática de um só ato pode bastar para o preenchimento do ilícito típico. Quer esteja em causa um ato – *e.g.* um murro –, quer vários – *e.g.* insultos e espancamento –, consubstanciam uma ofensa à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade.

4 E QUANDO AS VÍTIMAS SÃO ASSASSINADAS?

A autonomização do crime de violência doméstica, apesar de ter sido motivada pela proteção das vítimas, levantou algumas questões nomeadamente pelo seu caráter subsidiário. Pois, este tipo legal assume uma relação de concurso aparente – subsidiariamente expressa – com os crimes de ofensas corporais graves, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual, entre outros, que sejam puníveis com penas superiores a cinco anos de prisão. Desta forma, poderíamos questionar do ponto de vista do conteúdo do ilícito-típico e do tratamento penal material da violência doméstica se esta teria sido uma alteração substancial – a autonomização do crime.

Aliás, antes da última alteração, se o crime de violência doméstica fosse afastado nos casos mais graves, i.e., por obediência à regra de subsidiariedade quando a medida da pena é maior, acabaria por nos casos em que seria mais imperioso o funcionamento de um conjunto de medidas penais, processuais penais e extrapenais destinadas a proteger a vítima, o afastamento pela não aplicação do tipo legal em causa – *e.g.* a não aplicação das penas acessórias contidas no n.º 4 a 6, do art.º 152.º. Esta foi a grande crítica aquando da autonomização do crime de violência doméstica. Crítica essa que acabou por ser sanada pelo legislador que, vendo a impossibilidade de lançar mão das penas acessórias e outras medidas que tanta importância assumem neste tipo legal de crime, adicionou no n.º 4, do art.º 152.º: “incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias [...]”.

Assim, mesmo que por aplicação da regra de subsidiariedade expressa se afaste da moldura penal do crime de violência doméstica, as penas acessórias poderão ser decretadas – dando assim um sentido jurídico-material a este ilícito típico. Se nos lembrarmos do crime de homicídio da forma tentada seria no mínimo desprovido de sentido o facto de o Tribunal não aplicar uma medida de afastamento. Se estamos no âmbito de uma realidade de violência doméstica, as penas acessórias são essenciais.

Acreditamos que, a par da última alteração, a mudança mais substancial se encontra implementada no crime de homicídio qualificado do art.º 132.º, n.º 2, al. b) – [...] praticar o facto contra cônjuge, ex-cônjuge, pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, ou contra progenitor de descendente comum em 1.º grau –, adotando um regime de tutela reforçada no que ao crime de violência doméstica diz respeito.

Já não se trata de um concurso aparente, mas sim de um concurso efetivo entre o crime de violência doméstica (art.º 152.º, n.º 1 e 2) e o crime de homicídio qualificado (art.º 132.º, n.º 2, al. b).

Sendo distintos os atos que materializam o crime de homicídio, na forma consumada, dos atos que integram a prática do crime de violência doméstica, perpetrados pelo arguido contra a vítima, descortinando-se diferentes sentidos de ilicitude, com pluralidade de bens jurídicos violados e pluralidade de resoluções criminosas, há concurso efetivo entre o crime de violência doméstica e o crime de homicídio¹⁴.

Deste modo, estando em causa resoluções criminosas diversas e violações de bens jurídicos distintos, não há qualquer impedimento legal ou imperativo constitucional, nomeadamente do princípio *ne bis in idem* que fundamente o afastamento da circunstância qualificativa. Concorrem as penas dos crimes de violência doméstica (art.º 152.º), de um a cinco anos (n.º 1) ou de dois a cinco anos (n.º 2), e de homicídio qualificado (art.º 132.º, n.º 2, al. b) de doze a vinte e cinco anos de pena de prisão¹⁵.

Já não terá a mesma solução jurídico-penal a conduta agravada pelo resultado morte. Estamos perante situações em que não podemos afirmar o dolo do agente para matar a vítima, logo não concorrem o crime de violência

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.04.2020, disponível em: <www.dgsi.pt>.

¹⁵ Há uma outra al. do n.º 2, do art.º 132.º, que causa alguma discussão na doutrina quando o agente mata por ciúmes. Segundo a al. e), é suscetível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade qualquer motivo torpe ou fútil. Pese embora, não haja um consenso, se considerarmos que “fútil” é um motivo que não pode razoavelmente explicar ou justificar a conduta do agente, parecemos que os ciúmes se enquadram neste conceito. Com mais desenvolvimento nesta matéria, recomendamos a leitura: CUNHA, 2022.

doméstica com o crime de homicídio qualificado. Estamos perante um exemplo de crime preterintencional, em que o agente combina uma conduta dolosa quanto ao crime fundamental – i.e., violência doméstica – e uma conduta negligente quanto ao resultado agravante – aqui, a morte. Pelo que, se cumpre o previsto no n.º 3, al. b) do art.º 152.º, com a moldura penal de três a dez anos de pena de prisão.

5 REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Aqui chegados, podemos afirmar que a violência doméstica, um fenómeno contemporâneo e social, chama a si a justiça.

Sendo um tema vastíssimo, muito ficou por dizer neste artigo – lembramos a indemnização das vítimas, o papel das vítimas, quem são as verdadeiras vítimas, o processo penal, entre tantas outras questões –, contudo tentámos mencionar algumas questões que considerámos pertinentes.

A evolução da sociedade tem nos mostrado que a realidade social da violência doméstica é muito antiga. O teto de uma sociedade machista encobriu, e continua a encobrir, o que a violência doméstica é e continua a ser. Prova disso é o facto de ser uma realidade protegida pela ordem jurídica há muito pouco tempo. Apesar de os números da violência doméstica serem assustadores em Portugal, o legislador sempre se mostrou tardio em proteger as vítimas.

A verdadeira proteção das vítimas deve muito à Convenção de Istambul. Por Portugal estar obrigado a cumprir com as obrigações, o legislador foi alterando a letra da lei para que esta estivesse de acordo com o que a Convenção de Istambul impunha. Referimo-nos não só ao alargamento da própria esfera da violência doméstica – foi através desta que para além dos maus-tratos físicos, psíquicos, privação de liberdade e ofensas sexuais, passou a integrar a violência económica –, como em medidas protetivas das vítimas. No entanto, alertamos para falta de previsão de determinadas circunstâncias agravantes da pena, a saber: quando a infração é repetidamente praticada, quando a conduta é praticada por duas ou mais pessoas agindo conjuntamente e quando é precedida ou acompanhada de uma violência de extrema gravidade, art.º 46.º, als. b), e) e f), respetivamente, da Convenção de Istambul.

O bem jurídico em causa é, porventura, o mais complexo dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento português – este encerra uma múltipla proteção da esfera individual humana. Apesar do crime de violência doméstica ser doloso, levantamos a questão sobre a pertinência de uma previsão de

violência doméstica negligente, o que poderá fazer sentido quando a vítima é menor. Este é um tema que merece um estudo autónomo.

Pese embora, o crime de violência doméstica apresente uma regra de subsidiariedade expressa, o afastamento da moldura penal desta, por uma mais gravosa, não afasta a possibilidade de o Tribunal lançar mão das penas acessórias. Note-se que esta regra de subsidiariedade não se aplica quando está em causa um crime de homicídio, por estar em causa quer bem jurídicos diferentes, quer pelo facto de haver mais do que uma resolução criminosa. Não obstante, a possibilidade de haver uma conduta que seja agravada pelo resultado, estando previsto no n.º 6, do art.º 152.º, quando se trata de um crime de homicídio qualificado não se deverá aplicar a regra da subsidiariedade.

As penas acessórias, sendo um instituto que neste tipo de crime assume uma importância redobrada devido à alta taxa de continuação da atividade criminosa, não preveem uma sanção no próprio processo de violência doméstica. O incumprimento da pena acessória no qual o agressor foi condenado, resultará de em um novo processo, no qual se julgará esse incumprimento. Parece-nos mais eficiente, no caso de incumprimento, que a sua sanção fosse parte integrante do próprio processo de violência doméstica.

Por fim, queremos enfatizar a necessidade jurídica e social de analisarmos e discutirmos a violência doméstica como um problema de todos. A violência contra as mulheres deve ser um tema abordado desde criança com o objetivo de termos adultos que se respeitam.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Teresa Féria de. O crime de violência doméstica: o antes e o depois da Convenção de Istambul. In: CUNHA, M. Conceição (Coord.). **Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal**. Porto: Ed. Universidade Católica, 2016.

CARVALHO, Américo Taipa. Comentário ao art.º 152.º. In: DIAS, Jorge Figueiredo (Dir.). **Comentário conimbricense do código penal**: parte especial, t. I, 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

CUNHA, Mariana Sousa e. “Amores” que matam: considerações jurídico-penais sobre os homicídios “passionais”. In: Yearbook: Mestrado da Faculdade de Direito - Escola do Porto/ Universidade Católica Portuguesa, v. 4, 2021.

DIAS, Jorge Figueiredo (Dir.). **Comentário conimbricense do código penal:** parte especial, t. I, 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

FERREIRA, Maria Elisabete. As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança. In: **Julgar online**, 2018.

FERREIRA, Maria Elisabete. **Violência parental e intervenção do estado:** a questão à luz do direito português. Porto: Ed. Universidade Católica, 2016.

QUINTAS, Jorge; SOUSA, Pedro; GIRÃO, Carolina. **As respostas judiciais na criminalidade de género.** Coimbra: Almedina, 2021.

SILVA, Fernando. **Direito penal especial os crimes contra as pessoas.** 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

Submissão em: 23 de fevereiro de 2022

Último Parecer favorável em: 28 de março de 2022

Como citar este artigo científico

COSTA, Marcela Valente. Violência doméstica em Portugal: um ordenamento jurídico realista? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 164-181, jan.-abr. 2022.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuat
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuðpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студии
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Окуды Жалғастыру
Pokračovanie Štúdie
Pokračující Studia
Pokračujúce Štúdie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Προδύκτυ
Συνεχισμενεσ Μελετεσ

STUDIOS
CONTINUO

UN TALLER DE TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL CIVIL Y PENAL EN BIMODALIDAD: EXPERIENCIA PEDAGÓGICA

ADELA PEREZ DEL VISO¹

ABSTRACT

In this document, a pedagogical narration is made, as to what happened during 2019 in a “Blended-learning” course in Universidad Católica de Cuyo sede San Luis. The course title was “Curso taller de técnicas de oralidad civil y penal” (Workshop on Oral techniques for Criminal and Civil proceedings). The course was created as a response to new requirements of the Government for the Legal Career: Legal Career must offer students opportunities to practise in the same environment or situations they will encounter in real contexts, with theoretical and practical pedagogical trajectories. The whole course is described, with emphasis on the schedules and time requirements of the topic. At the final part, we offer a proposal to replicate the course in the future, particularly when the Pandemia is over.

RESUMEN

Por medio del presente, en el marco de pandemia o post-pandemia se narra una experiencia pedagógica qué ocurrió durante el año 2019 en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, Argentina. Aclaramos que actualmente, debido a la situación de aislamiento forzado planteada por la pandemia, tales

¹ Abogada y Notaria (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1986-1988). Actual Juez Civil, Comercial Minas y Laboral de San Luis. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis. Profesora de Inglés Jurídico (Directora de la Diplomatura de Inglés Jurídico para Derechos Humanos de la U.C.C. San Luis y del Seminario de Inglés Jurídico, U.C.C. San Luis). Autora de “Argentina and the enforcement of Human Rights conventions” (Juris) y de otras obras y artículos. Profesora de Inglés (I.F.D.C. San Luis, Argentina) Especialista en Educación y TIC. Especialista en Educación y derechos humanos. Especialidad en Educación en entornos virtuales cursada terminada y tesis en curso (U. N. de Quilmes, Argentina). *e-mail*: adelamperezdelviso@gmail.com

experiencias podrían casi semejar parte de la prehistoria. Sin embargo, en su momento implicaron un avance significativo en la actividad de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, en pos de organizar la implementación de la educación a distancia. Se trata del “Curso Taller de Técnicas de Oralidad Civil y Penal” (Universidad Católica de Cuyo sede San Luis) la cual reflejó las necesidades originadas por los nuevos requerimientos dispuestos por una resolución ministerial, para la carrera de Derecho, según la cual las carreras de grado deben ofrecer ámbitos y modalidades de formación teórico-prácticas que sean de acuerdo a la realidad que posteriormente encontrarán los graduados en el ejercicio profesional, y por ende centradas en la Oralidad. Expresamos aquí cómo se llevó a cabo en “bimodalidad” y las necesidades especiales que surgieron de la misma. Particularmente destacamos los tiempos que se necesitan en cada caso tanto en los requerimientos de presencialidad como de actividad virtual. Se finaliza con un Proyecto de plan para replicar el curso bimodal, planificación que será posible solamente cuando se supere la situación de pandemia que nos afecta gravemente.

Palabras claves: Bimodalidad. Tecnicas de Litigacion oral. Enseñanza universitaria. Enseñanza del derecho. Derecho penal y civil.

1 INTRODUCCIÓN

En una cajita de fósforos se pueden guardar muchas cosas.
Un rayo de sol, por ejemplo
(Pero hay que encerrarlo muy rápido.
Sino, se lo come la sombra).
María Elena Walsh, **El reino del revés**, 1965.

Hemos querido comenzar con esta cita de la extraordinaria escritora y cantante argentina María Elena Walsh, a los fines de ilustrar la dificultad de poner en palabras (o “cajitas”) una experiencia de enseñanza-aprendizaje que se llevó a cabo durante el año 2019, reflexión que se realizará a la luz de diversos contenidos internalizados durante la cursada de la Especialización en Educación en entornos virtuales de la Universidad de Quilmes, Argentina.

En toda narrativa pedagógica se presenta el problema de que el *día a día* directamente nos “consume,” si no reflexionamos sobre el momento presente; los conocimientos van avanzando y cambiando y, lo que hoy es estado del arte, dentro de poco tiempo será una práctica superada. En el medio de este proceso, el docente intenta describir lo ocurrido en palabras, aun cuando la reflexión se le dificulte.

El “Curso Taller de Técnicas de Oralidad Civil y Penal” (año 2019, Universidad Católica de Cuyo sede San Luis) reflejó las necesidades originadas por los nuevos requerimientos dispuestos por la Resolución 3401/2017 (ARGENTINA, 2017), luego aplicados y exigidos por la La Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria en Argentina (CONEAU) para la carrera de Derecho. Según esta normativa, las carreras de grado deben ofrecer ámbitos y modalidades de formación teórico-prácticas orientadas al desarrollo de competencias profesionales acordes con la intencionalidad formativa, modalidades que incluyan flexibilidad y profundidad, y que sean de acuerdo a la realidad que posteriormente encontrarán los graduados en el ejercicio profesional. Esta realidad, en nuestro país, incluye actualmente el camino hacia la oralidad como nuevo paradigma de eficacia y celeridad procesales.

Este trabajo se centra en la experiencia de enseñanza-aprendizaje que tuvo lugar durante el segundo cuatrimestre del año 2019 en la Universidad Católica de Cuyo – sede San Luis, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Curso Taller de Técnicas de litigación oral en los proyectos Civiles y Penales (Universidad Católica de Cuyo, sede San Luis, s.f.)², el cual fue desarrollado en bimodalidad y con un carácter teórico-práctico.

A lo largo de este Trabajo Final pondremos en evidencia cómo los diversos contenidos de la Especialidad en Educación en Entornos Virtuales de la Universidad de Quilmes fueron aplicados; es decir: el diseño del curriculum y de objetos del aprendizaje para el Taller, la función tutorial, la creación de una comunidad de conocimiento con los alumnos, administrativos y colegas actuantes y la creación de instancias de evaluación posibles y eficaces, generando además evidencias de cumplimiento de los requerimientos de CONEAU sobre talleres de este tenor.

A continuación, indicaremos de qué manera se “intervino” una instancia de aprendizaje existente antes de 2019 (Curso Taller de Oralidad Penal, que era presencial) y se transformó la misma en una propuesta de enseñanza – aprendizaje nueva, que dio origen al presente.

2 EL CONTEXTO PREVIO Y LOS OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO FINAL

2.1

En cuanto al contexto previo cuyas experiencias sirven de insumo a este Trabajo final, diremos que el Taller de Prácticas de Oralidad, hasta el año

² Podemos encontrar referencias a este taller en: <<http://uccuyosl.edu.ar/index.php/cursos-y-jornadas/827-t%C3%A9cnicas-de-litigaci%C3%B3n-oral-en-los-procesos-civiles-y-penales>>.

2018, consistía en cuatro clases presenciales de tres horas cátedra, dictadas exclusivamente sobre la temática del Derecho Procesal *Penal*, por el Dr. José Luis Flores, Magistrado de la Cámara Criminal, Correccional y Contravencional de San Luis. Estaba dirigido a alumnos del último año de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis. El curso taller implicaba charlas de tipo magistral –realizadas de manera impecable por el versado Magistrado–. No contaba con evaluación final. Estaba destinado solamente a los alumnos de la carrera de Derecho. Hasta donde tenemos conocimiento, el taller sólo era mencionado en los anales de actividad de la Facultad de Derecho, y no era presentado como tarea realizada en ninguna otra instancia superior.

En 2019 las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo decidieron complementar el contenido del curso desde el Derecho Procesal Civil, como también, llevar a cabo el desarrollo del espacio virtual que implicaría la bimodalización del Taller teórico práctico.

A tal fin, se previó la existencia de un Curso-Taller, de modo tal que existirían dos clases presenciales, como comienzo y cierre del Taller, con un período de tiempo en el medio que permitiría el desarrollo y familiarización de los alumnos con el espacio virtual. Se brindarían ejemplos de salas de audiencia y de audiencias realizadas tomados de la realidad de toda la Provincia de San Luis; y en la última clase presencial, se daría oportunidad a los alumnos de llevar a cabo una presentación oral para poner en práctica los principios aprendidos.

2.2

El objetivo principal de narrar y estudiar esta experiencia pedagógica reside en la posibilidad de describir una propuesta realizada, la forma en que se construyó y cobró vida en las clases virtuales y presenciales, y estudiar qué aspectos pedagógicos y tecnológicos influyeron en definitiva en el éxito o eficacia de la internalización de los conocimientos por parte de los alumnos. Este análisis de una experiencia pedagógica sin dudas debe servir a futuros docentes, para conocer nuevas posibilidades, propuestas, y sus ventajas y dificultades.

Este Trabajo final servirá además para exponer la bibliografía y contenidos teóricos más aplicables a la temática en este tiempo, ya sea en lo procedimental (educación bimodal, educación en entornos virtuales, tutoría de alumnos) como en los contenidos que se trabajaron (oralidad; Proyecto Argentina Oralidad 2020; audiencias orales penales y civiles).

Instancias de aprendizaje como la que nos ocupa son ya una exigencia de CONEAU (la entidad antes mencionada que controla las Universidades privadas

en Argentina) en relación con las carreras universitarias (como Abogacía), y de qué forma diversos productos finales de este Curso Taller de Oralidad civil y penal fueron utilizados para la acreditación de este avance en la virtualidad de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis.

En definitiva trataremos de poner en evidencia de qué manera este Curso Taller fue un avance en la formación de los y las profesionales del Derecho de la Provincia de San Luis, y en la agilización de propuestas de carácter virtual para la Universidad Católica de Cuyo de San Luis, Argentina.

3 MARCO CONCEPTUAL

Es indispensable reflexionar acerca del tiempo actual en la Educación Superior, y cómo las modalidades virtuales son una necesaria complementación de las clases presenciales. Por ello, es necesario reelaborar los modelos educativos vigentes para integrar la educación virtual y la educación presencial de manera adecuada. Se ha dicho que en algunos casos, “la educación a distancia y la virtual requieren ser complementadas por actividades presenciales” (FERNÁNDEZ LAMARRA, 2007, p. 5). En realidad, podríamos emitir esta última frase de manera inversa y entender que, al contrario, en la actualidad las actividades presenciales deben complementarse de manera indispensable con actividades desarrolladas en entornos virtuales.

La calidad educativa requiere cada vez más de ampliación de conceptos, matices y contenidos, lo cual no siempre se puede lograr con el tiempo presencial disponible, en los casos de carreras presenciales. Pese a ello, al momento de la acreditación de las carreras, hay determinados contenidos que no pueden dejar de estar.

Es aquí donde la *bimodalidad* viene en auxilio de la necesidad de la *acreditación*. En cuanto a este último concepto, el diccionario *Webster's* nos arroja varias definiciones para el término “Acreditar”:

1. otorgar un crédito o favor;
2. autorizar o dar credencial de algo;
3. creer en algo como cierto;
4. certificar algo como que cubre determinados estándares;
5. atribuir crédito.

El término acreditación, aplicado a la educación, posee elementos de todas estas definiciones, pero en primer lugar indica la certificación de que un programa educativo cumple con un conjunto de estándares que han sido previamente establecidos por una autoridad con facultad para autorizarlo... La acreditación en programas educativos ha evolucionado hasta ser la base primaria conforme a la cual se produce el reconocimiento mutuo, inclusive cruzando las fronteras, ya sea a los fines de las equivalencias en lo educativo, como también a los fines de la posibilidad práctica de mudarse de un lugar a otro. La acreditación es también considerada como un medio de mejorar la cualidad de la ingeniería educativa (JONES, [S.d.]).

En la carrera de Abogacía, actualmente, la temática de la “Oralidad” no puede dejar de estar presente.

La Oralidad, como nueva idea rectora del sistema procesal argentino, implica el ideal de un Juez que asume mayor contacto con los sujetos del proceso (partes y terceros), y se acerca directamente a los objetos del proceso (documentos, lugares, etc.), con una participación directa en todos los actos procesales, para obtener mejores elementos de convicción.

Y ocurre que los programas de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal aún se rigen por lo que disponen los códigos de procedimiento, basados en un proceso escriturario. Por tanto, la modificación hacia la oralidad debe provenir de otras instancias educativas, que deben ser planeadas con un sustrato tanto teórico como práctico.

En efecto, no se trata de disponer una nueva materia (con o sin bimodalidad) que se superponga a la de Derecho Procesal civil y Derecho Procesal Penal, como diciendo a los alumnos que “les proponemos la alternativa oral a las otras dos materias”. Al contrario, este tipo de instancias de aprendizaje, como el Curso-Taller en comentario, deben ser trabajadas en conjunción con los contenidos y perspectivas de las otras dos materias, dado que sus sustratos componen un sistema (procesal).

Prestigiosos autores han dicho que

Un régimen procesal constituye o compone un sistema; y consecuentemente, un proceso de reforma –hacia la oralidad– no trata simplemente de sustituir una norma por aquella que se concibe como la mejor, ni de «oralizar» sin más el trámite. El proceso como sistema o método, se encuentra fundado u organizado en principios, y dichos principios deben necesariamente analizarse o considerarse con la finalidad de planificar o proyectar una revisión del régimen procesal.” (ELÍAS, 2019).

De allí que se propuso, por parte de la Dirección Académica de la Facultad de Derecho de la U.C. Cuyo San Luis, la complementación de las materias Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal, con este Curso Taller en bimodalidad.

De esa manera se cumplió también uno de los aspectos del trabajo en bimodalidad, el cual es, el trabajo en “equipos interdisciplinarios”. Este fenómeno también se ha observado en otras universidades estatales, y por ello, por ejemplo, en Costa Rica se elaboró un “Plan Global Institucional (2004-2011)” en uno de cuyos párrafos se expresa que

La acción de la Universidad Nacional en esta área consistirá, precisamente, en consolidar equipos de trabajo en programas interdisciplinarios que contribuyan a cerrar la brecha tecnológica mediante la búsqueda de adaptaciones tecnológicas al contexto de pequeñas unidades productivas. La incorporación de nuevas tecnologías en la educación ha venido a cambiar las formas en que se produce el aprendizaje, de trabajo pedagógico y las relaciones educando-educador; los procesos de enseñanza-aprendizaje se orientan hacia el aprendizaje mutuo [...]” (VARELA CÓRDOBA; CORRALES ESCALANTE, [S. d.] hoja 2).

De la misma manera se produjo en el caso que nos ocupa un trabajo interdisciplinario, entre el Profesor de Derecho Internacional Público relatando la Oralidad en el Proceso Penal, la profesora de derecho privado versando sobre la Oralidad en el Proceso Civil, y el aporte de la Secretaría académica y de la oficina de soporte informático, colaborando en la creación del Curso en bimodalidad y el adecuado uso de una E.V.A. en *Moodle*.

Asimismo, esta misma bimodalidad hizo posible que lo que antes era un Taller de técnicas de oralidad “penal” ahora abarcara también técnicas de oralidad “civil.”

Este tipo de cursos son relativamente nuevos en la Institución donde ahora se han implementado (Universidad Católica de Cuyo, sede San Luis), la cual se plantea actualmente el llevar a cabo una renovación en las modalidades de varias carreras. Por ello, fue indispensable presentar a las autoridades diseño y planificación detallados del proceso de aprendizaje para ambientes presenciales y virtuales, dejando en claro cuáles eran los objetivos de aprendizaje y articulando de manera equilibrada contenidos y acceso a los mismos, las actividades de aprendizaje y recursos educativos en formato digital o multimedia. Como caso de Curso bimodal, se observó la necesidad de

decidir y comunicar los procesos de evaluación de los aprendizajes que permitan un desarrollo integral del estudiantado universitario, que favorezcan el diálogo, la tolerancia y el respeto a la diversidad. Además,

deberán tomar en consideración el tipo de curso y su naturaleza (teórico, teórico-práctico y práctico) y el número de horas de estudio para la presencialidad y virtualidad (VARELA CÓRDOBA; CORRALES ESCALANTE, [S. d.]).

Cabe destacar que la planificación del curso trajo como necesaria consecuencia un cambio en las propuestas a los alumnos. Las clases presenciales contarían con una parte expositiva y otra parte práctica con actividades a realizar en conjunto. Pero por su parte las clases en E.V.A. no podían ser una “reiteración” de las anteriores, ni en su contenido (obviamente) ni tampoco en los instrumentos y modo de planteo de las cuestiones a tratar.

Ello era indispensable, atento a que

actualmente, las *Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación* (NTIC) asumen un modo particular de mediación del conocimiento y permiten que los procesos educativos puedan desarrollarse en entornos radicalmente diferentes a los que tradicionalmente se han utilizado, desafiando el tiempo y la distancia propios de la enseñanza presencial, sumando estrategias particulares para la apropiación de saberes. Además, propone y permite una forma particular de aprender a la vez que regula el pensamiento de quienes operan con ella o a través de ella (GARCÍA; MANZIONE; ZELAYA, 2013).

Fue necesario crear una gran cantidad de nuevos “objetos del aprendizaje.” En cuanto a este último concepto, el de “Objeto del Aprendizaje (“O.A.”), el mismo surge en clara asociación con las nuevas modalidades virtuales y bimodales, dado que implica “todo material estructurado de una forma significativa, asociado a un propósito educativo y que corresponda a un recurso de carácter digital que pueda ser distribuido y consultado a través de la Internet, o bien, cualquier entidad digital o no digital que puede ser usada, re-usada o referenciada para el aprendizaje soportado en tecnología” (CALLEJAS CUERVO; HERNÁNDEZ NIÑO; PINZÓN VILLAMIL, 2011). En el Trabajo final intentaremos explicar cuáles fueron los Objetos del Aprendizaje utilizados, como parte necesaria de esta adaptación (M.D.M., videos con diferentes objetivos pedagógicos, y podcasts).

4 PROPUESTA DE PLAN DE DESARROLLO METODOLÓGICO DEL CURSO TALLER DE TÉCNICAS DE ORALIDAD CIVIL Y PENAL

Si bien lo que se ha narrado hasta acá ha sido una experiencia pedagógica ocurrida durante 2019, exponemos acá brevemente el esquema con el cual se

llevó a cabo, planteándolo como una posible propuesta pedagógica a repetir en lo futuro, en bimodalidad.

Se trata entonces de un plan de desarrollo del Curso –Taller bimodal en comentario–. Plan que lamentablemente en razón de la Pandemia y del obligado aislamiento por el riesgo de contagio, no puede llevarse a cabo durante 2020. Sin embargo, no perdemos las esperanzas de poder llevarlo a cabo, esperanzadoramente, en un futuro próximo. Caso contrario, requerirá nuevas adaptaciones para un planteo totalmente virtual.

	TIEMPO	Dos encuentros presenciales de cuatro horas reloj cada uno. Cinco encuentros virtuales. Entre el primer encuentro presencial y el segundo mediaron dos semanas.
	VELOCIDAD FRECUENCIA	Un encuentro presencial cada dos semanas. Un encuentro virtual cada cuatro días.
	 LUGAR	Presenciales: Aulas del C.E.P.I.D. de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis. Virtuales: Aula virtual en MOODLE de la U.C.C. San Luis Facultad de Derecho.
	RECORRIDO	Recorrido conjunto. Luego del último encuentro presencial los alumnos tendrán un mes para completar todas las tareas y realizar un foro y un trabajo final colaborativo.
	PROFESORES A CARGO	--Un profesor especializado en procedimiento penal y oralidad. --Un profesor especializado en procedimiento civil y comercial y oralidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEITUNO, Marcelo Luis. Didáctica integral del multimedia y diseño de hipermedias para entornos virtuales de aprendizaje. En: IMPERATORE, Adriana; GERGICH, Marina (Ed.). **Innovaciones didácticas en contexto**. Quilmes: Ed. Universidad de Quilmes, 2017. p. 81–98. (Colección *Ideas de Educación Virtual*, 5).
- ARGENTINA. Ministerio de Educación de la Nación. Resolución 3401-E-2017. Anexo III [Comunicado de prensa]. (2017, 8 septiembre). Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/279435/res3401.pdf>>. Recuperado 22 Enero, 2020.
- BEAVER, Jessica K.; HALLAR, Brittan; WESTMAAS, Lucas. Blended learning: defining models and examining conditions to support implementation. 2014. Disponible en: <<https://www.researchforaction.org/research-resources/k-12/blended-learning-defining-models-and-examining-conditions-to-support-implementation/>>.
- CALLEJAS CUERVO, Mauro; HERNÁNDEZ NIÑO, Edwin José; PINZÓN VILLAMIL, Josué Nicolás. Objetos de aprendizaje: un estado del arte. En: *Entramado*, v. 7, n. 1, p. 176-189, 2011. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/277269656_Ojetos_de_aprendizaje_un_estado_del_arte>. Fecha de Consulta 20 de Enero de 2020.
- CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA INNOVACIÓN Y EL DESARROLLO (CEPID). Disponible en: <<http://cepid.uccuyosl.edu.ar/>>. Recuperado 13 Enero, 2020.
- CHRISTENSEN, Clayton M.; HORN, Michael B.; STAKER, Heather. **Is K-12 blended learning disruptive?: an introduction to the theory of hybrids**. Harvard: Ed. Clayton Christensen Institute, 2013.
- ELÍAS, Jorge A. Sistemas de oralidad en las reformas procesales civiles. En: *Microjuris.com*. MJDOC (14955 AR). 2019, 8 agosto. Disponible en: <<http://ar.microjuris.com/searchsGlobal?query=sistemas%20de%20oralidad>>.
- GARCÍA, Lucía Beatriz; MANZIONE, María Ana; ZELAYA, Marisa. Administración de la educación y gestión de las instituciones escolares (versión digital de la carpeta de trabajo). Quilmes: Ed. Universidad Nacional de Quilmes, 2013. Disponible en: <<https://ediciones.unq.edu.ar/s/?f=L3ByZXNzZXMvMS8vbW9ub2dyYXBocy8zNTgvc3VibWlzc2lvbi9wcm9vZi8zNTgtNDktMTg5LTETMTAtMTk3MDAxMDEucGRm>>.

FERNÁNDEZ LAMARRA, Norberto. La universidad en America Latina y Argentina: problemas y desafíos políticos y de gestión. Em: Revista Gestão Universitária na América Latina - GUA, v. 1, n. 1, p. 1-25, 2007. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=319327571005>>. Fecha de Consulta 22 de Enero de 2020.

JONES, Russel C. Global accreditation trends. Disponible en: <http://www.worldexpertise.com/global_accreditation_trends.htm>. Recuperado 16 enero, 2020.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Agencia Interamericana para la Cooperación y el Desarrollo (AICD). La documentación narrativa de experiencias pedagógicas. (2005, mayo). Disponible en: <https://www.u-cursos.cl/filosofia/2009/2/EDU203/1/material_docente/previsualizar?id_material=469328>. Recuperado 22 Enero, 2020.

RAMOS GARCÍA, Ana María; CAURCEL CARA, María Jesús. Los podcast como herramienta de enseñanza-aprendizaje en la universidad. Profesorado. En: **Revista de Currículum y Formación de Profesorado**, Granada (España), Ed. Universidad de Granada, v. 15, n. 1, p. 151-162, 2011.

SANCHEZ VERA, María del Mar. Funciones del vídeo en la educación-MDM objetos de aprendizaje de la asignatura diseño y evaluación de materiales educativos. Disponible en: <http://miuras.inf.um.es/%7Eoele/objetos/funciones_del_vdeo_en_la_educacin.html>. Recuperado 20 Enero, 2020.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUYO. Sede San Luis. Técnicas de litigación oral en los procesos civiles y penales. Disponible en: <<http://uccuyosl.edu.ar/index.php/cursos-y-jornadas/827-t%C3%A9cnicas-de-litigaci%C3%B3n-oral-en-los-procesos-civiles-y-penales+>>.

VARELA CÓRDOBA, Kátia, CORRALES ESCALANTE, Xinia. Experiencia de cursos universitarios con una modalidad bimodal en el ámbito de las ciencias sociales en educación superior. Disponible en: <<http://recursos.portaleducoas.org/sites/default/files/VE14.175.pdf>>. Recuperado 16 enero, 2020.

WALSH, María Elena. **El reino del revés**. Buenos Aires: Alfaguara Infantil, 1965. Ilustraciones: Nora Hilb.

Submissão em: 12 de agosto de 2021

Último Parecer favorável em: 27 de dezembro de 2021

Como citar este artigo científico

PEREZ DEL VISO, Adela. Un taller de técnicas de litigación oral civil y penal en bimodalidad: experiencia pedagógica. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 184-195, jan.-abr. 2022.

LOS CONCEPTOS DE PERSONA Y DE DIGNIDAD HUMANA

EDGAR J. MOYA MILLÁN¹

INTRODUCCIÓN

Los conceptos de Persona y de dignidad humana tienen diversos significados. Se afirma que es una construcción que nace a partir de la edad media, donde los juristas romanos utilizaban la palabra *persona* fundamentada en los derechos de los cuales era acreedor un ser humano para diferenciarlo del esclavo. El concepto de persona es una construcción cultural lo que lo diferencia del aspecto biológico del ser humano. Se dice que se nace humano y se llega a persona.

En el contexto romano, aunque todos los sujetos jurídicos eran hombres, no todos los hombres eran sujetos jurídicos, ya que existía la esclavitud. Si la ciudad se convierte en ese escenario y los ciudadanos en actores, entonces los ciudadanos que participan activamente en la ciudad son las “personas” o “personajes” de la “escena” de la vida pública. Esta analogía permite comprender cómo entre los romanos los esclavos eran considerados “hombres” o “individuos humanos” pero no “personas” en la acepción jurídica de la palabra (BUENO, 1996, p. 118). Persona no era cualquier hombre, sino el hombre que podía actuar.²

¹ Abogado con cursos de doctorado en Ciencias, mención derecho en la Universidad Central de Venezuela y en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magíster Scienturium en Derecho Tributario; Especialista en: Derecho Procesal Constitucional; Derecho Administrativo; Derecho Penal, Derecho Tributario y en Derecho Mercantil. Ex Juez de Municipio, ex Defensor Público Penal; ex Juez Superior en lo Contencioso Administrativo y ex Juez de la Corte Contencioso Administrativo. Profesor de pre y postgrado en Derecho Procesal Constitucional; Derecho Administrativo, legislación Minera y Petrolera; Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Autor de 12 publicaciones en derecho. Este Trabajo fue realizado en septiembre de 2020. Correo electrónico: jamedus@gmail.com; y moyamillanabogado@gmail.com.

² Entre estos términos [*persona* y *homo*] existe una clara diferencia: “*persona* es un *homo* actuando”. (TAMAYO Y SALMORÁN, 1984, p. 81).

Etimológicamente, “persona” designaba “la máscara o careta que usaban los actores de la tragedia para hablar *–per sonare–*. La persona cubría la cabeza del actor: por su parte anterior representaba el *personaje*, por su parte posterior llevaba una peluca”. Más adelante, la palabra sirvió también “para referirse al propio ‘actor’; después para aludir al actor de la vida social: al ‘hombre’ y, por último, en el ámbito jurídico para designar: al ‘sujeto de derecho’.”.

A partir de la Edad Media, se asume una posición con respecto al concepto de persona desarrollado por Boecio (1979, Tercer capítulo, p. 557), de que “la persona es una sustancia individual de naturaleza racional”. Boecio establece, su punto de partida en el marco de una ontología de la esencia. La sustancia divina carece de materia y de movimiento, por eso es algo uno y es lo que es, no habiendo lugar para accidente o movimiento alguno; será verdaderamente uno aquello en lo cual no se da ningún número, nada fuera de lo que él es. Él postula de manera explícita que persona debe ser definida dentro de la “naturaleza esencial” siendo que para él persona no es otra cosa que la individualidad de una naturaleza racional. En cuanto al concepto de dignidad humana se le asocia con derechos humanos, con autonomía personal o moralidad, entre otros aspectos, encontramos imprecisiones o ambigüedad.

En el presente trabajo trataremos de dar algunas definiciones de persona y dignidad humana, desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, vocablos que tienen diversos significados algunos no muy claros o indeterminados, que nos lleva a considerar que ambas palabras además de ambiguas son vagas.

LA PERSONA HUMANA

No es una tarea sencilla dar un concepto de lo que es *persona*. Existe diversidad de criterios desde el punto de vista doctrinario, jurisprudencial y filosófico. Decía Santo Tomas de Aquino:

como en las tragedias y en las comedias se representaban ciertos hombres célebres; el nombre de persona ha sido empleado, para designar personajes investidos de dignidad: y de aquí nació la costumbre de llamar personas en las Iglesias a los constituidos en alguna dignidad. Por cuya razón algunos definen la persona, diciendo que “es una hipóstasis, que se distingue por la propiedad inherente a una dignidad”. Y, puesto que es de gran dignidad el subsistir en naturaleza racional, se da el nombre de persona a todo individuo racional ([S.n.t. p. 261]).

García Juárez, afirma que, etimológicamente, el término “Persona”, proviene del próson “máscara” del actor en el teatro griego clásico. Por tanto,

persona equivaldría a “personaje”; y “Humano”, que no significa más que tierra o lodo, del latín “Humus”, podríamos definirla como un conjunto unido de características Biológicas, Psicológicas, Sociales y Espirituales, y ello, porque es un ser único e irrepetible, que de manera individual posee principios y valores como lo son: la dignidad, la libertad, la autonomía, la intimidad y la apertura.

Para la citada autora, la Persona Humana es un ser independiente, inteligente y racional, que desde pequeño desarrolla sus conocimientos, y se apoya en la educación para desarrollar todas sus potencialidades frente a la sociedad, que es la que lo lleva a convertirse en un hombre productivo para la sociedad, que lo lleva a ubicarse en el contexto social como una persona que logra sus metas y propósitos que siempre serán individuales.

No estamos de acuerdo con el criterio de esta autora que, solo considera como persona humana al hombre productivo, con ciertas cualidades subjetivas que benefician a la sociedad pues, esto es relativo. Existen personas que no son independientes, productivos, inteligentes o racionales.

En las Instituciones de Gayo (siglo II), la palabra homo era utilizada en sentido de esclavo (*servus*), también en sentido general añadiéndosele un adjetivo (*homines liberi, omnes homines*) y en la cita de textos antiguos en los que todavía no se usaba la palabra “persona”. Ésta sólo es utilizada allí para referirse al ser humano cuando se trata de relaciones jurídicas, específicamente para expresar su condición de titular de derechos: en la sociedad, en la familia, etc. No es utilizada para referirse al esclavo, pues éste era considerado sólo como homo, no como persona (aunque tampoco era considerado *res* o cosa ya que, si bien carecía de capacidad jurídica propia, se le permitía celebrar negocios para su *dominus*, tener una zona económica más o menos limitada –el *peculium*– y casarse respetando los impedimentos biológicos, etc.) (GAYO, 1990, vid, I, 9 y siguientes; III, 164 y siguientes; y II, 86 y siguientes).

Hay quienes difieren de que, la palabra “persona” provenga etimológicamente de per-sonare. Es el caso de Llompart, quien considera que,

el término *prósopon* fue usado en la Antigüedad para referirse al rostro, pero también para indicar la faz del sol o de la luna, y en algún lugar se refiere también al hombre, a su cara, pero en otro incluso al de los animales. En algún momento llega a coincidir con la voz latina: la máscara, por ejemplo, la máscara trágica o cómica de los actores. De allí se derivan las significaciones de “papel” o “personaje” y posteriormente “persona” (LLOMPART VERD, 1999).

Julián Marías (1970, p. 41-42) considera que es posible, aunque no es seguro, que la significación de *prósopon* como máscara se deba a una influencia

del latín “persona”, y que esta palabra de etimología dudosa sea probablemente etrusca.

Pfeiffer (2017), considera que, *persona* es un concepto que se viene usando desde la época romana para referirse a quien es titular de derechos, y es incorporado a la Filosofía como una necesidad de la teología cristiana para poder explicar el misterio teológico de la Trinidad. Se sigue usando en la actualidad especialmente en el ámbito jurídico para referirse al titular de derechos: en caso que se haga referencia a un miembro de la especie humana se trata de personas naturales, visibles o físicas, en caso que las personas hayan sido creadas por personas físicas o por la ley se habla de personas jurídicas. Sin embargo, aunque es un concepto que se usa popularmente e incluso en Sociología, Psicología y Política y, en general, se aplica a todo ser humano, sigue habiendo desde su origen, desde la Filosofía, cuestionamientos a esta identificación de conceptos. El que no sean conceptos o calificativos equivalentes suele generar consecuencias respecto de la atribución de derechos a un ser vivo e, incluso, a nivel de respeto o reconocimiento del valor de esa vida.

La ley, por ejemplo, diferencia a las personas físicas de las personas jurídicas en un esfuerzo por regular conductas en una sociedad determinada. El legislador por excelencia, es el encargado de crear ese instrumento jurídico, salvo facultades expresas otorgadas al Presidente de la República que, no siempre termina redactando leyes que suelen ser las más acertadas, algunas veces utiliza un lenguaje técnico poco entendible, vago o ambiguo que crea confusiones, a propósito, por desconocimiento, por compromisos políticos o dejándole al juez la tarea de interpretarla. Las *personas jurídicas* son una construcción normativa para diferenciarlas de las personas humanas o físicas.

Hoy en día aún se sigue considerando en la ley a la *persona* como titular de derechos y deberes, sea esta una persona física o una persona jurídica. Consideramos la existencia de ambigüedad en la palabra persona. Singer (Cfr. SINGER, 2002, p. 79 y ss.; SINGER, 2002, p. 112 y ss.; CAVALIERI; SINGER, 2002, p. 128 y ss.; KUHSE; SINGER, 2002, p. 188 y ss.), hace una distinción del ser humano y el de persona como dos conceptos diferentes, tomando como referencia el valor de la vida. Las diversas opiniones, hace muy difícil llegar a un acuerdo unitario sobre la noción de persona.

Para Kelsen (1987, p. 125 ss.), la *persona* es “una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica”. A su criterio, “el hombre no es una noción jurídica”, sino biológica. Al hombre, “lo define la ciencia de la naturaleza”. En cambio, la persona es un “concepto jurídico”. Como consecuencia, “estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes”. Y el resultado de esta ecuación separatista no se hace esperar: “Si el hombre es una

realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir” (RABINOVICH-BERKMAN, 2019, p. 5).

Rabinovich-Berman, afirma que, tras los cambios conceptuales traídos por la “escuela de las Pandectas”, germana, especialmente por Savigny, Puchta y Windscheid, plasmados en el Código Civil alemán de 1896-1900, y posteriormente llevados al extremo de la argumentación filosófica en la Teoría pura de Kelsen, el concepto de persona se ha transformado en una noción excluyente, empleada para privar a algunos *homines* de los derechos que otros (a los que la “capacidad de derecho” se les reconoce) gozan. El ejemplo más contundente lo constituye el fallo *Roe vs. Wade*³ con relación al ser humano concebido y aún no nacido. Sin embargo, esta acepción de “persona” podría ser empleada mañana también para negar prerrogativas esenciales a cualquier grupo humano determinado, sin siquiera tomarse el trabajo de “deshumanizarlo” antes (RABINOVICH-BERKMAN, 2019, p. 7).

El desconocimiento de la condición de *persona* a cualquier grupo humano, ha venido sucediendo con frecuencia, sobre todo en aquellos gobiernos autoritarios que se apoyan en una dictadura constitucional, abusando vía judicial o legislativa para desconocer derechos y/o prerrogativas a la *persona*, buscando someter a la población y mantenerse en el poder con exclusión política, social o cultural.

En la nación argentina, el proyecto de Código Civil seguido por Vélez Sarsfield, Freitas procura ceñirse a la comparación romana entre persona y homo. Esta alternativa, sin embargo, no triunfa en Brasil, si bien Clovis Beviláqua, la mantiene en su proyecto a fines del siglo XIX. En el Código Brasileño de 1916 prima la influencia del Código Alemán que es prácticamente traducido al portugués y este criterio se mantiene en el Código Civil Brasileño actual del año 2003 (RABINOVICH-BERKMAN, 2019, p. 6).

La pregunta que nos hacemos, —dice Rabinovich-Berkman—, es, entonces, hasta qué punto tiene sentido o utilidad, existir en el concepto de persona en la terminología jurídica en el siglo XXI. La idea de persona surgió entonces en Roma ante la ausencia de un término que realmente definiera en la ciencia jurídica y en el habla corriente al miembro de nuestra especie. Fue construida como expresión técnica inclusiva a través de la cual se reconocía un *status* especial, diferente desde las cosas y desde los animales, los otros animales de que habla el jurista Ulpiano, a todos los *homines*, fueran romanos o extranjeros,

³ El caso *Roe* contra *Wade* o *Roe vs. Wade* es el nombre del caso judicial de 1937, por el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos despenalizó —por fallo dividido de 7 contra 2— el aborto inducido en ese país. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade>. Visto el 04 de octubre de 2020.

hombres o mujeres, libres o siervos, nacidos o aún in útero (RABINOVICH-BERKMAN, 2012, p. 8).

El artículo 19 del Anteproyecto que precedió a la sanción del Código Civil y Comercial decía: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

El fundamento del artículo proyectado era el mismo sostenido por el fallo *Artavia Murillo*,⁴ es decir, que la concepción es un proceso que comienza con la fecundación y termina con la anidación. Hasta que no se produzca la implantación del embrión en el seno materno, carece de aptitud de desarrollo. De allí que su tratamiento por la ley no puede ser igual al del embrión efectivamente implantado.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, emplea la denominación “persona humana” y elimina la definición que contenía el artículo 30 del Código de Vélez referido a la “persona física”⁵. Lo que ha hecho el legislador fue un cambio de las denominaciones ya referidas, pero aun así, esta palabra sigue siendo ambigua con muchos significados, correspondiéndole al juzgador su interpretación. En materia de derechos humanos, persona es todo ser humano, así lo expresa la Convención Interamericana sobre derechos humanos.⁶

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ en su artículo 1.2, expresa: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; y el uso indistinto que se hace de estos dos términos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸.

⁴ El caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* es una sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos del 28 de noviembre de 2012 sobre la responsabilidad internacional de Costa Rica por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Artavia_Murillo_y_otros_vs._Costa_Rica>. Consultado en fecha 05 de octubre de 2020.

⁵ Aprobado por ley 26.994, sancionada el 1 de octubre del 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014 y, según ley 27.077, con entrada en vigencia el 1 de agosto de 2015.

⁶ Artículo 1.2 de la Convención de derechos humanos. Disponible en: <<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>>.

⁷ La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de Julio de 1978. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos>.

⁸ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un tratado multilateral general que reconoce Derechos civiles y políticos, establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

LA DIGNIDAD HUMANA

El diccionario de la Real Academia española define **dignidad**, o “cualidad de digno” (del latín *grandeza*)⁹ hace referencia al valor inherente del ser humano por el simple hecho de serlo, en cuanto ser racional, dotado de libertad (CASTILLA DE CORTAZAR, 2015, p. 76).

No se trata de una cualidad otorgada por nadie, sino consustancial al ser humano (CASTILLA DE CORTAZAR, 2015, p. 76). No depende de ningún tipo de condicionamiento ni de diferencias étnicas, de sexo, de condición social o cualquier otro tipo (CASTILLA DE CORTAZAR, 2015, p. 77). Según la distinción introducida por Millán-Puelles, esta es la dignidad ontológica, diferente a la dignidad adquirida, siendo este último concepto similar al del honor (CASTILLA DE CORTAZAR, 2015, p. 78).

La Corte Constitucional de Colombia, ha definido a la Dignidad Humana, dándole diversos significados basados principalmente en elementos normativos,

ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) la dignidad humana entendida como principio constitucional; (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo¹⁰

Peter Haberle, hace mención a la dignidad humana como el vértice sobre la que se funda el Estado constitucional. Según este autor “es el desarrollo cultural del hombre lo que lo dota de dignidad”. La dignidad humana proviene o equivale a la identidad cultural (no física) de cada ser humano: es o proviene de cada individualidad cultural particular. Haberle, plantea que existe un “núcleo” de dignidad humana independiente del ámbito cultural individual. Este núcleo es constituido por el conjunto de derechos y deberes de tipo fundamental, es decir, es la suma de los valores fundamentales. Los derechos humanos, y su razonable contra cara como deberes, “habrán de posibilitar al ser humano el convertirse en persona, el ser y continuar siendo persona” (HABERLE, 2002, p. 104).

La identidad como persona proviene de la dignidad como ser humano. La identidad humana se forja ante todo de manera específicamente cultural. Esto es, la dignidad humana, es la representación autónoma de la personalidad cultural

⁹ Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2014), “dignidad”. Diccionario de la lengua española, 23ª edición. Madrid: Espasa. Consultado el 06 de octubre de 2020.

¹⁰ Sentencia T-881 de 2002: <https://www.corteconstitucional.gov.co>.

individual. En pocas palabras, la dignidad del ser humano se identifica con su propia humanidad, y ésta es conformada culturalmente. Muchos doctrinarios entre ellos Rabinovich-Berkman, sostienen que la dignidad humana es una construcción cultural.

Haberle expresaba que la dignidad de la persona se manifiesta además con carácter previo a la calificación histórico-conceptual de los derechos fundamentales. Si éstos aparecen sólo a partir de la Edad Moderna, en los orígenes más elementales de la noción jurídica de dignidad cabe buscarlos en la antigüedad y en la Edad Media; como elemento de “caracterización de una posición social dentro de la comunidad” y también desde una perspectiva de “distinción de la dignidad humana respecto a la criatura no humana” (HABERLE, 1987, p. 834).

Para Pereces-Barba, la dignidad humana es el fundamento de la ética pública. Esta, como paradigma político y jurídico de la modernidad, está conformada por cuatro grandes valores: la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica (PECES-BARBA MARTINEZ, 2007, p. 158). En su origen dignidad humana no es un concepto jurídico como puede serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político como Democracia o Parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo (PECES-BARBA MARTINEZ, 2007, p. 158).

El concepto de dignidad humana no es un concepto jurídico, sin embargo, el mismo aparece mencionado en diversos instrumentos normativos, como Constitución, Códigos, leyes, Convenios, Tratados internacionales de derecho civiles, políticos y de derechos humanos entre otros, que nos conduciría a pensar que se trata de una construcción jurídica o de una entidad jurídica.

Existen diversos instrumentos normativos que consagran derechos, pero no dan una definición exacta de *persona y de dignidad*, pues su función es regular no dar definiciones. El Código Civil y Comercial de la nación argentina dispone en su artículo 51: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.”¹¹.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (ORGANIZACIÓN, 2015) en su artículo 2, literal C, tiene dentro de sus objetivos la de promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de

¹¹ Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994. En vigencia desde el 01 de agosto de 2015. Reemplazó al Código Civil de 1869, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1862, redactado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield.

la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

El editorial de Ruth Macklin en el *British Medical Journal*, con el título de “Dignidad es un concepto inútil”, creó mucha polémica y múltiples reacciones. Argumentaba sobre la posibilidad de una perfecta sustitución de la dignidad por otro concepto más útil y operacional –la autonomía–, sin pérdida significativa, esta autora llega a cuestionar cómo el uso basado en el impacto emocional de un concepto tan vago e impreciso podría contribuir para discusiones importantes en Bioética (MACKLIN, 2003, p. 1.419-1420).

Una expresión es vaga cuando “[...] el foco de significado es único y no plural ni parcelado, pero [su modo de empleo] hace que sea incierta o dudosa la inclusión de un hecho o de un objeto concreto dentro del campo de acción de ella.” (CARRIO, 1970. p. 15). Existen disposiciones que suelen ser indeterminadas semánticamente, en razón de que, sus contenidos son producto de compromisos apócrifos (SCHMITT, 1983, p. 87 y ss.) que admiten una *multiplicidad* de interpretaciones políticas y sociales del Estado; que conducen a la vaguedad; una norma es vaga si un caso debe ser encuadrado en el supuesto de hecho de la norma que el enunciado establece, de conformidad con una interpretación determinada.

Ahora bien, se entiende que una expresión es ‘ambigua’ cuando “[...] puede tener distintos significados según los diferentes contextos en que vaya insertada, o bien que en una misma palabra puede tener distintos matices de significado en función de esos contextos diversos.” (CARRIO, 1970. p. 17). Desde el punto de vista lingüístico, una palabra o expresión puede tener más de un significado, y estas imprecisiones pueden ser solucionadas una vez conocido el contexto de la palabra u expresión.

La Constitución, en la mayoría de los países donde ellas existen, consagra la no discriminación por razón de raza, sexo o religión que, vendría a ser el respeto a la dignidad de todo ser humano y prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese fin fuera el de salvar la vida de otras personas, por ejemplo, derribar un avión comercial con pasajeros a la hora de un ataque terrorista contra la población.

En el fallo de la “Asociación Lucha por la Identidad Travesti”¹² la expresión dignidad humana, o dignidad de los seres humanos, o de las personas la jurisprudencia le ha dado diversas orientaciones.

La protección de un valor rector como la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda el orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad que es requisito de una sociedad sana.

¹² “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/ Inspección General de Justicia y otros/ recurso contencioso administrativo”, Fallos: 329:5266, del 21-11-2006.

En otro fallo, la jurisprudencia ha equiparado la dignidad humana con los Derechos Humanos. Se ha afirmado que

el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre, que es reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional (SIMÓN, 2005).

CONCLUSIONES

Persona y dignidad son palabras que se emplea desde la antigüedad y que es difícil precisar cuándo fue utilizado por vez primera, algunas veces para diferenciar al ciudadano del esclavo, de la persona honesta, distinguida, moral y religiosa. Persona y dignidad, se le ha dado diversas denominaciones. La jurisprudencia usa estas denominaciones al referirse a la libertad personal, a los derechos humanos, a los derechos de información, el derecho a la vida entre muchos otros. Las diversas denominaciones que se le han dado, tienden a crear confusiones, siendo ambos términos, vagos por sus impresiones y ambiguo por los diversos significados.

Las definiciones de ambos conceptos, *persona y dignidad*, en el Diccionario de la Real Lengua Española, tienen diferentes significados, pero independientemente sea cual sea la noción que se le dé en su interpretación, estos siempre se encontraran unido a la especie humana sin distinción alguna.

Persona se asocia con dignidad. La dignidad de la persona se construye de manera cultural. La dignidad humana, representa la autonomía de la persona como individuo de la raza humana. Rabinovich-Berkman, sostiene que la dignidad humana es una construcción cultural. Pensamos que, esa construcción cultural ha servido para crear una cultura jurídica para tratar de acabar con la ambigüedad y vaguedad existentes. A pesar de ser una construcción cultural esta va unida con la ética y la moral de la persona humana.

Las ideas doctrinarias, jurisprudenciales o normativas no puntualizan un criterio unitario sobre lo que es *persona y dignidad*. Es un tema muy complejo; esta discusión se da en el campo del derecho, en la filosofía, en la diversidad de género y Bioética entre otros. No basta con pensar que la interpretación que le dé un operador de justicia sobre un caso planteado sea la única respuesta posible.

REFERENCIAS

ARGENTINA. Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994. En vigencia desde el 01 de agosto de 2015.

BOECIO, Severino. Sobre la persona y las dos naturalezas contra Eutiques y Nestorio. En: FERNÁNDEZ, Clemente (selección de textos). **Los filósofos medievales**: filosofía patristica filosofía árabe y judía. Tomo I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1979.

BUENO, Gustavo. Individuo y persona. En: **El sentido de la vida**: seis lecturas de filosofía moral. Oviedo: Pentalfa, 1996.

CARRIO, Genaro. **Algunas palabras sobre las palabras de la ley**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CASTILLA DE CORTAZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. En: **Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nueva época**, Madrid, Ed. Complutense, v. 18, n. 1, p. 61-80, 2015.

CAVALIERI, Paola; SINGER, Peter. The great ape project. En: SINGER, Peter. **Unsanctifying human life**. Oxford-Malden (Mass.): Wiley-Blackwell, 2002. KUHSE, Helga (Ed.).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos>.

GARCÍA JUÁREZ, Ariana. Derechos humanos, salud y bioética: que es persona humana. Disponible en: <<https://sites.google.com/site/arianagarciajuarez/>>.

GAYO. **Instituciones**. Traducción por Manuel Abellán Velasco, Juan Antonio Arias Bonet, Juan Iglesias-Redondo y Jaime Roset Esteve. Coordinación general y prólogo de Francisco Hernández Tijero. Madrid: Civitas, 1990. Reimpresión a la primera edición.

HABERLE, Peter. Die menschenwürde als grundlage der staatlichen gemeinschaft. En: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. **Handbuch des staatsrechts der bundesrepublik deutschland**: grundlagen von staat und verfassung. v. 1. Heidelberg: Müller Juristischer, 1987.

HABERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**. Trad. de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

KELSEN Hans. **Teoría pura del derecho**: introducción a la ciencia del derecho: Buenos Aires: EUdeBA, 1987.

KUHSE, Helga; SINGER, Peter. Individuals, humans, and persons: the issue of moral status. En: SINGER, Peter. **Unsanctifying human life**. Oxford-Malden (Mass.): Wiley-Blackwell, 2002. KUHSE, Helga (Ed.).

LLOMPART VERD, José. El concepto de persona en el derecho japonés. En: **Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos**, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, N° 40, p. 401-424, 1999.

MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept: It means no more than respect for persons or their autonomy. En: **British Medical Journal**, Washington, Ed. American Psychological Association, v. 327, n. 7.429, p. 1.419-1.420, 2003.

MARÍAS, Julián. Antropología metafísica: la estructura empírica de la vida humana. En: **Revista de Occidente**, Madrid, 1970.

NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN Y LA CULTURA. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. 2015. Disponible en: <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. La dignidad humana: segunda sesión: el fundamento y el concepto de los derechos. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/16006/dignidad_Peces_2007.pdf?sequence=1>.

PFEIFFER, María Luisa. Persona humana. 2017. Disponible en: <<http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/22>>.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Nuevas reflexiones sobre el concepto de persona. Disponible en: <<http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/viewFile/1591/2019>>. Visitado el 01 de octubre de 2020.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. ¿Es conveniente mantener el concepto de “persona” en la reforma? Buenos Aires, p. 8. 2012. Disponible en: <ppct.caicyt.gov.ar>. Consultado el 01 de octubre de 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA Y ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 23.^a edición. Madrid: Espasa, 2014.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co>>.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Tecnos, 1983.

SIMÓN, Julio Héctor y otros. S/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - Causa N° 17.768, Fallos: 328:2056, del 14-6-2005 (voto del Dr. Maqueda).

SINGER, Peter. All animals are equal. En: SINGER, Peter. **Unsanctifying human life**. Oxford-Malden (Mass.): Wiley-Blackwell, 2002. KUHSE, Helga (Ed.).

SINGER, Peter. Killing humans and killing animals. En: SINGER, Peter. **Unsanctifying human life**. Oxford-Malden (Mass.): Wiley-Blackwell, 2002. KUHSE, Helga (Ed.).

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. El concepto de persona jurídica. En: BARRERA GRAF, Jorge (Ed.). **Estudios jurídicos en memoria de Roberto Mantilla**. México: Porrúa, 1984.

TOMAS DE AQUINO, Santo. Suma teológica: cuestión XXIX, artículo III, respuesta al punto 2°. Tomo I. Disponible en: <<https://hjj.com.ar/sumat/ii/index.html>>.

Submissão em: 25 de junho de 2021

Último Parecer favorável em: 16 de dezembro de 2021

Como citar este artigo científico

MOYA MILLÁN, Edgar J. Los conceptos de persona y de dignidad humana. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 196-208, jan.-abr. 2022.

CIVILIZAÇÃO & DIREITO: FORÇA NORMATIVA DA ESPERANÇA¹

PAULO FERREIRA DA CUNHA²

RESUMO

O presente artigo procura caminhos de esperança para o Direito e para a Civilização Universal. Procurando esclarecer alguns mal-entendidos num tempo que se avizinha de necessárias clarificações, também histórico-espirituais.

Palavras-chave: Direito, Direito Fraterno Humanista, Civilização, Civilização Universal, Civilização Ocidental

ABSTRACT

This article seeks paths of hope for Law and Universal Civilization. Seeking to clarify some misunderstandings in a time that is approaching necessary clarifications, also historical-spiritual.

Key words: Law, Humanist Fraternal Law, Civilization, Universal Civilization, Western Civilization

¹ Recordando, *mutatis mutandis*, HESSE (1959), HESSE (1991).

² Professor. Conselheiro do Superior Tribunal de Justiça de Portugal.
e-mail: lusofilias@gmail.com

Ao Professor Doutor Jean-Lauand

*“Pelo sonho é que vamos,
Comovidos e mudos.
Chegamos? Não chegamos?
Haja ou não frutos,
Pelo Sonho é que vamos.”*

*Basta a fé no que temos.
Basta a esperança naquilo
Que talvez não teremos.
Basta que a alma demos,
Com a mesma alegria,
Ao que desconhecemos
E ao que é do dia-a-dia.*

*Chegamos? Não chegamos?
-Partimos. Vamos. Somos”*

Sebastião da Gama

I DIREITO CONTRA BARBÁRIE

Não pode deixar de colocar-se a questão radical da relação entre Direito e Civilização. Não é só a alternativa entre Civilização e Barbárie. É também entre Direito e Barbárie.

Tem havido quem diga que o Direito, todo o Direito, ou, pelo menos, a Ideia de Direito, é uma invenção ocidental, e até que daí decorram as suas dificuldades de definição (SINHA, 1989, p. 1 ss.), já ironizadas por Flaubert (FLAUBERT, 1923, 1974, verbete “Direito”). Conceber a mais elevada técnica e mesmo “mística” ou ideal de paz, igualdade e isonomia entre as Pessoas como um simples aparelho ideológico do Estado ou afim elemento da superestrutura ocidental, como instrumento de dominação, pode ser pose inteligente, obviamente com os seus pergaminhos ideológicos (hoje já um tanto esquecidos, mas ainda sobreviventes), mas não corresponde à realidade. Faça-se o teste, a prova real: se algum dos defensores desta visão for roubado, injuriado, agredido, não recorrerá ele aos Tribunais? Não, sem dúvida, se, pensando assim, puder ripostar e agir em excesso. Se tiver meios de retaliar por si. Mas as pessoas comuns não possuem tais meios, e por isso necessitam de uma estrutura em que um terceiro independente resolva os seus litígios. E ainda não se inventou, no mundo sublunar, melhor solução.

Não podemos, assim, estar de acordo com a perspetiva que encara o Direito como o “mau da fita”, ou um deles, mero instrumento de dominação, e de origem civilizacional determinada.

Tanto mais que o Direito (*lato sensu*: não o direito epistemologicamente depurado, que foi somente obra dos Romanos: mas isso é um outro problema) é uma realidade estendida por todo o planeta, nas suas mais diversas formas, mas sempre sendo um caminho para a Justiça. De resto, a própria dualidade do direito estrito, positivo, posto, “legal” (*dura lex, sed lex*), e o direito natural, transcendente, equitativo, etc., está presente em variadas civilizações. A dualidade vê-se em realidades como *Li* e *Fa* na China, *Mahat*, no Egito antigo, da *epieikeia*, na Grécia clássica, na *aequitas*, dos Romanos, no *mesaru* e no *kittu* da Mesopotâmia, no *dharma* indiano, etc. (para uma síntese, cf. TRUYOL SERRA, 1985).

É óbvio que o Direito é, no mínimo, um instrumento contra a barbárie.

II CIVILIZAÇÃO & CIVILIZAÇÕES

Depois de tempos de desconstrução do conceito de “Civilização”, e de se ter acreditado que, então, a ideia de uma “civilização ocidental” teria sido superada (ou sempre teria sido uma coisa ideológica e altamente negativa), é necessário respirar fundo, tomar algum recuo, e repensar.

Três vetores levarão a reconsiderar seriamente a questão: primeiro, os diversos *pés de barro* de muitas teorias desconstrutoras, não apenas porque levando água ao moinho da dissolução e aliados objetivos de perigos iminentes, como pela sua inconsistência científica e filosófica intrínsecas; segundo, porque tem ganhado corpo a ideia de uma Civilização universal, não etnocêntrica (nem eurocêntrica), de que os Direitos Humanos e o Direito democrático são baluarte (BEN ACHOUR, 2014, p. 419 ss.; CUNHA, 2017); terceiro, porque parece estar a ficar patente que há necessidade de que o Ocidente antes de mais se preze e se defenda, desde logo anímica e culturalmente, mas não só.

Independentemente de a Civilização Universal (que é de um valor geral), há lugar para civilizações locais. Na medida em que, por exemplo, o Ocidente, ou África, ou o Extremo Oriente, ou o Próximo Oriente, etc., defendam os valores da Civilização Universal, estarão sempre numa via de Humanidade³. Muito interessante ainda seria o repto de bem entender os vetores civilizacionais especificamente lusófonos, francófonos, da comunidade internacional britânica,

³ Na perspetiva de contributos para a Civilização Universal, cf., desde logo, CLARCK (2021).

ou de culturas como a Latino-Americana, a Árabe, a Eslava, a Mediterrânea, a Alpina, a Escandinava, a Norte-Americana, etc. Algumas destas categoriais, naturalmente, serão negadas por alguns e exaltadas e até glorificadas por outros. Sentimentos de pertença ou de privação são experimentados e externalizados por uns ou por outros... Não se pode dizer que haja qualquer consenso sobre este quadriculado de grupos culturais / civilizacionais. Ou sobre qualquer outro. Nestas matérias, a subjetividade e o sentimentalismo ainda imperam muito, mesmo em ambiente “científico”...

Mas é óbvio que há particularidades de cada Civilização (ou cultura). Ora, não há nenhuma vantagem em anular essas enriquecedoras diferenças, diluindo-as num cosmopolitismo plastificado, desde que essas particularidades se não revelem particularismos anti-Civilização Universal. Direito democrático e Direitos Humanos, respeito pela palavra dada pelos Estados, respeito pelos demais Estados, etc., são elementos fulcrais da Civilização Universal ao nível jurídico (Cf. CHEMILLIER-GENDREAU, 2013; CHEMILLIER-GENDREAU, 2015).

III DIREITO, UM CIVILIZADOR

Há barbárie de vários tipos: a de um Hitler, que invade países e persegue e pretende aniquilar povos e minorias, e há também a de intelectuais e ativistas que, por apreço a teorias obtusas ou preciosismos racionalistas ou sentimentalistas (há de tudo), querem desfazer as bases em que se tem construído a nossa Civilização.

É preciso o maior cuidado em não confundir, porém, quaisquer opiniões e movimentos menos alinhados (chamemos-lhe, *grosso modo*, apocalípticos) e menos integrados com verdadeiros agentes de barbárie⁴... É preciso manter muita liberdade de expressão, de associação, etc., que são elementos constituintes e essenciais da nossa forma de pensar e viver, parte integrante do estágio de civilização que alcançamos. Mas, uma coisa é permitir que se expressem e organizem, e outra coisa é necessariamente levar a sério tudo o que se diz para épater le bourgeois, ou mais que isso... As nossas sociedades esqueceram muito as suas raízes e estão muito permeáveis ao que se nos diz que é moderno (Cf., *v.g.*, WEIL, 2014). São muito vítimas do parecer, do aparentar, e, portanto, da moda.

Nos inícios do séc. XX, um lema de um ideólogo russo que proclamava: “nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade”, sendo liberdade o que ele entendia por ela, como que respondeu uma mártir política alemã: “a liberdade

⁴ A oposição é, como se sabe, de ECO (2015).

é sempre a liberdade daquele que pensa de maneira diferente”. É importante não se ser levado por teorizações que corroem a alma, a força e o vigor do nosso *modus vivendi*, mas é ao mesmo tempo necessário não o cristalizar em fórmulas antigas, feitas de uma vez por todas. Há sempre correntes e indivíduos que podem contribuir para aperfeiçoar esse *modus vivendi*, mesmo que, por vezes, sejam um tanto iconoclastas.

Aliás, a nossa Civilização não é uma modorra plácida durante séculos. Pelo contrário, tem evoluído com momentos críticos, dramáticos e trágicos, de que guerras e revoluções (tecnológicas, religiosas e políticas sobretudo) têm sido exemplo. Quando se diz, por exemplo, que a nossa é uma civilização judaico-cristã, ou clássico-judaico-cristã (Atenas-Jerusalém-Roma), quantos problemas não estão em cada um dos elementos!⁵ Precisamente é esse dinamismo da nossa civilização: nenhum dos seus componentes é pacífico no diálogo com os demais, nem em si mesmo. *Eppur si muove!*

Entretanto, o Direito, não pode, não deve, ser encarado como “do aço frio das espadas” como o criticaria o antigo advogado tornado poeta Teixeira de Pascoas. Pelo contrário, o Direito tem de ser, além de tradutor universal, pacificador universal, fazendo seu o lema que Sófocles colocou nos lábios de Antígona: *Não para odiar, mas para amar, eu nasci*. Essa será a terceira e futura época da juridicidade, a que se vem chamando Direito Fraterno Humanista. Parece cada vez mais distante, mas, como dizia o poeta Sebastião da Gama: *Pelo Sonho é que vamos*. Ora *Eles não sabem nem sonham / que o sonho comanda a vida*, dizia o poeta António Gedeão e cantou Manuel Freire⁶.

Porto, 10 de março de 2022

REFERÊNCIAS

BEN ACHOUR, Yadh. Au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. In: **Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'Étranger**, n.º 2, p. 419 ss., março-abril 2014.

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. Obliger les états à tenir parole. In “Le Monde”, Paris, setembro de 2013.

⁵ Cf., só para o cristianismo, *v.g.*, o recente livro de HOLLAND (2022). Para a dimensão helênica, WEIL (1953); WEIL (2014).

⁶ Letra e música in: <<https://www.lettras.mus.br/manuel-freire/512429/>>. (última consulta 10 de março de 2022).

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. La bonne foi, principe justifiant la création d'une cour constitutionnelle internationale. In: GHACHEM, Asma; PALLARD, Henri (Dir.). **Une cour constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel**: actes du colloque 16 et 17 juin 2015, Rabat, Maroc. Beyrouth (Liban) ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2015. p. 91-128.

CLARCK, Kenneth. **Civilização**: o contributo da Europa para a civilização universal. Apresentação e tradução de José Cabrita Saraiva. Lisboa: Gradiva, (novembro de) 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Pour une cour constitutionnelle internationale**. Oeiras (Portugal): A Causa das Regras, 2017.

ECO, Umberto. **Apocalípticos e integrados**. Lisboa: Relógio D'Água, 2015 (1.^a ed. italiana em 1964).

FLAUBERT, Gustave. **Dictionnaire des idées reçues**. Paris: Post, 1923.

FLAUBERT, Gustave. **Dicionário das ideias feitas**. Tradução de João da Fonseca Amaral. Lisboa: Estampa, 1974.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991. Título original: *Die normative kraft der verfassung*.

HESSE, Konrad. **Die normative kraft der verfassung**. Tubinga: Mohr, 1959.

HOLLAND, Tom. **Domínio**: como o cristianismo transformou o pensamento ocidental. Lisboa: Vogais, 2022. (Título original: *Dominion*).

SINHA, Surya Prakash. Why has not been possible to define Law. In: **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Stuttgart, Ed. Steiner, v. LXXV, Heft 1, 1.^o quartal, 1989.

TRUYOL SERRA, Antonio. **História da filosofia do direito e do estado**. v. I. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1985.

WEIL, Simone. **A fonte grega**. Tradução portuguesa de Filipe Jarro. Lisboa: Cotovia, 2014.

WEIL, Simone. **La source grecque**. Paris: Gallimard, 1953.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Tradução portuguesa e notas de Júlia Ferreira e José Cláudio. Lisboa: Relógio D'Água, 2014.

Submissão em: 12 de março de 2022

Último Parecer favorável em: 15 de abril de 2022

Como citar este artigo científico

CUNHA, Paulo Ferreira da. Civilização & direito: força normativa da esperança.
In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed.
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 1, p. 209-215, jan.-
abr. 2022.

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condições para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condiții de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Criteri Redazionali
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditioune fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Norme Editorial
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Тапсыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Прадстаўлення
Умови подання
Προϋποθέσεις για Υποβολή

CONDITIONS FOR SUBMISSION

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetuam, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV

A SUBMISSÃO

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2º. Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

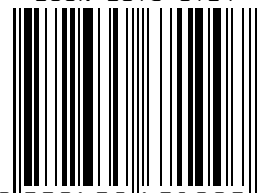
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.



ISSN 2675-6714



9 772675 671007