

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

RevJurFA7	Fortaleza	v. V	n. 1	abr. 2008	364 p.
-----------	-----------	------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

Publicação anual
ISSN 1809-5836

1. Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.
2. Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / *We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta*

REVISTA JURÍDICA DA FA7
PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO
www.fa7.edu.br / revjurfa7@fa7.edu.br

EDITOR

Felipe dos Reis Barroso

CONSELHO EDITORIAL

Agerson Tabosa Pinto
Alécio Saraiva Diniz
Ângela Teresa Gondim Carneiro
Antonio Fernández de Buján
Danilo Fontenelle Sampaio
Ednilo Gomes de Soárez
Felipe dos Reis Barroso
Fernando Antônio Negreiros Lima
Ionilton Pereira do Vale
Isabelle de Menezes Ferreira
João Luis Nogueira Matias
José Feliciano de Carvalho
Luiz Dias Martins Filho
Maria Vital da Rocha
Natércia Sampaio Siqueira
Otavio Luiz Rodrigues Junior
Regina Beatriz Tavares da Silva

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA

Edwaldo Junior

PROJETO GRÁFICO

Book
e d i t o r a

Tiragem: 500 exemplares

ISSN 1809-5836

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60.811-024 – Fortaleza-CE

Telefone: (+55.85) 4006.7600

DIRETOR GERAL

Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO

Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO

Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA GERAL

Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES:

Administração: Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Luiz Daniel de Albuquerque Dias

Direito: Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Marum Simão

Comunicação Social: Ismael Furtado

APRESENTAÇÃO

Com o presente volume V, a Revista Jurídica da FA7 mais uma vez presta valiosa contribuição à divulgação de textos jurídicos de autores nacionais e estrangeiros.

Além dos artigos, transcrevemos aqui as palestras dos profs. Manoel Gonçalves Ferreira Filho e António Santos Justo, proferidas no início dos semestres letivos de 2008.

O IV Encontro de Iniciação Científica, em maio de 2008, contou novamente com apresentação de trabalhos de alto nível, por alunos de Direito orientados por professores da FA7 e de outras instituições. Os três trabalhos que obtiveram as melhores notas estão aqui publicados.

Diante da boa qualidade revelada pelas monografias de nossos concludentes, publicamos aqui também dois artigos derivados destes trabalhos de conclusão de curso.

E inauguramos outra seção na revista, com informações sobre obras publicadas recentemente por professores da casa, além de resenha, comunicações e ressonância.

Para a realização deste volume, agradecemos à diretoria da faculdade, pelo apoio; à coordenadora do curso de Direito, profa. Dra. Maria Vital da Rocha, pela confiança; aos articulistas, pela colaboração; e ao pessoal da editora Book, em especial à sra. Fátima Porto, pela revisão, e ao sr. Edwaldo Júnior, pela edição eletrônica.

Ressaltamos que são sempre bem-vindas as contribuições para os próximos volumes da revista, que abre espaço para outras modalidades de texto, conforme as normas explicitadas no final desta publicação.

Boa leitura e até breve,

Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso
Editor

Lista de abreviaturas

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BGB	–	Bürgerliche Gesetzbuch
BGHZ	–	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
CC	–	Código Civil
CDC	–	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	–	Constituição Federal
CLT	–	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	–	Código de Processo Civil
CPP	–	Código de Processo Penal
Finsocial	–	Fundo de Investimento Social
ICMS	–	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
HC	–	Habeas corpus
ISO	–	International Standardization Organization
JECC	–	Juizados Especiais Cíveis e Criminais
LEP	–	Lei de Execuções Penais
OAB	–	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	–	Organização Internacional do Trabalho
ONU	–	Organização das Nações Unidas
PIB	–	Produto Interno Bruto
RE	–	Recurso extraordinário
STF	–	Supremo Tribunal Federal
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Artigos

INFORMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA — GARE TELEMATICHE NELLE P.A. — NUOVO ELEMENTO DI EFFICIENZA E ECONOMICITÀ? ANALISI E PROSPETTIVE (Myriam BENARROS)	11
REALIDAD JURÍDICO-SOCIAL DE LA CONQUISTA ROMANA DE HISPANIA (María José Bravo BOSCH)	55
CASO SAN PABLO (Luis Aníbal MAGGIO)	87
UMA VELA A DEUS, OUTRA AO DIABO: A (IN)SUSTENTÁVEL POLÍTICA PARA MUDANÇAS CLIMÁTICAS DO GOVERNO BRASILEIRO E AS RESPOSTAS DA SOCIEDADE CIVIL (João Alfredo Telles MELO)	111
A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO (Rafael Gonçalves MOTA)	139
INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO BRASIL (Enéas Romero de VASCONCELOS)	161

Palestras

ASPECTOS GERAIS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO PROCESSO POLÍTICO (Manoel Gonçalves FERREIRA Filho)	185
A INFLUÊNCIA DO DIREITO PORTUGUÊS NA FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO (Antônio Santos JUSTO)	197

IV Encontro de Iniciação à Pesquisa

MOBBING ORGANIZACIONAL: UMA NOVA FORMA DE ASSÉDIO MORAL? (Amanda de Sousa de SABOYA)	243
A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Anderson Laurentino de MEDEIROS)	255

A TEORIA DO FATO GERADOR (Ana Rita Nascimento CABRAL)	277
Artigos derivados de monografias aprovadas	
A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA (Aécio Flávio Palmeira FERNANDES)	287
DISCUSSÕES SOBRE A PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE (Cherlynne Teixeira e SILVA)	301
Ressonância	
ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI 11.705/2008 (LEI SECA) (Emerson CASTELO BRANCO)	311
Comunicações	
MENORIDADE E CRIME EM ROMA E NO BRASIL (Agerson Tabosa PINTO e Maria Vital da ROCHA).....	313
O ENSINO DO DIREITO ROMANO: UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA (Agerson Tabosa PINTO e Maria Vital da ROCHA).....	323
Resenha	
JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE EN DERECHO ROMANO, DE ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN (Juan Miguel ALBUQUERQUE)	329
Livros jurídicos	
EFICÁCIA DAS DECISÕES DO STF EM ADIN E ADC (Ives Gandra da Silva MARTINS)	355
A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COMO <i>CUSTOS LEGIS</i> (Maria Vital da ROCHA)	357
AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS (Ionilton Pereira do VALE)	358
CURSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (George MARMELESTEIN)	359

Os textos assinados são de responsabilidade exclusiva dos seus autores
e estão organizados por ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

Os abstracts encontram-se ao final dos textos respectivos
/ The abstracts follow each text.

INFORMATIZZAZIONE DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA. GARE TELEMATICHE NELLE P.A. NUOVO ELEMENTO DI EFFICIENZA E ECONOMICITÀ? ANALISI E PROSPETTIVE

Myriam Benarros

Mestra em Diritto dell'Informatica e Teoria Tecniche della Normazione, da Università de Roma (La Sapienza). Tecnóloga no Instituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica do Consiglio Nazionale delle Ricerche (Itália).
benarros@ittig.cnr.it

Sommario: *Premessa. I. Parte. Rapporti tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento italiano. II Parte. La riforma digitale della Pubblica Amministrazione. Il Codice dell'amministrazione digitale. III Parte. III.1. e-Procurement. Approvvigionamenti pubblici elettronici: DPR n. 101/2002; III.2. La Direttiva Unica degli Appalti 2004/18 e il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Conclusioni.*¹

Riassunto: Il tema trattato riguarda l'informatizzazione dell'attività amministrativa che si inserisce nel processo di attuazione della Società di Informazione. La Società dell'Informazione è quel lungo processo di modernizzazione attuato nel settore dell'informazione e della comunicazione che ha cambiato significativamente la vita privata, sociale e professionale di ciascun individuo. La rivoluzione tecnologica rappresenta un supporto fondamentale per favorire l'efficienza, la competitività e facilitare l'accesso alla conoscenza dei cittadini. Si intende per *e-government* il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione, il quale unitamente ad azioni di cambiamento organizzativo consente di trattare la documentazione

¹ Questo testo costituisce una parte della Tesina del Master *Diritto dell'Informatica e Teoria e Tecniche della Normazione* dell'Università di Roma 'La Sapienza', a.a. 2005-2006, diretto dal prof. Bruno Romano, ordinario di Istituzioni di Filosofia del Diritto, e coordinato dal prof. Donato A. Limone e dall'avv. Paolo Galdieri.

e di gestire i procedimenti con sistemi digitali, grazie all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*ICT-Information and Communication Technologies*), allo scopo di ottimizzare il lavoro degli enti e di offrire agli utenti (cittadini e imprese) sia servizi più rapidi, che nuovi servizi, attraverso i siti web delle amministrazioni pubbliche.

Premessa²

Il tema si inserisce in quel grande processo di attuazione della Società dell'Informazione, in particolare dell'automazione dell'attività amministrativa.

La Società dell'Informazione è quel lungo processo di modernizzazione attuato nel settore dell'informazione e della comunicazione che ha cambiato significativamente la vita privata, sociale e professionale di ciascun individuo. La rivoluzione tecnologica rappresenta un supporto fondamentale per favorire l'efficienza, la competitività e facilitare l'accesso alla conoscenza dei cittadini.

Nello studio di questi temi è imprescindibile tenere in conto sia l'azione del legislatore comunitario sia quella del legislatore nazionale, giacché le interconnessioni tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale sono determinanti nello sviluppo della Società dell'Informazione in Europa.

Già nel 1982 il Consiglio UE con la decisione 82/869/CEE impiantava un sistema comunitario interistituzionale dell'informazione (INSIS) al fine di consentire una trasmissione elettronica di informazioni tra le amministrazioni delle istituzioni europee e degli Stati membri³.

Il Consiglio Europeo dei Capi di Stato e di Governo a Helsinki il 10-11 dicembre 1999 approvava il programma avviato dalla commissione *e-Europe - Una società dell'Informazione per tutti*. Nelle premesse il documento della Commissione

² Questo lavoro è dedicato a mio fratello David Ben Arrosh che mi ha sostenuto e incentivato in questa impresa.

³ Vedi A. CONTALDO-F. DAINOTTI, *Diritto e tecnologie delle reti di informazione*, Napoli 2005, pp. 141 ss. Vedi anche Programma TEDIS-*Trade Electronic Data Interchange System* «...Al fine di uniformare gli standard delle apparecchiature dei sistemi elettronici la Commissione interveniva con la Direttiva 86/361/CEE con la quale si cercava di eliminare gli ostacoli posti alla fluidità delle trasmissioni. Alla Direttiva è seguita la decisione del Consiglio del 5 ottobre 1987 che istituiva un 'programma comunitario relativo al trasferimento elettronico dei dati per uso commerciale nei settori del commercio, dell'industria e dell'Amministrazione...'. Inoltre il Consiglio interveniva con un'altra decisione, la 93/C 105/11 «che definiva sulla base del criterio della sussidiarietà rispetto agli Stati membri interessati, le modalità di realizzazione delle reti telematiche transeuropee tra amministrazioni. Veniva pertanto prevista l'istituzione di un'azione pluriennale (5 anni) chiamata IDA (*Interchange of Data between Administrations*) (art. 1), i cui obiettivi, evidenziati dall'art. 2, erano quelli di contribuire alla realizzazione di progetti di interesse comune riguardanti scambi telematici tra amministrazioni (intendendo per scambi le informazioni, i dati e i documenti necessari al funzionamento del mercato unico), nonché di garantire l'interoperabilità delle reti e delle applicazioni telematiche.»

precisava che *e-Europe* è una iniziativa politica intesa a garantire che l'Unione europea approfitti dei cambiamenti che suscita la Società dell'Informazione, risaltando che l'avviamento di una iniziativa come *e-Europe* è irrinunciabile in funzione della rapidità dell'evoluzione delle tecnologie e dei mercati⁴.

Peraltro il Consiglio Europeo Straordinario di Lisbona del 23-24 marzo 2000, intitolato *Lavoro, riforme economiche ed inclusione sociale: verso un'Europa basata sull'innovazione e sulla conoscenza*, varava definitivamente l'iniziativa. Il documento finale della Presidenza portoghese ribadiva la volontà di costruire politiche pubbliche comuni in favore della crescita di una Società dell'Informazione.

Con il DPCM del 19 settembre 2001 si istituisce in Italia il Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione «con il compito di coordinare l'azione delle amministrazioni e di assicurare la definizione e la realizzazione di una strategia dell'informazione nel Paese» (art. 1).

Nella Riunione del 13 febbraio 2002 il Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione afferma «che il programma del Governo è coerente con l'iniziativa *e-Europe* il cui piano di azione si articola su tre linee di intervento principali:

- Diffondere l'uso della rete tramite la disponibilità di servizi pubblici on-line; la creazione di contenuti multimediali ed il sostegno del commercio elettronico;
- Favorire l'accesso, la velocità e l'economicità della rete;
- Sviluppare nuove competenze e combattere ogni tipo di "esclusione"»

Lo sviluppo del Piano italiano per la Società dell'Informazione adotta i seguenti criteri:

- Modernizzare il Paese, attraverso un uso diffuso delle nuove tecnologie ICT (*Information and Communication Technologies*) sia nel pubblico che nel privato;
- Favorire la competitività del sistema paese accelerando lo sviluppo dell'economia della rete;
- Realizzare una Società dell'Informazione che migliori la qualità della vita e prevenga esclusioni di natura sociale o economica.

Il ruolo del Ministero per l'Innovazione e le Tecnologie e del Comitato dei Ministri per la Società dell'Informazione si esplicita in una funzione di indirizzo, di coordinamento e di impulso nei confronti delle altre amministrazioni centrali; allo scopo di definire progetti specifici, piani di azione e programmi che attraverso

⁴ Per un aggiornamento sul piano d'azione *e-Europe* vedi COM(2002) 263, Bruxelles 28.5.2002: *e-Europe 2005: una società dell'informazione per tutti* (Piano d'azione presentato nel Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002).

l'uso delle tecnologie dell'Informazione offrano servizi più efficaci ed efficienti ai cittadini e alle imprese, e comportino un generale miglioramento delle condizioni economiche, sociali e culturali del Paese.

Con la creazione del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie si è affrontata in modo determinante e organico la questione della creazione e dello sviluppo di una legislazione specifica nella materia delle nuove tecnologie, con particolare riguardo all'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella P.A.⁵

I PARTE

Rapporti tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento italiano

Non si può prescindere, al fine di inquadrare il nostro tema, da una rapida analisi dei rapporti che intercorrono tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale, e di quanto quello comunitario costituisca una forza propulsiva in quello nazionale.

Il diritto comunitario è un fenomeno giuridico che, dal punto di vista del diritto amministrativo nazionale, deve essere inquadrato nella fattispecie della pluralità degli ordinamenti giuridici e dell'efficacia giuridica propria delle relazioni tra ordinamenti.

Il patto costitutivo dell'Unione Europea non è l'unità degli ordinamenti, ma il raggiungimento di una unione sempre più stretta, nel quadro della specificità propria di questo organismo (art. 1, 2° comma «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini»; art. 1, 3° comma «L'Unione è fondata sulle Comunità Europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal presente Trattato. Essa ha il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli»).

Non si tratta pertanto di una sovranità 'sostitutiva' ma di una sovranità 'organizzativa' e dunque 'coordinativa', sia per quanto riguarda le relazioni giuridiche tra Stati, che tra popoli degli Stati.⁶

L'azione comunitaria si attua conformemente alle disposizioni del Trattato, alle condizioni e secondo i criteri ivi fissati, nel rispetto del principio di sussidiarietà definito dall'art. 5 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (versione consolidata, C. 325/42, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 24/12/2002):

⁵ Vedi E. DE GIOVANNI (Capo Ufficio legislativo del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie), *Le iniziative del Ministro per l'innovazione e le tecnologie: profili giuridici*, intervento presentato nel VI Convegno sulla Telecomunicazione "L'informatica delle Pubbliche amministrazioni: un problema di globalità" (Cagliari, 22-23 ottobre 2004), in <http://spol.unica.it/teleamm/dottorato/convegni/convegno2004.htm>.

⁶ Vedi E. PICCOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997, p. 5.

«La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato - 1° comma -. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario 2° comma -. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato - 3° comma - ».

La dottrina ha poi elaborato due tesi che spiegano le dinamiche del rapporto tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico italiano.

- la *tesi monista* o della integrazione tra ordinamenti giuridici
- la *tesi dualista* o della separazione tra ordinamenti

La Corte di Giustizia ha, sin dall'inizio, sostenuto la tesi dell'integrazione tra ordinamenti giuridici in particolare in due famose sentenze:

- a) Corte di Giustizia, sent. 5 febbraio 1963, in causa C-26/62, *Van Gend & Loos/Amministrazione olandese delle imposte* (in *Racc.* 1963, p. 7 ss.)⁷
- b) Corte di Giustizia, sent. 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Costa/Enel* (in *Racc.*, 1964, p. 1135 ss.)⁸

Corollario di questa visione 'integrata' del diritto comunitario nei diritti nazionali, è anche la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, secondo cui essa è competente in modo esclusivo «ad assicurare il rispetto del diritto anche nell'applicazione e nell'interpretazione del presente Trattato» (art. 220⁹); altro corollario della visione 'integrata' è l'obbligo di tutti i pubblici poteri, ed in particolar modo dei poteri giurisdizionali degli Stati membri, di assicurare l'osservanza del diritto comunitario (art. 10¹⁰).

⁷ «La Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini.

⁸ «A differenza dei comuni Trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare»

«Tale integrazione nel diritto di ciascun Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati membri di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso»

⁹ Vedi Trattato istitutivo della Comunità Europea, versione consolidata, C. 325/42, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 24/12/2002.

¹⁰ Vedi Trattato istitutivo della Comunità Europea, versione consolidata, C. 325/42, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 24/12/2002

La posizione delle Corti Costituzionali degli Stati membri, viceversa, è favorevole alla seconda dottrina, quella della separazione tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamenti giuridici degli Stati membri, anche se si riconosce un rapporto giuridico di collegamento permanente.¹¹

La Corte Costituzionale italiana, fin dalla sent. 27 dicembre 1973, n. 183, ha posto le basi della teoria della separazione tra ordinamento giuridico comunitario e ordinamento giuridico nazionale, pur affermando la tutela costituzionale delle norme comunitarie, attraverso l'art. 11 della Costituzione stessa.

La tesi della separazione tra i due ordinamenti, ma il riconoscimento delle numerose interconnessioni tra gli stessi, ha prodotto il rapporto di coordinamento sovraordinato tra diritto comunitario e diritto interno, che comporta l'obbligo di disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello comunitario¹².

La Corte Costituzionale inoltre sembra andare oltre il principio dell'obbligo di disapplicazione; infatti si è assunta il compito di espungere dall'ordinamento giuridico nazionale le norme statali e regionali incompatibili con il diritto comunitario (sent. n. 384/1994 e n. 94/1995).

La problematica della applicazione del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale assume particolar rilievo in relazione al diritto amministrativo giacché esso ha forse il principale ruolo nella costante opera di adattamento del diritto interno al diritto comunitario.

Il concetto di applicazione del diritto comunitario va esaminato da due angolazioni:

- a) un concetto di applicazione in senso stretto che riguarda gli atti del diritto comunitario originario (Trattati, principi generali codificati e non scritti, principi posti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), e tra gli atti derivati, i regolamenti e le decisioni;
- b) un concetto di applicazione 'lato sensu' che si estende alle direttive (attraverso i processi di ricezione) e agli atti non vincolanti come i pareri, le raccomandazioni, e quelli informali: risoluzioni, programmi d'azione, libri bianchi ecc.

Questo processo applicativo del diritto comunitario, così dinamico e costante, porta Eugenio Piccozza (professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Roma 'Tor Vergata') a difendere la tesi della Corte di Giustizia, in merito alla qualificazione del rapporto giuridico generale tra i due ordinamenti, come «un rapporto di integrazione progressiva e permanente, e non di separazione, con momenti di collegamento in conseguenza delle numerose interconnessioni tra diritto interno e diritto internazionale.», e ancora «A differenza dei comuni Trattati

¹¹ Vedi E. PICCOZZA, op. cit., p. 12 ss.

¹² Vedi E. Piccozza, op. cit., p. 39 ss.

internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Istituito una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.

Tale integrazione nel diritto di ciascun Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, dallo spirito e dai termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati membri di far prevalere, contro un ordinamento da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso»¹³.

II PARTE

La riforma digitale della Pubblica Amministrazione. Il Codice dell'amministrazione digitale

Per *e-government* si intende il processo di informatizzazione della pubblica amministrazione, il quale unitamente ad azioni di cambiamento organizzativo consente di trattare la documentazione e di gestire i procedimenti con sistemi digitali, grazie all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), allo scopo di ottimizzare il lavoro degli enti e di offrire agli utenti (cittadini e imprese) sia servizi più rapidi, che nuovi servizi, attraverso i siti web delle amministrazioni.

L'analisi delle questioni giuridiche derivanti dall'applicazione delle tecnologie informatiche all'attività amministrativa inizia già nel 1978. La dottrina più autorevole aveva già allora previsto il riconoscimento normativo della rilevanza giuridica dell'atto amministrativo informatico, nonché le conseguenze che esso avrebbe determinato¹⁴.

Agli inizi degli anni 90 prende avvio il grande processo di riforma della Pubblica Amministrazione che va ricollegato al processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi.

¹³ Vedi E. PICCOZZA, op. cit. pp. 44-45.

¹⁴ Vedi G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunto per una teoria dell'atto amministrativo emanato in forma elettronica*, in Riv.amm., 1978, 6, pt. 1, p. 407. Si veda anche dello stesso autore, *Teleamministrazione*, in Enc. Giur. Treccani, XXX, Roma, 1989.; cfr. C. GIURDANELLA – E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, novembre 2005, p. 13 ss.

Semplificazione amministrativa significa rendere più chiaro, facile, comprensibile e snello il funzionamento dell'Amministrazione. Semplificare l'azione amministrativa vuol dire tagliare passaggi procedurali, controlli, adempimenti inutili.

La semplificazione amministrativa è pertanto non un fine, ma un mezzo per migliorare il rapporto con l'amministrazione dei cittadini, dei soggetti economici, delle formazioni sociali nonché di tutti coloro che operano all'interno del sistema amministrativo. In questo senso si intende la semplificazione amministrativa come sinonimo di riforma amministrativa, cioè un cambiamento complessivo dell'amministrazione finalizzato a rendere la sua azione più efficiente, rapida ed economica.

Nel 1990 entra in vigore la legge 7 agosto 1990, n. 241 che segna l'avvio del grande processo di riforma della P.A., ed è ben più di una legge sul procedimento amministrativo, si caratterizza come una legge generale sulla pubblica amministrazione. Il Legislatore prevede una serie di adempimenti volti ad una maggiore trasparenza della P.A. per una riqualificazione del rapporto con il cittadino, caratterizzato dall'impiego degli strumenti informatici.

Il Legislatore del '90 crea una serie di istituti (diritto di accesso, partecipazione al procedimento) e di modalità organizzative (motivazione, certezza dei tempi e responsabile del procedimento) concepiti ai fini di una nuova configurazione del rapporto tra Amministrazioni ed amministrati; il nuovo modello di rapporto, più veloce ed efficiente, è ispirato al principio di conoscibilità degli atti e documenti amministrativi, nonché di partecipazione di cittadini e imprese al concreto svolgimento della funzione pubblica (Cons. Stato, Ad Plen., 4 febbraio 1997, n. 5).

Il nuovo sistema procedimentale costituisce una svolta epocale fondata sul principio di trasparenza dell'azione amministrativa. Il Legislatore poneva anche come principio informatore l'efficienza dell'azione amministrativa, anticipando di qualche anno quella che fu poi definita l'"aziendalizzazione" dell'Amministrazione pubblica (si pensi, ad esempio, al principio del non aggravio del procedimento, all'autocertificazione, alla conferenza di servizi). Quanto all'informatizzazione il Legislatore non aveva ancora "previsto", ma certamente "auspicato" la diffusione della cultura dell'informatica tra i cittadini: la legge 241/1990 è infatti una norma generale che fissa i principi e gli istituti fondamentali del procedimento amministrativo che rivisti e innovati dal T.U. 445/2000 e dal D.lgs n. 82/2005 costituiscono le fondamenta normative per l'attuazione del procedimento amministrativo elettronico¹⁵.

Quindi non più una Pubblica Amministrazione che impersona un interesse pubblico esterno e contrapposto a quello dei cittadini, che agisce tramite

¹⁵ Vedi C. GIURDANELLA – E. GUARNACCIA, *Elementi di diritto amministrativo elettronico*, op. cit., p. 39 ss

provvedimenti unilaterali ed imperativi, ma una P.A. che si democratizza tramite strumenti di partecipazione e di consenso e, non per ultimo (dopo che la legge 241/1990 è stata novellata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15), di automazione dell'attività amministrativa (vedi art. 3-bis-Uso della telematica: «1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati»). Tale principio costituisce un'ulteriore espressione del canone costituzionale del buon andamento di una Pubblica Amministrazione moderna, efficace, efficiente, trasparente nel dialogo con il cittadino e partecipativa¹⁶. Un principio, quello dell'uso della telematica, destinato a favorire la dematerializzazione del procedimento e in ultima analisi la sua maggiore celerità determinata dalla contestualità degli atti e degli interventi in esso e per esso normativamente previsti¹⁷.

A distanza di 15 anni la legge 241/1990 viene novellata dalla legge n. 15 del 2005 che ha ridisegnato, in modo organico, le linee fondamentali di disciplina attraverso l'introduzione di nuove disposizioni o l'aggiornamento delle preesistenti. La novella incide sull'assetto generale del procedimento amministrativo con un intervento che si pone oltre la manutenzione normativa, mirando a conseguire gli obiettivi ambiziosi di una maggiore semplificazione, garanzia, consensualità, coerenza con l'ordinamento comunitario.

Il primo provvedimento legislativo che affronta le questioni giuridiche dell'informatizzazione dell'attività amministrativa è il D. lgs 12 febbraio 1993, n. 39 che prevede espressamente: a) l'elaborazione elettronica degli atti amministrativi (art. 3, comma 1: «gli atti amministrativi adottati da tutte le pubbliche amministrazioni sono di norma predisposti tramite i sistemi informativi automatizzati»); b) la forma elettronica degli atti amministrativi (art. 3, comma 2: «l'emanazione di atti amministrativi attraverso i medesimi sistemi, devono essere accompagnati dall'indicazione della fonte e del responsabile della emanazione. Se per la validità di tali operazioni e degli atti emessi sia prevista l'apposizione di firma

¹⁶ Vedi C. GIURDANELLA, *Guida alla riforma del procedimento amministrativo*, Napoli 2005, p. 16; nonché C. GIURDANELLA-E. GUARNACCIA, *Amministrazione digitale: leggiamo il Codice (I)*, in Interlex, marzo 2004

¹⁷ Il c.d. “procedimento a stella”, secondo l'espressione di G. DUNI, *L'evoluzione del procedimento amministrativo. Dai procedimenti sequenziali al procedimento a stella*, in Telejus, marzo 2005, all'url www.telejus.it/articoli/articolo28-3.html. Così l'accelerazione del procedimento non è affidata esclusivamente all'informatizzazione dei singoli istituti (si pensi, in particolare, alla conferenza di servizi, nata già come strumento di semplificazione procedimentale, ed oggi digitalizzata ex art. 14, comma 5-bis, legge 241/1990, nonché art. 41, comma 3, C.A.D) ma all'informatizzazione dell'intero modulo procedimentale; cfr. ID., *Ancora sul procedimento amministrativo telematico: le ultime ricerche*, in ‘Diritto amministrativo elettronico’, Relazione al DAE 2004, III Convegno Nazionale sul Diritto Amministrativo Elettronico, Catania 3-4 luglio 2004.

autografa, la stessa è sostituita dall'indicazione a stampa, sul documento prodotto dal sistema automatizzato, del nominativo del soggetto responsabile»).

Nel 1997 avviene la svolta decisiva, l'ordinamento riconosce formalmente la validità e rilevanza giuridica dell'attività amministrativa in forma elettronica. La legge 15 marzo 1997, n. 59, relativa alla riforma della P.A. e alla semplificazione amministrativa, la c.d. "Legge Bassanini uno", recependo le indicazioni fornite dall'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (istituita dal D.lgs n. 39/1993) dispone nel suo art. 15, comma 2: «gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge». Si introduce il principio di generale validità e rilevanza giuridica dell'atto in forma elettronica, affermandosi la piena equiparazione della documentazione elettronica alla tradizionale documentazione cartacea.

Per quanto concerne il Testo Unico sulla Documentazione Amministrativa-TUDA (D.P.R. n. 445/2000), ci si limita, in questa sede, a riportare alcuni passi, assai chiarificatori dello spirito di questo testo normativo, del parere della Sez. Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato (Ad. 18 settembre 2000, n. 147) sull'allora schema di Testo Unico: «...lo schema di Testo Unico in esame, predisposto dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 7 comma 1 lett. c) della legge 8 marzo 1999 n. 50, raccoglie e coordina le numerose disposizioni stratificatesi nel corso degli anni in materia di documentazione amministrativa, nel dichiarato proposito di agevolarne la consultazione e la conseguente applicazione (...).

Sullo sfondo, l'obiettivo che si intende perseguire è quello della "decertificazione" della completa eliminazione cioè dell'obbligo di presentazione da parte del cittadino del certificato, sino ad oggi ritenuto l'unica fonte di verace certezza giuridica per quanto riguarda la prova dei fatti, stati e qualità personali (...).

Il Testo Unico raccoglie poi e coordina le norme in materia di redazione e gestione dei documenti informatici, armonizzandone il contenuto fortemente innovativo con la disciplina riguardante la documentazione cartacea tradizionale. A tal fine, le norme sul documento informatico sono state fin dove possibile accorpate alla disciplina tradizionale cui si ricollegano sul piano applicativo, onde consentire l'applicabilità del Testo Unico anche nella fase di transizione verso la decartolarizzazione delle certezze pubbliche (...).

Da quanto sopra è derivato un testo di grande rilievo, la cui necessità era profondamente avvertita dagli operatori e dai cittadini, e che merita in generale convinta approvazione: si tratta infatti, ad avviso della Sezione, di un testo senz'altro suscettibile di costituire un punto di riferimento nell'ambito di un processo di evoluzione normativa che ha inciso profondamente e positivamente nella prassi amministrativa, nel costume e nella coscienza collettiva».

Il Codice dell'Amministrazione Digitale (Decreto Legislativo 7 marzo 2005, n. 82) costituisce un importante punto d'arrivo nel processo di informatizzazione della Pubblica Amministrazione italiana, ponendo l'utilizzo delle ICT al centro della disciplina giuridica dell'azione amministrativa, divenendo un parametro imprescindibile nella valutazione del buon andamento dell'azione stessa. La pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del 16 maggio 2005 del D. Lgs 7 marzo 2005 n. 82, a dire dell'avv. Enrico De Giovanni, capo dell'Ufficio legislativo del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, «ha costituito quel definitivo salto di quantità e qualità che consente oggi di parlare del “diritto pubblico dell'informatica” come di un nuovo ramo del diritto ormai compiuto ed articolato» (vedi *Prefazione* al vol. “Elementi di diritto amministrativo elettronico”, novembre 2005).

Come è noto lo schema del Codice tenta di affrontare in modo organico la tematica dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni.

A) *Il Parere del Consiglio di Stato*. In questa prospettiva ci appare rilevante riportare alcuni passi del Parere del Consiglio di Stato n. 11995/04 riguardante lo schema di decreto legislativo recante il *Codice dell'amministrazione digitale*. Il testo di decreto legislativo proposto dal Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie, in attuazione della delega contenuta nell'art. 10 della legge 29 luglio 2003, n. 229 (*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione- Legge di semplificazione 2001*), viene sottoposto all'analisi del Consiglio di Stato nell'Adunanza del 7 febbraio 2005.

Il CdS considera lo schema «uno dei primi provvedimenti della nuova fase di codificazione finalizzata alla semplificazione e al riordino (ora denominato “riassetto”) normativo, sulla quale questo Consiglio ha avuto modo di esprimersi ampiamente in relazione allo schema di decreto legislativo concernente il “*Codice dei diritti di proprietà industriale*”, oggetto del parere n. 2/2004 del 25 ottobre 2004 dell'Adunanza generale...».

I giudici affermano che «lo schema in oggetto affronta per la prima volta in modo organico il tema dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (c.d. ICT) nelle pubbliche amministrazioni, nonché della disciplina dei fondamentali principi giuridici applicabili al documento informatico e alla firma digitale.

Si tratta di un'opera di indubbio rilievo sistematico, che può fornire ai cittadini, alle imprese e alle stesse pubbliche amministrazioni uno strumento normativo ampio, tale da orientare in maniera organica i processi di innovazione in atto.

Un strumento quelle del codice, che vista la assoluta peculiarità della materia trattata può contribuire non soltanto alla erogazione di servizi più efficienti e veloci, ma anche a consentire forme innovative di partecipazione alla vita amministrativa e politica. Che può avvicinare i destinatari dell'innovazione (i cittadini, le imprese, la società civile) ai suoi protagonisti (gli amministratori,

i funzionari e gli impiegati pubblici), nella nuova “amministrazione digitale”, attraverso un intervento più tradizionale e di chiara leggibilità come è un codice, ossia una raccolta organica di disposizioni legislative»

Pur riconoscendo l'importanza dell'opera di sistematizzazione dello schema di decreto, nonché l'enorme portata innovativa, e ritenendo di «dover dare atto alla referente Amministrazione di essersi data carico con impegno di tale opera di generale di riordino indicata sin dal parere n. 7904/04¹⁸, come l'unica in grado di attuare compitamente la delega in questione e di avere effettuato uno sforzo consistente per accelerare il più possibile, fino quasi a forzare, il cambiamento e l'innovazione...», i giudici fanno alcune osservazioni di assoluto rilievo, invitando il Dipartimento dell'innovazione e le altre amministrazioni interessate ad adeguare il codice:

«In sintesi, le osservazioni della Sezione mirano a conseguire:

- un testo che sia completo e “leggibile” sull'argomento centrale della disciplina, quello della “amministrazione digitale”, che ricomprenda, quantomeno, anche le normative in corso di adozione sul sistema pubblico di connettività-SPC, sull'indice delle anagrafi INA e sulla posta elettronica certificata (anche recando contestualmente una raccolta organica di norme regolamentari sulla stessa materia...;
- un testo che affianchi alle enunciazioni programmatiche e di principio, contenute in varie parti del testo, norme precettive- applicabili tramite un processo graduale e guidato di implementazione o, in altri casi, direttamente esecutive volte all'effettivo perseguimento delle finalità della delega *“di garantire la più ampia disponibilità di servizi resi per via telematica dalle pubbliche amministrazioni e dagli altri soggetti pubblici e di assicurare ai cittadini e alle imprese l'accesso a tali servizi secondo il criterio della massima semplificazione degli strumenti e delle procedure necessari e nel rispetto dei principi di uguaglianza, non discriminazione e della normativa sulla riservatezza dei dati personali”*...;
- un testo che non renda incomplete altre discipline già organiche (come quella sulla documentazione amministrativa) e che non tenda ad assorbire la disciplina del procedimento o della documentazione amministrativa, ma che operi il necessario riordino ripensando “a livello informatico” la disciplina sostanziale, nelle sedi sistematicamente proprie...;
- un testo che non rechi una consistente rilegificazione in una materia la quale invece richiede ontologicamente la massima flessibilità e che

¹⁸ Trattasi del parere espresso e dalla Sezione consultiva (Ad. 30 agosto 2004) sullo schema di decreto legislativo recante la “Istituzione del sistema pubblico di connettività e della rete internazionale della pubblica amministrazione”

- demandi una buona parte della disciplina ad una (possibile coeva) raccolta di norme regolamentari (ovvero, eventualmente, a raccolte distinte per i diversi livelli normativi secondari)...;
- un testo che, nell’accelerare il cambiamento, prevenga con misure concrete l’incremento (allo stato ipotizzabile) del fenomeno del *digital divide* o i rischi che potrebbero derivare dalla troppo rapida scomparsa del documento cartaceo e da una separazione delle discipline della gestione dei documenti da quella degli archivi...;»

Si legge ancora nel parere «Una delle caratteristiche dell’intervento, infatti, già evidenziata nel precedente parere 7904/04 dovrebbe essere quello della sua esaustività e sistematicità, quantomeno in relazione agli strumenti portanti dell’innovazione digitale nelle pubbliche amministrazioni (cfr. in particolare, la lettera *d*) della norma di delega, che impone anche di *“realizzare il coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportando, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare o semplificare il linguaggio normativo”*»

Lo schema in oggetto, invece, si limita a riordinare soltanto un parte della disciplina attualmente vigente, come si evince chiaramente dalla “tabella di corrispondenza” e dalla norma sulle abrogazioni, che in realtà si incentra esclusivamente su due delle molteplici fonti normative riguardanti l’informatizzazione dell’amministrazione pubblica...»

Lo schema, secondo il CdS, si concentra soprattutto sul DPR 445/2000 (*Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*) lasciando fuori dall’intervento altri impianti normativi, anch’essi importanti, che qui dovrebbero essere ricompresi; in particolare la normativa relativa al Sistema pubblico di connettività, come si evince dallo stesso parere: «se un intervento come la creazione dell’SPC non può prescindere dal riassetto normativo e codificazione della normativa primaria regolante la materia, vale a maggior ragione, il reciproco, perché un codice non può non contenere, al suo interno, una innovazione così recente e cruciale come quella di cui al richiamato schema».

Nonostante queste riserve, il Consiglio di Stato ha espresso un parere favorevole, riconoscendo e sottolineando l’enorme portata innovativa e di stimolo all’innovazione del provvedimento normativo in esame, tanto da non poter rischiare la scadenza del termine per la sua emanazione, fissato dalla legge delega¹⁹.

¹⁹ Vedi C. GIURDANELLA-E. GUARNACCIA, La PA digitale nel parere del Consiglio di Stato, in Interlex. Diritto Tecnologia Informazione, <http://www.interlex.it>

B) Il CAD ed il procedimento amministrativo. L'art. 3-bis (uso della telematica) della legge 15/2005 che ha novellato la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo fa espresso riferimento all'utilizzo della telematica nella prospettiva di a) semplificare; b) rendere più efficiente ed efficace l'azione amministrativa; c) alleggerire l'attività delle Pubbliche Amministrazioni. Trattasi di un processo ad ampio spettro che si indirizza all'intero apparato amministrativo e che trova il suo momento principale nell'emanazione del D. Lgs 4 marzo 2005, n. 82 recante il Codice dell'Amministrazione Digitale.

Il CAD per quanto concerne il procedimento amministrativo innova dettando i principi generali per una capillare riorganizzazione gestionale e per un'organica informatizzazione del procedimento amministrativo. L'art. 15, comma 2, prescrive che la riorganizzazione gestionale, da perseguire insieme a quella strutturale, debba riguardare la razionalizzazione e la semplificazione di procedimenti amministrativi, attività gestionali e documenti.

L'art. 41 ("Procedimento e fascicolo informatico"), al comma 1 dispone che: «Le Pubbliche Amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nei casi e nei modi previsti dalla normativa vigente».

Cosicché le Amministrazioni devono garantire sia la tenuta dei fascicoli informatici in cui confluiranno gli atti e documenti del procedimento da chiunque formati (art. 41, comma 2), sia la partecipazione al procedimento amministrativo e sia il diritto di accesso ai documenti amministrativi mediante l'uso delle tecnologie dell'informazione (art. 4).

Quanto agli amministrati si può affermare che il principio generale contenuto nell'art. 3-bis della legge 15/2005 si riveste di concrete e significative implicazioni con il disposto nell'art. 3 del CAD: «I cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le Pubbliche Amministrazioni centrali e con i gestori di pubblici servizi statali nei limiti di quanto previsto nel presente codice».

Ora, tali norme sul procedimento amministrativo, assolutamente rivoluzionarie, sono direttamente applicabili a Regioni e Enti locali?

Tenendo a mente la riforma del Titolo V della Costituzione (legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) dobbiamo rilevare che il procedimento amministrativo non è previsto tra le materie di competenza legislativa statale, né esclusiva, né concorrente. Le norme procedurali del CAD non possono considerarsi di "coordinamento informatico" ex art. 117, comma 2, lett. r), Cost. nei termini del significato dato a tale disposizione costituzionale dalla Consulta. Secondo la Corte Costituzionale il potere di coordinamento attribuito allo Stato dalla norma *de qua* è di natura solamente tecnica, atto solo ad

assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, garantendo così la piena cooperazione operativa fra tutti i soggetti pubblici che operano sul territorio nazionale²⁰.

Le norme del CAD devono essere considerate allo stesso modo di quelle della legge 241/1990 all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, quando la dottrina e giurisprudenza le considerarono vigenti anche negli ordinamenti regionali per la necessità di garantire principi procedurali uniformi in base art. 120, comma 2, Cost. «Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni (...) quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» nonché, più in generale, dai principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ex artt. 3 e 97 Cost.

In conclusione, l'applicabilità immediata delle norme procedurali del CAD a Regioni ed Enti locali potrà riconoscersi solo se tali norme saranno considerate principi generali alla stessa stregua delle norme della legge 241/1990²¹.

III PARTE

III.1. *e-Procurement. Approvvigionamenti pubblici elettronici: DPR n. 101/2002*

A) Il termine *e-Procurement*, secondo il DIT, indica quell'insieme di tecnologie, procedure, operazioni, e modalità organizzative che consentono l'acquisizione di beni e servizi on-line, grazie alle possibilità offerte dallo sviluppo della rete internet e del commercio elettronico.

Si tratta di una nuova modalità di gestione di tutto il processo di acquisto molto diffusa nel settore privato, ma che solo negli ultimi anni riscuote una notevole attenzione da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

La diffusione dell'*e-procurement* nel settore pubblico si inserisce nel quadro di un più ampio processo di rinnovamento delle P.A., caratterizzato certamente da un consistente utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), così come da innovazioni legislative e processi di semplificazione dell'intera macchina amministrativa.

Il massiccio impiego delle tecnologie ICT nelle P.A. non poteva non riguardare la contrattualistica pubblica; si sviluppa il fenomeno degli appalti pubblici elettronici.

²⁰ Corte Cost., 16 gennaio 2004, n. 17, in Giur. Cost. 2004, f. 1.

²¹ Vedi C. GIURDANELLA – E. GUARNACCIA, Elementi di diritto amministrativo elettronico op. cit., pp. 58-59

Nell'ambito del Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica, partito nel 2000, sia l'azione normativa, sia quella di governo si sono impegnate nell'individuazione di azioni e strumenti per contenere la spesa pubblica e di migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa. Il Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica si sviluppa a seguito dell'introduzione di un nuovo sistema per l'ottimizzazione degli approvvigionamenti pubblici previsto dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, legge finanziaria 2000: «1. Il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente, stipula, anche avvalendosi di società di consulenza specializzate, selezionate anche in deroga alla normativa di contabilità pubblica, con procedure competitive tra primarie società nazionali e estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni dello Stato. I contratti conclusi con l'accettazione di tali ordinativi non sono sottoposti al parere di congruità economica (...) 3. Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall'art. 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento...».

L'introduzione delle tecnologie ICT nelle procedure pubbliche di appalto costituisce uno dei principali obiettivi del Governo sin dalle sue prime politiche di innovazione tecnologica. Già nel Piano d'Azione per l'*e-governance*, approvato il 23 giugno 2000, l'Azione n. 12 (*Approvvigionamento elettronico*), così statuiva: «...le norme di riferimento sono contenute nel disegno di legge annuale per la semplificazione. Tali disposizioni, permetteranno, anche con riferimento alla nuova disciplina introdotta dall'art. 26 della Legge n. 488 del 1999 di attivare un'asta telematica permanente ove si potranno incontrare offerta e domanda, in tempo reale, garantendo sempre all'amministrazione le migliori condizioni di mercato. Anche la pubblicazione dei bandi di gara potrà avvenire in via telematica e verranno emanate delle norme regolamentari per rendere compatibile tale nuovo sistema con la disciplina attuale della contabilità generale dello Stato. Vengono inoltre istituiti, con provvedimento amministrativo, due comitati di coordinamento per monitorare e guidare questo processo di trasformazione presso le amministrazioni centrali.

Le stesse procedure potranno essere adottate volontariamente anche dalle amministrazioni locali».

Il sistema di convenzionamento centralizzato per l'acquisto di beni e servizi, affidato alla Consip Spa, viene previsto, come già detto, con l'intento di razionalizzare e ridurre la spesa pubblica. Il Ministero del Tesoro, del Bilancio e

della Programmazione, anche avvalendosi di soggetti terzi, stipula convenzioni quadro con fornitori scelti tramite le usuali procedure di evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'impegno da parte di questi ultimi a garantire le loro prestazioni a favore delle stazioni appaltanti che, di volta in volta, decideranno di ricorrervi, nei limiti e alle condizioni contenute nelle stesse convenzioni, le quali sono inoltre sottoposte ad un regime di favore in materia di controlli. Le Amministrazioni dello Stato sono obbligate ad aderire alle convenzioni quadro, mentre le altre P.A. sono solo tenute ad osservarne i parametri di qualità e prezzo.

Il Ministero quindi con D.M. 17 giugno 1998, rubricato "Affidamento alla Consip Spa delle attività informatiche riservate allo Stato", istituiva la Consip, una società per azioni da esso totalmente controllata. Il D.M. attribuiva inoltre alla Consip il compito di svolgere tutte le attività informatiche riservate allo Stato, già a sua volta individuate dal D. Lgs 19 novembre 1997, n. 414, il cui art. 1, rubricato "Attività informatiche in materia finanziaria e contabile", dispone che «1. In relazione al carattere di riservatezza, ed al fine di assicurare la sicurezza e la continuità di talune specifiche attività informatiche dello Stato in materia di finanza e contabilità pubblica, possono essere individuati, nell'ambito delle funzioni di consulenza, indirizzo, programmazione, coordinamento, controllo e reperimento delle risorse strumentali, ivi compreso l'espletamento delle procedure di gara, particolari servizi informatici, determinati ai sensi del comma 2, il cui esercizio è riservato allo Stato;

2. Con Decreto del Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione economica, da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, sentita l'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (AIPA), sono individuate, sulla base dei criteri di cui al comma 1, le specifiche attività informatiche riservate alla Stato, da svolgere mediante un organismo a struttura societaria, con unica ed esclusiva funzione di servizio per lo Stato, che opera secondo gli indirizzi strategici stabiliti dall'Amministrazione...».

Il sistema Consip è stato oggetto di vari interventi normativi. Prima la legge 24 dicembre 2003, n. 350, toglieva l'obbligo per le Amministrazioni statali di utilizzare le convenzioni, se non per l'acquisto di beni e servizi di 'rilevanza nazionale'; per le Amministrazioni locali poi veniva meno l'obbligo di utilizzare le convenzioni come parametri di qualità e di prezzo.

Infine il D.L. 12 luglio 2004, n. 168, convertito con modificazioni in legge 30 luglio 2004, n. 191, nell'ambito degli interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica ha confermato il non obbligo di adesione alle convenzioni per le Amministrazioni statali, togliendo addirittura la condizione 'rilevanza

nazionale'. Reintroduce però l'obbligo di utilizzare i parametri di qualità-prezzo contenuti nelle convenzioni²².

B) Il D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 (*Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi*) regola per la prima volta gli appalti pubblici di forniture e servizi realizzati tramite procedure telematiche²³.

Con l'obiettivo di ricercare soluzioni che consentano alla P.A. razionalizzare e contenere la spesa pubblica, spedendo "meno e meglio", e dopo l'entrata in vigore del DPR n. 101/02 che introduce l'utilizzo di strumenti telematici di acquisto nelle P.A., in Italia si sono sviluppate soluzioni di *e-procurement* sia a livello centrale che a livello periferico.

Senza dubbio con il Programma di Razionalizzazione della Spesa Pubblica che ha visto Consip eseguire gare telematiche e poi disegnare e consolidare il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA) si è avuto una forte spinta all'adozione di strumenti telematici; molte amministrazioni locali hanno ideato e definito soluzioni locali per far fronte a fabbisogni specifici sfruttando al meglio le potenzialità delle economie del territorio²⁴.

Come già esposto il DPR 101/02 ha dettato una disciplina recante i criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi. Il Regolamento è articolato in due parti che disciplinano, rispettivamente, lo svolgimento delle gare telematiche, per importi eventualmente sopra soglia, e il c.d. mercato elettronico, per gli acquisti sotto soglia²⁵.

Il regolamento si compone di 13 articoli suddivisi in quattro capi, così descritti nel Parere del Consiglio di Stato del 03.12.2001, n. 142: «Nel primo capo sono contenute le norme di carattere generale concernenti l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo, i principi organizzativi finalizzati all'identificazione

²²M. GRECO, Il sistema Consip e gli appalti di servizi e forniture nella P.A. dopo la finanziaria 2004. Dossier tematico, in "Appalti & Contratti", all'url www.appaltiecontratti.it/download/dossier_g.pdf

²³Si sottolinea che il DPR n. 101/2002 sarà abrogato ex art. 256, comma 4, D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei Contratti pubblici, entrato in vigore il 1 luglio 2006), a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento da emanarsi ai sensi dell'art. 5 del citato codice.

²⁴Da tale contesto è emersa la necessità di un confronto, di una analisi delle soluzioni tecniche e organizzative adottate, di una chiarificazione su alcune aree grigie della normativa, di una visione prospettica. In tal senso, su iniziativa del Ministero dell'Economia e delle Finanze, all'inizio del 2004, è stato creato un nucleo stabile di Amministrazioni locali che, insieme a Consip, hanno dato vita al Gruppo di lavoro "I sistemi di e-procurement pubblico in Italia". Per un approfondimento vedi del GdL Regioni/EELL/MEF/CONSIP il Documento di Lavoro "I sistemi di e-procurement pubblico in Italia: prime evidenze emerse-2004", giugno 2005.

²⁵Vedi M. GATTI, Il D.P.R. n. 101/02 ad un anno dalla sua emanazione: ambiti e problematiche di applicazione, in "Quaderni del DAE. Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico", 2003

univoca dell'utente all'atto di accesso al sistema, le forme di pubblicità e di comunicazione, valide anche ai fini delle disposizioni contenute nella legge 7 agosto 1990, n. 241, la validità degli atti, il procedimento di abilitazione degli utenti all'accesso al sistema elettronico e telematico e le modalità di comunicazione dello strumento identificativo e di quello di sottoscrizione.

Il secondo capo ha per oggetto le gare telematiche e disciplina le modalità di pubblicazione e il contenuto del bando telematico e dell'invio agli utenti.

Il terzo capo del regolamento disciplina il Mercato Elettronico della pubblica amministrazione per l'acquisto di beni e servizi sotto soglia comunitaria e stabilisce in particolare i contenuti del bando concernente le modalità di accesso degli utenti al Mercato Elettronico.

Nel capo quarto, contenenti le norme finali, è prevista l'istituzione della Commissione per le negoziazioni telematiche di cui si stabiliscono la composizione e i compiti; nello stesso capo è prevista la disciplina per un corretto monitoraggio delle procedure di acquisto...».

Puntualizzano, inoltre, i giudici amministrativi nella 'Premessa' del Parere che «Per quanto riguarda l'ambito soggettivo, il regolamento si applica non solo alle amministrazioni statali, ma anche a tutte le amministrazioni aggiudicatrici (secondo l'accezione comunitaria) che, per l'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica, optino per la realizzazione attraverso sistemi elettronici e telematici di negoziazione: si tratta dunque di una procedura che le amministrazioni avranno la facoltà, e non l'obbligo, di seguire.

Quanto all'ambito oggettivo, le gare telematiche che il regolamento disciplina sono quelle relative all'acquisto di beni e servizi»

Il regolamento nell'art. 1 comma 1 lett. e) definisce "amministrazioni" «...tutti i soggetti, gli enti e gli organismi tenuti all'applicazione delle normative nazionali e comunitarie in tema di appalti pubblici, con esclusione delle regioni, delle province, delle città metropolitane, dei comuni e delle comunità montane;».

Il comma 4 dell'art. 2, a sua volta, dispone che «Le regioni, le province, le città metropolitane, i comuni e le comunità montane possono applicare le disposizioni del presente regolamento se così dispongano nell'ambito della propria autonomia e salvo che non aderiscano alle convenzioni stipulate ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, e successive modificazioni»

Quindi Regioni e Enti locali "possono applicare" le disposizioni del regolamento; è possibile allora che le amministrazioni locali operino un rinvio parziale alle disposizioni del regolamento, cioè ritengano di conformarsi solo a talune disposizioni, non richiamando integralmente il Regolamento?

Il Consiglio di Stato nel Parere supra citato prende espressamente posizione a favore della necessaria applicazione integrale del D.P.R. n. 101/2002 da parte degli enti non centrali, ritenendo che «È vero che l'adozione delle procedure previste nel testo in esame è facoltativa, ma dal contesto è evidente che si tratta

di una facoltatività limitata all'*an*, e non estesa al *quomodo*; nel senso cioè che, una volta deciso di procedere all'acquisto di beni e servizi in via telematica, le regole da seguire devono essere quelle del regolamento e non altre...»²⁶.

L'art. 2 comma 3 prevede che «rimane ferma la possibilità per le amministrazioni di effettuare gli approvvigionamenti di beni e servizi con le tradizionali procedure di scelta del contraente anche utilizzando, a supporto del procedimento, sistemi elettronici e telematici secondo le disposizioni della normativa vigente»²⁷.

Ora anche prima dell'emanazione del Regolamento, molte amministrazioni avevano avviato sperimentalmente forme innovative di utilizzo di strumenti informatici e telematici nelle procedure di acquisizione. La norma del DPR n. 101/02, oltre a legittimare indirettamente *ex post* l'uso di strumenti informatici nelle procedure d'appalto, consente di utilizzare nelle procedure "tradizionali", gestite prevalentemente su supporti cartacei, strumenti quali il documento informatico, firme elettroniche, e-mail ecc.

D'altronde la normativa aveva già introdotto nell'ordinamento alcuni strumenti informatici con l'obiettivo di ottimizzare l'azione amministrativa (si pensi ad esempio all'art. 14 DPR n. 445/2000 riguardante il documento informatico «Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato»).

C) Si intende per abilitazione dei fornitori il processo che inizia dalla domanda di abilitazione ad una Amministrazione aggiudicatrice a seguito della pubblicazione di un bando o di un invito. Ne fanno parte integrante i documenti che il fornitore deve compilare o accettare seguendo la procedura indicata (*off line* od *on line*) e le successive attività di identificazione e verifica propedeutiche alla fase di offerta²⁸.

Il concetto di "abilitazione del fornitore" è caratteristico delle procedure telematiche di acquisto: il DPR n. 101/2002, art. 1 lett g) parla di "utente" come del «fornitore di beni o il prestatore servizi abilitato ai sensi del presente regolamento a partecipare alle procedure telematiche di acquisto attraverso il processo di autorizzazione;»

²⁶ In questo senso anche M. GRECO, L'applicazione del DPR n. 101/2002 nell'ente locale, in "Appalti e contratti", www.appaltiecontratti.it, per il quale "è evidente che l'Ente non può invece dare un'applicazione mista o a discrezione del regolamento: una volta che l'Amministrazione delibera di applicare il DPR n. 101/02, dovrà darne integrale attuazione, pena l'illegittimità del procedimento e del suo atto conclusivo"

²⁷ In questo senso M. GRECO L'applicazione del DPR n. 101/2002 nell'ente locale, in "Appalti e contratti", www.appaltiecontratti.it, per il quale "tale norma sembra quindi prefigurare la possibilità di dar vita a sistemi paralleli di negoziazione telematica, prescindenti dall'applicazione del regolamento"

²⁸ Vedi GdL Regioni/EELL/MEF/CONSIP, Documento di Lavoro "I sistemi di e-Procurement pubblico in Italia: prime evidenze" giugno 2005, p. 9 ss.

Inoltre l'art. 4 del medesimo diploma legale prevede espressamente che tutte le procedure telematiche di acquisto debbano essere precedute da specifiche fasi di abilitazione aperte al pubblico.

La fase di abilitazione si conclude con l'invio di una comunicazione (in via telematica) circa l'esito della procedura o con il rilascio di password per l'accesso al sistema di negoziazione *on line*.

Con l'obiettivo di identificare dei modelli di abilitazione il GdL Regioni/EELL/MEF/CCONSIP ha effettuato un'analisi delle diverse procedure di abilitazione messe in atto dalle Amministrazioni "pioniere" dell'*e-Procurement* in Italia, individuando dei modelli comuni di approccio e degli elementi comuni nelle diverse procedure.

I modelli comuni sono riconducibili alla possibilità che il fornitore abilitato partecipi a 1) più eventi negoziali 2) partecipi ad uno unico evento negoziale.

Nella procedura per eventi singoli la possibilità di abilitarsi si apre per ciascun evento negoziale, mentre nelle procedure per eventi multipli l'abilitazione è valida per una pluralità di eventi e non legata alla singola negoziazione.

Nelle "procedure per eventi multipli", l'abilitazione dei fornitori può avvenire con la semplice indicazione della categoria merceologica di riferimento (cosiddetti "Albo fornitori *on line*") oppure con contestuale presentazione di un catalogo prodotti (Mercato Elettronico delle PA o gli "*e-catalogue*").

Nel caso che la stazione appaltante abiliti un fornitore senza che questo debba presentare contestualmente anche un catalogo prodotti, si configura l'"Albo fornitori *on line*" all'interno del quale i fornitori vengono classificati in maniera più o meno articolata in categorie merceologiche.

Nel caso in cui il fornitore, contestualmente alla richiesta di abilitazione, debba presentare anche un catalogo prodotti *on line* (come nel Mercato Elettronico della PA) si configura probabilmente il caso più completo, efficace ed efficiente di negoziazione telematica. In questo caso il fornitore deve superare sia i requisiti relativi alla parte anagrafica, amministrativa e normativa, sia i requisiti tecnici legati ai prodotti per i quali si sta abilitando.

Nel modello di "procedura per singoli eventi" la distinzione ulteriore può essere fatta in base al momento di abilitazione del fornitore in relazione alla presentazione della sua offerta.

Se l'abilitazione del fornitore è precedente alla presentazione dell'offerta si può fare riferimento alle Gare telematiche espletate in ottemperanza del DPR n. 101/02 che, come si sa, prevede l'abilitazione dei fornitori in fase di bando di abilitazione o avviso di gara e solo successivamente gli abilitati ricevono l'invito da parte dell'Amministrazione a partecipare e a presentare offerte.

Se invece l'abilitazione del fornitore è contestuale alla presentazione dell'offerta si può fare riferimento ad esempio alla cornice normativa della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, di cui tratteremo in seguito.

L'abilitazione ha certamente oggetto e finalità differenti a seconda che si tratti di Mercato Elettronico o di Gare Telematiche. Si ricordi, per esempio, che nel caso delle Gare Telematiche l'abilitazione dovrà necessariamente essere seguita dall'avviso di gara, che conterrà le specifiche previsioni, condizioni e modalità per prendere parte al procedimento; invece nel Mercato Elettronico (che per espressa disposizione normativa è destinato ad acquisti di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario) la semplice abilitazione del fornitore è sufficiente perché l'amministrazione possa concludere un contratto e quindi acquistare mediante ordine diretto un prodotto dal catalogo del fornitore abilitato.²⁹

Nel Mercato Elettronico accanto all'abilitazione "soggettiva" dei fornitori, è possibile prevedersi l'abilitazione dei prodotti e dei servizi che i fornitori offriranno (abilitazione oggettiva)

L'opportunità dell'abilitazione "oggettiva" discende da una espressa previsione dell'art. 11, comma 4, lett. b), che richiede di indicare all'interno del Bando di abilitazione «le specifiche tecniche, costruttive e di qualità dei beni, nonché i livelli dei servizi cui raffrontare i beni e servizi offerti ai fini dell'abilitazione dei fornitori».

I cataloghi conterranno, pertanto, beni e servizi la cui conformità al capitolato tecnico è stata preventivamente vagliata in sede di abilitazione.

L'abilitazione del fornitore non riguarderà soltanto l'ambito soggettivo, ma presuppone che il fornitore sia in grado di predisporre e offrire un catalogo di "prodotti abilitati" pronti all'acquisto da parte dell'amministrazione. L'abilitazione del fornitore non può prescindere dall'abilitazione dei relativi beni e servizi da questo offerto all'interno del Mercato Elettronico.

Come richiesto dall'art. 11 del DPR n. 101/2002 e l'art. 15 delle Regole di accesso al Mercato Elettronico Consip (www.acquistinretepa.it), l'abilitazione al Mercato Elettronico avviene tramite appositi Bandi di abilitazione relativi alle categorie di beni e servizi che andranno a costituire il Mercato Elettronico. Si tratta di una procedura a) aperta nel tempo; b) ad evidenza pubblica; c) non competitiva.

²⁹ La speciale finalità del processo di "abilitazione" rispetto alle procedure di acquisto "on line" è confermata anche dalla Direttiva 2004/18/CE recante il coordinamento delle procedure di acquisizione, la quale disciplina alcune innovative modalità di approvvigionamento che prevedono specifiche fasi assimilabili al processo di abilitazione di cui al DPR n. 101/2002. Si pensi, in particolare, al Sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 33 della Direttiva 2004/18/CE che prevede l'utilizzo di mezzi elettronici per l'istituzione del sistema e l'aggiudicazione degli appalti, ma che soprattutto richiede l'ammissione al sistema elettronico di acquisto di tutti gli offerenti che soddisfano i criteri di selezione e che hanno presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri. Tale procedura di "ammissione" al sistema di acquisizione (nonostante sia prevista per gli acquisti sopra soglia) riecheggia molto da vicino l'abilitazione al Mercato Elettronico di cui al DPR n. 101/2002, in quanto attuata sulla base di bandi ad evidenza pubblica, tendenzialmente aperti nel tempo e non competitivi.

Conformemente agli artt. 46 e 47 del DPR n. 445/2000, la domanda di abilitazione è fatta dal fornitore per mezzo di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti notori, con le quali il richiedente attesta il possesso dei requisiti richiesti per il rilascio dell'abilitazione. Consip ha però la facoltà di chiedere chiarimenti ed effettuare controlli e verifiche, anche successivamente al rilascio dell'abilitazione, in merito all'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati dai fornitori all'atto della domanda di abilitazione ed in merito alla rispondenza dei prodotti offerti per l'abilitazione alle specifiche tecniche indicate nel Bando.

Per quanto concerne l'abilitazione dei fornitori alle Gare Telematiche (che, a differenza di quanto avviene per il Mercato Elettronico, possono riguardare acquisti di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario) si rileva che questa è propedeutica allo svolgimento di una specifica procedura di gara che verrà aperta da un apposito avviso

Pertanto, come previsto dall'art. 9 del DPR n. 101/2002, le gare telematiche sono precedute, almeno 60 giorni prima dell'inizio delle procedure, dalla pubblicazione a cura dell'amministrazione procedente di un bando per l'abilitazione dei potenziali offerenti alla partecipazione alle gare stesse.

Vale la pena sottolineare che alcuni strumenti informatici sono fondamentali dal punto di vista del procedimento e della sicurezza: a) firma digitale; b) casella di posta elettronica; c) protocollo informatico.

- a) **Firma digitale.** In generale quando si parla di firma digitale si intende “forte”, o “pesante”, ovvero quella «basata su un sistema a chiavi crittografiche asimmetriche, che utilizza un certificato digitale con particolare caratteristiche, rilasciato da un soggetto con specifiche capacità professionali garantite dallo Stato e che viene creata mediante un dispositivo con elevate caratteristiche di sicurezza che in genere è una smart card» come previsto dal CNIPA-Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione e dalla normativa vigente.
- b) **Casella di posta elettronica.** Il Dlgs n. 82/2005 indica nella Posta elettronica certificata (PEC) lo strumento che può essere usato per la certificazione della effettiva consegna ed quindi il corrispondente decorrere delle scadenze previste.

Consip nel gestire la sua piattaforma ha scelto di assegnare a ciascun fornitore abilitato una casella e-mail sul proprio sistema. Tale scelta assicura, anche a scopo probatorio, il ricevimento delle notifiche/comunicazioni: la casella può essere validamente assunta come domicilio postale. La posta elettronica certificata è un sistema, come si apprende dal sito del CNIPA, di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica, con valenza legale, attestante l'invio e la consegna di documenti informatici. Il DPR 11 febbraio

2005 n. 68 disciplina le modalità di utilizzo della Posta Elettronica Certificata (PEC) non solo nei rapporti con le P.A. ma anche tra privati cittadini³⁰.

- c) **Protocollo informatico.** Secondo le indicazioni del CNIPA «Il legislatore definisce protocollo informatico come “l’insieme delle risorse di calcolo, degli apparati, delle reti di comunicazione e delle procedure informatiche utilizzate dalle amministrazioni per la gestione dei documenti”, ovvero, tutte le risorse tecnologiche necessarie alla realizzazione di un sistema automatico per la gestione elettronica dei flussi documentali».

Gli sforzi, sempre più vigorosi, diretti ad aumentare l’efficienza, l’efficacia e la trasparenza dell’azione amministrativa hanno portato negli ultimi anni allo sviluppo e all’introduzione degli strumenti telematici di acquisto, incoraggiati anche da una prima regolamentazione offerta dal DPR n. 101/02 a livello nazionale, dalla Direttiva 2004/18/CE nonché dal D Lgs 12 aprile 2006, n. 163 (entrato in vigore lo scorso 1 luglio). Si aggiunga anche che è maturata la consapevolezza che una qualificazione della domanda pubblica, effettuata anche attraverso l’innovazione degli strumenti stessi di approvvigionamento, costituisce indubbiamente un impulso per favorire l’innovazione di processo sul lato dell’offerta e quindi a livello di Sistema Paese.

III. 2. La Direttiva Unica degli Appalti 2004/18 e il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

A) La Direttiva 2004/18/CE.

Anche in materia di appalti pubblici, accanto ad un diritto comunitario scritto e ai principi fondamentali, direttamente enucleabili dalle norme del Trattato CE, si è formato un diritto comunitario non scritto, costituito dall’elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia (vedi anche *supra* Parte I).

In particolare per quanto concerne gli appalti pubblici, i principi fondamentali di diritto comunitario si applicano direttamente, indipendentemente del valore degli

³⁰ In sintesi le novità contenute nel provvedimento: 1. Nella catena di trasmissione potranno scambiarsi le e-mail certificate sia i privati, sia le P.A. Saranno i gestori del servizio (art. 14), iscritti in apposito elenco tenuto dal Cnipa (che verificherà i requisiti soggettivi ed oggettivi inerenti ad esempio alla capacità ed esperienza tecnico-organizzativa, alla dimestichezza con procedure e metodi per la gestione della sicurezza, alla certificazione ISO9000 del processo), a fare da garanti dell’avvenuta consegna; 2. Per iscriversi nell’elenco dovranno possedere un capitale sociale minimo non inferiore a un milione di euro e presentare una polizza assicurativa contro i rischi derivanti dall’attività di gestore; 3. I messaggi verranno sottoscritti automaticamente da parte dei gestori con firme elettroniche. Tali firme sono apposte su tutte le tipologie di messaggi PEC ed in particolare sulle buste di trasporto e sulle ricevute per assicurare l’integrità e l’autenticità del messaggio; 4. I virus: i gestori sono tenuti a verificare l’eventuale presenza di virus nelle e-mail ed informare in caso positivo il mittente, bloccandone la trasmissione (art. 12).

appalti stessi, sia ai contratti di valore superiore alla soglia comunitaria, che a quelli di valore inferiore³¹.

La Direttiva 2004/18 si inserisce nel contesto delineato, stabilendo espressamente il rispetto dei principi del Trattato CE, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (considerando 2), oltre che dei principi che ne derivano quali quelli della parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza.

La Corte di Giustizia per quanto riguarda il principio della non discriminazione ha precisato che il divieto riguarda non solo le discriminazioni dirette, chiaramente fondate sulla nazionalità del prestatore, ma anche quelle effettuate dalle amministrazioni che richiedano qualità o impongano oneri che possano essere assolti più facilmente da imprese di una certa nazionalità.

Il principio della parità di trattamento in tema d'appalti consiste nell'obbligo che tutti i prestatori di beni e servizi della Comunità europea vengano messi in condizione di assoluta parità.

Infine il principio di proporzionalità (ogni provvedimento adottato deve essere idoneo a raggiungere lo scopo legittimamente perseguito, e non deve eccedere quanto necessario per raggiungere tale scopo) può influenzare tutti i passaggi, dalla qualificazione, alla fase di controllo delle offerte, alla fase finale dell'aggiudicazione.

Il principio di trasparenza poi va inteso come chiarezza dell'azione amministrativa a esso si devono rifare tutte le norme che riguardano la pubblicità delle operazioni concorsuali, le norme che individuano i criteri di selezione qualitativa dei concorrenti, i criteri di scelta delle procedure etc., la violazione di tali norme, attuative del principio di trasparenza, invalida l'intera procedura.

Il legislatore comunitario con l'emanazione della Direttiva 2004/18/CE (e della Direttiva 2004/17), inserita nel contesto esposto, ha inteso aggiornare e razionalizzare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici³², consegnando

³¹ Sull'espansione del diritto comunitario sotto-soglia vedi M. GATTI, Appalti pubblici di forniture e servizi, Sistemi editoriali, 2004, pag. 79: «Il processo di inarrestabile penetrazione del diritto comunitario sotto-soglia è chiaramente ricostruito ed evidenziato dalla una Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, emanata nel corso del 2002 [Circolare 06/06/2002, n. 8756], secondo cui la giurisprudenza comunitaria ha ribadito che anche quando taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, ciò non significa che detti appalti di modesto rilievo economico siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, pacifico essendo che le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali del Trattato»

³² La Direttiva 2004/18 unifica la disciplina degli appalti e concessioni di lavori, servizi, forniture nei settori 'ordinari' (vale a dire tutti, tranne quelli c.d. esclusi, che sono disciplinati dalla direttiva 2004/17, e tranne quelli non previsti dalle due direttive, quali ad es. gli appalti segreti), mentre la direttiva 2004/17 disciplina gli appalti e concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori 'esclusi', che si possono definire settori 'speciali' (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

agli enti pubblici e agli operatori economici un corpus unitario di norme³³. La Direttiva Unica Appalti si atteggia a testo unico di settore³⁴ che non attua solamente un intervento normativo teso a resettare il quadro di regole esistente, ma tende a razionalizzarlo, riordinarlo e aggiornarlo nei contenuti, tenendo conto degli orientamenti emersi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che è intervenuta a limitare gli eccessivi formalismi propri delle norme vigenti, postesi in contrasto con le istanze di celerità, semplificazione e flessibilità dell'*agere* amministrativo in un settore, quale quello degli appalti, tanto cruciale per le economie nazionali e le dinamiche del Mercato unico.

Se il primo obiettivo del legislatore è stato in prima istanza procedere «per motivi di chiarezza» (considerando 1 della Direttiva 2004/18) ad una semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e procedure di aggiudicazione, il secondo è stato senz'altro modernizzare le norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, attualizzandone in via prioritaria³⁵ la valenza sulla base dell'innovazione economiche e tecnologiche soprattutto quelle legate allo sviluppo della società dell'informazione; il legislatore inoltre ha reso tali norme più sensibili alle istanze di matrice ambientale³⁶ e sociale, in particolare, quelle provenienti dal mondo del lavoro³⁷.

Gli obiettivi fondamentali che il legislatore ha perseguito possono essere sintetizzati in 4 categorie: 1. la semplificazione delle disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici; 2. l'aggiornamento della normativa vigente alla luce delle novità tecnologiche ed economiche; 3. la maggiore flessibilità della normativa comunitaria; 4. il rafforzamento dei principi di concorrenza e trasparenza.

La necessità di modernizzare la disciplina degli appalti pubblici all'insegna delle innovazioni apportate dal progresso tecnologico allo scopo di semplificare e rendere più flessibile il funzionamento del settore appalti, ha portato il legislatore comunitario a cambiare il suo approccio rispetto al passato: abbandona l'idea in base alla quale l'utilizzo degli strumenti di comunicazione elettronica è possibile

³³ Sono state accorpate in un unico testo, naturalmente avendo cura di eliminare le duplicazioni, le tre direttive classiche concernenti la materia: direttiva 92/50/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi); direttiva 93/36/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture); direttiva 93/37/CEE (procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori). Vedi C. GIURDANELLA-G. CAUDULLO, *La Direttiva Unica Appalti*, op. cit., p. 5

³⁴ Cfr. considerando 1 della Direttiva 2004/18

³⁵ E' quanto emerge dal considerando 13 della Direttiva 2004/18

³⁶ Il 5 considerando della Direttiva 2004/18 – richiamando l'art. 6 del Trattato - «chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità prezzo»

³⁷ Cfr. considerando 28 della Direttiva 2004/18

solo in aggiunta all'utilizzo di strumenti tradizionali. Infatti nel considerando 35 il legislatore comunitario stabilisce l'equiparazione dei mezzi elettronici e di quelli tradizionali di comunicazione, prevedendo «tenendo conto delle nuove tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni e delle semplificazioni che esse possono comportare per quanto riguarda la pubblicità degli appalti nonché in termini di efficacia e di trasparenza delle procedure di aggiudicazione, è opportuno porre sullo stesso piano i mezzi elettronici e gli strumenti classici di informazione e di scambio di informazioni...».

In questa nuova cornice è consentito alle amministrazioni appaltanti fare ricorso a procedura di aggiudicazione congeniate in funzione dell'utilizzo esclusivo degli strumenti telematici ed informatici: è aperta la possibilità di scelta degli strumenti cui fare ricorso per espletare le procedure di gara, fatte salve le istanze volte a non pregiudicare la segretezza delle informazioni, il libero accesso di tutti gli operatori, nonché la trasparenza dell'intera procedura di gara.

La portata innovativa della nuova Direttiva in relazione all'introduzione del ricorso agli strumenti elettronici, deve essere valutata, in particolare, in relazione alle norme riguardanti il dialogo competitivo, le aste elettroniche e i sistemi dinamici di acquisizione, in un'ottica di riduzione dei costi e dei tempi, nonché alle norme concernenti l'accordo quadro³⁸.

Il *dialogo competitivo*, definito dall'art. 1, par. 11 lett.c), è «una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte...».

Un'*asta elettronica*, secondo la definizione dell'art. 1, par. 7, è «un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico...».

Il *sistema dinamico di acquisizione*, ai sensi dell'art. 1, par. 6, è «un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le

³⁸ Vedi. il considerando 12 della Direttiva 2004/18: «Alcune nuove tecniche di acquisto elettronico sono in costante sviluppo. Tali tecniche consentono un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, in particolare grazie al risparmio di tempo e di danaro derivante dal loro utilizzo. Le amministrazioni aggiudicatrici possono far uso delle tecniche di acquisto elettronico, purché il loro utilizzo avvenga nel rispetto delle norme stabilite dalla presente direttiva e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza...»

cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri».

L'*Accordo quadro* a sua volta viene definito come «un accordo concluso tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste» (art. 1, par. 5).

La Direttiva, come già detto, ha promosso lo snellimento della normativa previgente caratterizzata da un formalismo eccessivo. Essa prevedeva infatti oneri procedurali particolarmente gravosi per le amministrazioni aggiudicatrici. In questa prospettiva il legislatore comunitario ha introdotto istituti quali le centrali di committenza, oltre che gli istituti innovativi già menzionati come il dialogo competitivo, le aste elettroniche, i sistemi dinamici di acquisizione, nonché gli accordi quadro.

Le centrali di committenza (art. 11 della Direttiva 2004/18) sono un strumento, come indica espressamente il considerando 15³⁹, già utilizzato da alcuni Stati membri, cioè la designazione di un organismo centrale che ha come scopo istituzionale quello di acquistare lavori, forniture e servizi o stipulare accordi quadro per un numero variabile di amministrazioni; nel caso italiano si può indicare la Consip Spa (vedi *supra* par. III.1). Le ragioni di un sistema così strutturato vanno ricercate nell'attuazione di una economia di scala che si dovrebbe ottenere accentrando gli ordini di acquisto provenienti da numerose amministrazioni, nonché nell'attuazione di una economia di esercizio che si dovrebbe ottenere utilizzando una unica piattaforma appaltante al posto di una molteplicità di stazioni appaltanti⁴⁰.

La nozione di appalto pubblico viene definita nell'art. 1 par. 2 a) come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi...»⁴¹.

³⁹ Cfr. considerando 15 della direttiva 2004/18: «In alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze. Diverse amministrazioni sono incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici...»

⁴⁰ Vedi C. GIURDANELLA-G. CAUDULLO, *La Direttiva Unica Appalti*, op. cit., p. 37 ss

⁴¹ La definizione riproduce con qualche modifica la nozione di appalti già contenuta nelle precedenti direttive, consentendo (come già sotto la previgente normativa) il ricorso, per gli aspetti non regolati da apposite norme di settore, alla disciplina privatistica dei contratti.

L'appalto di forniture viene definito, senza particolari novità, come appalti «aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti» (art. 1, par. 2 lett. c).

L'appalto di servizi, infine, è quello «avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II» (art. 1, par. 2 lett d).

Di particolare importanza è l'individuazione della disciplina concernente le ipotesi dei cosiddetti appalti misti. La Direttiva, come nella previgente normativa, utilizza il criterio dell'accessorietà, ossia precisando come l'elemento che determina l'inquadramento dell'appalto nell'una o nell'altra categoria sia rappresentato dalla qualità dell'oggetto contrattuale piuttosto che dalla prevalenza quantitativa delle prestazioni da svolgere⁴².

L'art. 1 (rubricato *Definizioni*) definisce, altresì, la concessione di lavori o di servizi nel par. 3 come «un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

Dopo aver trattato nel Titolo I delle definizioni e dei principi generali, il legislatore comunitario nel Titolo II (rubricato *Disposizioni relative agli appalti pubblici*) pone una serie di norme generali a tutela dei principi generali dell'Unione, sia quelli che decorrono dall'adesione della Comunità ad accordi internazionali⁴³, sia quelli che sono imposti dall'esigenza di tutelare la riservatezza delle informazioni riservate.

L'art. 4, secondo il quale la natura soggettiva di un operatore economico non può costituire causa di discriminazione nelle procedure di aggiudicazione, quando nel suo paese di origine egli è legittimato con quella forma giuridica a partecipare alle procedure di aggiudicazione, si fonda sui principi di libero accesso al mercato comunitario e dell'esercizio transfrontaliero dell'attività economica, espressione del diritto alla libera circolazione dei soggetti economici⁴⁴. Quindi la qualifica soggettiva degli operatori economici non può essere considerata preclusiva all'accesso alle procedure di aggiudicazione, perché costituirebbe un elemento di discriminazione tra competitori economici e di restrizione della concorrenza.

⁴² Cfr. art. 1, par. 2 lett. d) secondo e terzo capoverso. Vedi anche C. GIURDANELLA-G. CAUDULLO, *La Direttiva Unica Appalti*, op. cit., p. 24.

⁴³ Cfr. considerando 7 della Direttiva 2004/18 relativo all'obbligo di rispettare l'accordo sugli appalti pubblici, stipulato nel quadro dei negoziati dell'Uruguay Round (1986-1994) «al fine di istituire un quadro multilaterale equilibrato di diritti e doveri in materia di appalti pubblici per liberalizzare ed espandere il commercio mondiale».

⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia sentenza 15 ottobre 1987, Heylens, causa 222/86, Racc. 4097 in occasione della quale è stata affermata esplicitamente la natura fondamentale della libera circolazione dei lavoratori

L'art. 5, invece, garantisce il rispetto all'interno dell'Unione delle norme di favore in fase di aggiudicazione che in virtù di accordi internazionali la Comunità ha sottoscritto e che devono essere applicate agli operatori economici di Paesi terzi⁴⁵. Con tale disposizione si vuole evitare trattamenti disuguali tra imprese comunitarie e extracomunitarie.

Infine l'art. 6 codifica il principio della riservatezza delle informazioni comunicate dagli operatori economici, attraverso il quale si vuole appoggiare l'innovazione nelle imprese proteggendone l'apporto intellettuale e tecnico.

Pertanto salvo i casi basati sullo scambio aperto di informazioni tra amministrazione appaltante e privati previsti negli artt. 35 e 41 (riguardanti rispettivamente l'accordo quadro ed i sistemi dinamici di acquisizione) e specificamente sottratti all'applicazione del principio della riservatezza, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta nel rispetto della propria legislazione nazionale a non rivelare informazioni ad essa comunicate dagli operatori economici⁴⁶.

Per quanto riguarda il campo di applicazione della Direttiva l'art. 7 precisa «la presente direttiva si applica agli appalti pubblici che non sono esclusi in virtù delle eccezioni di cui agli articoli 10 e 11 e degli articoli 12 a 18». Trattasi di particolari categorie sottoposte a esenzione per motivi di segretezza o di opportunità in relazione alla natura dell'oggetto di gara o al settore a cui essa fa riferimento o ancora alla natura del soggetto aggiudicatario⁴⁷.

⁴⁵ Vedi M.P. CHITI – G. GRECO, Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale, Giuffrè, 1997, pag. 42: «Gli accordi conclusi dalla Comunità con Stati terzi (od Organizzazioni internazionali) ai sensi delle disposizioni pertinenti dei Trattati istitutivi, entrano a far parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario; e vi entrano in modo automatico, senza bisogno cioè di alcun atto di esecuzione (salvo che ciò non risulti necessario per la loro concreta applicazione), per il solo fatto della loro conclusione»

⁴⁶ Vedi A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, L'appalto di opere pubbliche, Giuffrè, XI ed., pag. 264: «Delicati problemi sorgono in ordine alla documentazione prodotta dai concorrenti concernente notizie sulla loro struttura economico-finanziaria e simili. Ci si può chiedere, cioè, se sul diritto all'accesso debba prevalere in tal caso quello alla riservatezza dei dati. Considerato però che tale documentazione è oggetto della comparazione inerente la gara, la risposta non può che essere negativa, ove l'accesso sia preordinato all'acquisizione degli elementi utili per la tutela delle proprie posizioni soggettive relative alla gara stessa. Al più, potrà valere il temperamento, talora affermato in giurisprudenza, che l'accesso si sostanzia nella sola visione degli atti e non anche nella estrazione di loro copia»

⁴⁷ Si tratta di speciali categorie d'appalti nel settore della difesa (art. 10), di appalti relativi alla gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o alla prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni (art. 13), di appalti segreti (art. 14), di appalti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 15), di appalti previsti nelle ipotesi dell'art. 16; rimangono, infine, escluse dall'applicabilità della Direttiva le concessioni di servizi (art. 17).

Oltre alla categoria delle esenzioni specifiche, la direttiva indica una categoria di appalti (per l'aggiudicazione dei servizi di cui agli allegati II A e II B) a cui sono applicabili solo singole norme o gruppi di norme⁴⁸.

L'art. 7 precisa, altresì, che gli appalti pubblici a cui la direttiva deve essere applicata sono quelli «il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore» a 154.000 euro (236.000 euro per gli appalti di servizi e forniture aggiudicati da amministrazioni che non siano centrali e che non siano ricomprese nell'allegato IV-*«Autorità governative centrali»*) per gli appalti di servizi e di forniture e a 5.923.000 euro per gli appalti di lavori. Le soglie inizialmente previste dalla Direttiva sono state rettificate dal regolamento CE n. 1874/2004 del 28 ottobre 2004 data la necessità di allineare le soglie a quelle derivanti dagli accordi multilaterali dell'Uruguay Round.

Per quanto concerne le procedure di aggiudicazione la Direttiva nel rispetto dell'autonomia riconosciuta agli Stati membri indica come facoltativa l'adozione degli strumenti più innovativi, quali gli accordi quadro, le centrali di committenza, i sistemi dinamici di acquisizione, le aste elettroniche ed il dialogo competitivo⁴⁹.

Le procedure possono essere aperte e ristrette (art. 28), ovvero negoziate. La procedura aperta è il procedimento attraverso il quale l'amministrazione aggiudicatrice rende noti al pubblico l'oggetto e le condizioni del contratto cui intende addivenire, raccoglie dai vari concorrenti le offerte e accetta come contraente colui che ha fatto l'offerta migliore, valutata secondo i criteri dell'art. 53⁵⁰. La procedura ristretta, invece, è una gara a concorso limitato alla quale possono partecipare solo gli operatori economici preventivamente selezionati dall'amministrazione aggiudicatrice previa pubblicazione di un bando di gara⁵¹.

⁴⁸ L'art. 20 prevede che gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55; gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B sono disciplinati, invece, ai sensi dell'art. 21, solo dall'art. 23 e dall'art. 35, paragrafo 4; per quanto riguarda gli appalti misti aventi per oggetto servizi elencati da ambedue gli allegati essi saranno disciplinati dagli articoli da 23 a 55 o solo dagli articoli 23 e 35 paragrafo 4 secondo che prevalga il valore dei servizi di cui all'allegato II A o quello dei servizi di cui all'allegato II B.

⁴⁹ Cfr. considerando 16: «Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione, ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva».

⁵⁰ S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale tomo II, Giuffrè, 2003, pag. 1397: «La procedura di gara aperta si contraddistingue per l'appunto per la caratteristica di consentire la massima competitività tra i soggetti aspiranti ad acquisire la posizione di controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica ed ha avvio con la pubblicazione di un bando di gara».

⁵¹ S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, op. cit., pag. 1400 rileva come sia la licitazione privata sia l'appalto concorso «presuppongono, in prima approssimazione, la previa conoscenza, da parte della amministrazione appaltante, del mercato degli operatori del settore cui il contratto si riferisce, essendo la partecipazione degli stessi alla gara subordinata al ricevimento dell'invito a formulare l'offerta da parte dell'amministrazione procedente».

Le procedure negoziate sono definite dall'art. 1, par. 11 lett. d) come «procedure in cui le amministrazioni aggiudicatrici consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto». Il ricorso a tali procedure è fortemente limitato con l'intento di spingere le amministrazioni ad adottare preferibilmente procedure che assicurino una maggior tutela della trasparenza dell'agire amministrativo.

Ora sarebbe d'uopo procedere ad una analisi più dettagliata degli strumenti più innovativi, dal punto di vista dell'utilizzo delle tecniche informatiche, introdotti dalla Direttiva Unica Appalti, ma in considerazione del fatto che la direttiva è stata recentemente recepita dall'ordinamento italiano, riteniamo più opportuno esaminarli nel paragrafo seguente dedicato al Codice de Lise, entrato in vigore il 1 luglio 2006.

B) Il Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

L'ordinamento italiano si è dotato con la legge n. 86 del 1989 (conosciuta come la Legge La Pergola) di uno strumento che garantisce un meccanismo praticamente automatico di recepimento nell'ordinamento italiano delle norme di rango comunitario⁵², in relazione alle quali sorge l'obbligo di emanazione di una normativa interna che le recepisca.

Nel maggio 2005 Pasquale de Lise, Presidente del T.A.R. del Lazio, ricevette l'incarico di presiedere una Commissione per la predisposizione di uno progetto di recepimento delle Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, emanate in materia di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in ottemperanza del disposto nella Legge di delega del 16 aprile 2005, n° 62 con la quale il Parlamento delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a recepire le direttive sopra menzionate.

Nella presentazione del nuovo codice degli appalti il Presidente de Lise afferma di essersi subito reso conto da un lato delle difficoltà che l'impresa comportava, dall'altro della grande opportunità che veniva concessa «per tentare una opera di razionalizzazione e semplificazione mai intrapresa prima, nel campo dei contratti pubblici» e, ricordando il giurista Massimo Severo Giannini, asserisce che egli «oltre che un sommo giurista, era anche un esperto di problemi della pubblica amministrazione (fu Ministro della Funzione pubblica), nella ricerca di rimedi per uscire dallo stato di crisi in cui versava il settore dei lavori pubblici

⁵² Il meccanismo creato dalla Legge La Pergola prevede che entro il 31 gennaio di ogni anno, venga presentato alle Camere, a cura del Governo, un disegno di legge che raccolga gli obblighi assunti dallo Stato italiano – nell'anno di riferimento – a seguito dell'attività normativa effettuata dalle istituzioni comunitarie ed appronti, in un secondo momento, i criteri e i parametri di individuazione delle concrete modalità di attuazione delle norme di fonte comunitaria nell'ordinamento giuridico interno.

in Italia negli anni '80, suggeriva due possibili strade: la riorganizzazione dell'amministrazione o la riorganizzazione della normativa. Più complessa la prima, forse più agevole la seconda»⁵³.

La Commissione, quindi, muovendo da queste affermazioni, ha cercato di attuare l'obiettivo di riorganizzare la normativa italiana in materia di appalti⁵⁴. L'impresa era certamente possibile vista la peculiarità della delega contenuta nell'art. 5 della Legge Comunitaria 2004.

L'art. 25 della Legge n° 62/2005 delega espressamente il Governo di recepire le norme dettate dal legislatore comunitario per ridisegnare la disciplina generale degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. I criteri e le direttrici stabilite nella delega conferita dal Parlamento al Governo pone come obiettivo fondamentale quello di compilare un «unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea» (lettera a, comma 1 dell'art. 25)⁵⁵.

Il Consiglio di Stato nel Parere n° 355, Adunanza 6 febbraio 2006, relativo allo schema di decreto legislativo recante il “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”, rileva che la delega contenuta nell'art. 25 presenta rilevanti peculiarità:

«Il comma 1, infatti, prevede che il governo possa adottare uno o più decreti legislativi *“volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento”* delle predette direttive.

La formula è ben più ampia di quella prevista, in via generale, dalla stessa legge comunitaria, che parla di adozione di *“decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B”*, formula questa, del comma 1 dell'art. 1, riprodotta in tutte le specifiche norme di delega della legge in esame, con la sola variazione lessicale che, talvolta l'espressione *“per dare attuazione”* viene sostituita dall'espressione *“per il recepimento”*.

Va aggiunto che la più ampia portata della delega dell'art. 25 è ulteriormente sottolineata dal riferimento (contenuto nella lett. a del comma 1), ad un “unico testo”, terminologia che pur nella sua atecnicità ... chiarisce che non si intende limitare ad una mera raccolta di norme preesistenti, sia pure coordinate con le direttive: è l'intero settore appalti ma soltanto questo che deve trovare in questa sede la sua disciplina unitaria e coordinata».

⁵³ Vedi P. DE LISE, Presentazione del nuovo codice degli appalti, in Giust. Amm., articoli e note n. 1-2006.

⁵⁴ Un primo sforzo sistematizzante posto in essere dal legislatore italiano è certamente la c.d. Legge Merloni (Legge n. 109 del 1994), conosciuta tra gli operatori come Legge Quadro dei Lavori Pubblici.

⁵⁵ Vedi P. DE LISE, Presentazione del nuovo codice degli appalti cit.: «Non sembra contestabile infatti che il coordinamento di cui alla lett. a) della legge sia stato posto in essere, anche se in senso sostanziale, riproducendo all'interno del testo tutte le previsioni della Legge Merloni, con la sola eliminazione di quelle incompatibili con le nuove direttive e con i criteri della delega. L'abrogazione della Merloni assume quindi solo carattere formale, rimanendo comunque vigenti la maggior parte delle sue disposizioni».

La lettera b) comma 1 dell'art. 25 della legge 62/2005 affida un altro compito fondamentale al legislatore delegato, cioè «la semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici».

La delega prevede inoltre il rafforzamento del ruolo svolto dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con il «conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina...» (lett. c, comma 1 dell'art. 25 della legge 62/2005).

Infine si può concordare con coloro che rilevano che «la necessità di provvedere all'attuazione interna della disciplina comunitaria ha rappresentato l'occasione per un riassetto organico della normativa in materia di appalti pubblici, realizzato attraverso una penetrante opera di armonizzazione con i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria»⁵⁶.

In tal senso si può ben comprendere la peculiarità dell'ultimo dei compiti (lettera d, comma 1 dell'art. 25 della Legge 62/2005) affidato al legislatore delegato, quello che impone, nell'opera di recepimento delle direttive, l'adeguamento al principio fissato dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 7 ottobre 2004, nella causa C-247/02, secondo cui «l'art. 30, comma 1, della direttiva 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale la quale, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici mediante procedure di gare aperte o ristrette imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al criterio del prezzo più basso». Pertanto il Codice prevede la libertà di scelta, per le stazioni appaltanti, tra i criteri di aggiudicazione delle gare: prezzo più basso od offerta economicamente più vantaggiosa.

Si sottolinea anche lo sforzo profuso per raccordare il recepimento delle direttive comunitarie sui contratti pubblici ed il coordinamento della disciplina dei contratti sottosoglia con la normativa interna relativa al procedimento amministrativo (L. 241/1990 come novellata dalla Legge 15 del 2003, vedi *supra* par. II.1), all'informatizzazione delle P.A. (Codice Amministrazione Digitale) e alla semplificazione della documentazione amministrativa (D.P.R. 445/2000-TUDA).

Per quanto concerne l'articolato tratteremo solamente di alcuni articoli contenuti nel Titolo I, rubricato *Principi e disposizioni comuni*, nonché delle

⁵⁶ Vedi L. FIORENTINO, Verso un Codice unico degli appalti, in "ASTRID-Rassegna" n. 23 del 2006; vedi anche C. GIURDANELLA, Commento al Codice dei Contratti Pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 62, Serier Bussola, Simone ed., pp. 14 ss.

disposizioni relative agli innovativi istituti delineati dalla Direttiva 2004/18/CE (Dialogo competitivo, Accordo Quadro, Sistemi dinamici di acquisizione, Aste elettroniche), recepite dal Codice dei Contratti Pubblici⁵⁷.

L'art. 1 del Titolo I della prima parte del Codice tratta dell'ambito generale di disciplina su cui insiste il Codice dei Contratti Pubblici e cioè dei contratti perfezionati mediante appalto o altri strumenti di contrattazione, come ad esempio la concessione, messi in atto per l'acquisto di lavori, servizi o forniture, sia sopra che sotto soglia comunitaria.

I principi fondamentali che reggono la nuova disciplina sono contenuti nell'art. 2 che riprende il dato normativo contenuto nella Direttiva Unica Appalti «le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

Per quanto concerne i principi di matrice comunitaria l'art. 2, comma 2, tratta del principio dell'economicità, dove riscontriamo una puntualizzazione di grande rilievo in base alla quale tale principio «può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e dalla promozione dello sviluppo sostenibile»⁵⁸.

Il Codice dei Contratti Pubblici oltre a tenere in debito conto i principi indicati dal legislatore comunitario, si muove sulla scia delle più evolute interpretazioni dell'art. 97 della Costituzione, in particolare stabilisce i parametri del buon andamento ed imparzialità dell'*agere* amministrativo indicando espressamente la disciplina del procedimento amministrativo delineata dalla legge n° 241/1990, novellata dalla legge 15/2005, come quella che deve essere adottata nelle procedure di affidamento e nelle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici (art. 3).

L'art. 4 è dedicato all'annosa questione del riparto di competenze tra Stato, Regioni e Province autonome. La riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione, ad opera della legge costituzionale n.3/2001, afferma il Presidente del Tar del Lazio, Pasquale de Lise, non può essere considerata una semplice novella «ma comporta l'introduzione di un nuovo impianto costituzionale, ben diverso dal precedente.» e ancora «sul piano giuridico e su quello politico, alla fine il nostro Paese si è dotato

⁵⁷ Per un maggiore approfondimento quanto all'articolato del Codice vedi C. GIURDANELLA, Commento al Codice dei Contratti Pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 62, op. cit., pp. 23 ss.

⁵⁸ Vedi C. GIURDANELLA, Commento al Codice dei Contratti Pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 62, op. cit., p. 24, nota 2: «Dato questo della promozione dello sviluppo sostenibile, che pone il Codice dei Contratti su di un piano di grande attualità, che recepisce in modo importante gli obblighi internazionali assunti dall'Italia al rispetto e tutela delle istanze che premono per una economia che incontri le esigenze delle generazioni future alla salvaguardia delle limitate risorse naturali.

di un sistema policentrico che, se pure non può dirsi federalista, tuttavia possiede del federalismo alcune caratteristiche e sicuramente molti inconvenienti.»⁵⁹.

Il Consiglio di Stato nel parere 355/06 sullo schema di decreto legislativo recante il *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* (Adunanza 6/02/2006) è intervenuto sulla spinosa questione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni «I contratti della p.a. e i pubblici lavori, servizi o forniture non sono nominati dal nuovo art. 117 della Costituzione, ma ciò non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni, in quanto, come rilevato dalla Corte costituzionale con riferimento ai lavori pubblici “si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti” (Corte cost. n. 303/2003).

Il loro inquadramento nel nuovo assetto costituzionale non è quindi agevole per due ragioni: da un lato tale disciplina ha carattere trasversale e rientra, nei suoi molteplici aspetti, in altre materie elencate nel nuovo art. 117 ed attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato o alla legislazione concorrente Stato-Regioni; sotto altro profilo, si deve distinguere tra i contratti stipulati da amministrazioni o enti statali e i contratti di interesse regionale.

Se è pacifico che il legislatore statale è titolare di potestà legislativa esclusiva con riguardo ai lavori, forniture e servizi “statali”, è da definire l’ambito della competenza statale in relazione ad alcune materie nominate dall’art. 117, comma 2, della Costituzione: “tutela della concorrenza”, “ordinamento civile” e “giurisdizione e norme processuali: giustizia amministrativa”.

La prima materia, “trasversale”, della tutela della concorrenza è quella che pone i problemi più delicati.

La Corte costituzionale ha precisato che la tutela della concorrenza costituisce una competenza trasversale, che coinvolge più ambiti materiali e si caratterizza per la natura funzionale (individuando, più che degli oggetti, delle finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata) e vale a legittimare l’intervento del legislatore statale anche su materie, sotto altri profili, di competenza regionale (Corte cost. n. 14 e n. 272 del 2004 e n. 29 del 2006). La Corte ha anche precisato che tale materia abbraccia nel loro complesso i rapporti concorrenziali sul mercato e la sua inclusione nella lett. e) dell’art. 117, secondo comma, della Costituzione, evidenzia l’intendimento del legislatore costituzionale di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero Paese e sono idonei ad incidere sull’equilibrio economico generale, come avviene per gli aspetti relativi ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di seguito individuati quale nucleo principale del Codice.

Non vi dubbio, dunque, che la tutela della concorrenza incida anche nel settore in esame, ma la sua trasversalità comporta che essa si inserisca nelle materie senza consumarne, per

⁵⁹ Vedi P. DE LISE, Potestà regolamentare dello Stato, delle regioni e delle Autonomie locali dopo il titolo V; riflessi sulla giurisdizione amministrativa e sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/delise.htm.

definizione, tutto l'ambito, cosicché rimangono di regola spazi non sensibili a tale problematica nei cui confronti resta fermo il normale riparto di competenze.

È quanto avviene anche nel caso in esame, in cui, accanto ai profili della concorrenza, sussistono profili non marginali organizzativi, procedurali, economici e di altro tipo, tra i quali la progettazione dei lavori servizi e forniture, la direzione dei lavori servizi e forniture, il collaudo, i compiti e i requisiti del responsabile del procedimento.

Anche per questi aspetti e a maggior ragione vale l'affermazione della Corte costituzionale che non si tratta di materie: essi a seconda dell'oggetto possono rientrare (oltre che nella competenza esclusiva dello Stato) sia nella competenza concorrente che in quella esclusiva delle regioni. Nel primo caso l'attività legislativa regionale rimane soggetta ai principi fondamentali desumibili dal codice; nel secondo, invece, fatta salva la possibile rilevanza di vincoli diversi (si pensi alla trasparenza e in generale ai principi della legge sul procedimento amministrativo) la legislazione regionale può esprimersi liberamente...»⁶⁰.

Vogliamo concludere l'esposizione relativa al Codice dei Contratti Pubblici esaminando, seppur brevemente, gli strumenti innovativi previsti dal legislatore comunitario con la Direttiva 2004/18 e recepiti dal Codice de Lise.

Dialogo competitivo. L'art. 58 del Codice dei Contratti Pubblici riproduce con alcuni adattamenti l'art. 29 della Direttiva Unica Appalti, immettendo nell'ordinamento italiano uno degli strumenti più innovativi pensato dal legislatore comunitario.

Il Dialogo competitivo trova la sua definizione nell'art. 3 del Codice dei Contratti che riproduce esattamente la definizione dell'art. 1, par 11 lett. c) della Direttiva 2004/18 (vedi *supra* III.2 lett. A). È uno strumento ibrido, in parte ristretto

⁶⁰ Cfr. P. DE LISE, Potestà regolamentare dello Stato, delle regioni e delle Autonomie locali dopo il titolo V; riflessi sulla giurisdizione amministrativa e sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/delise.htm: «Ma ora il sistema precedente è stato aggravato in quanto nell'art. 117, sia per la legislazione esclusiva statale che per quella concorrente, oltre a vere e proprie materie, sono stati previsti settori di materie e, ancora, più che materie, punti di vista, obiettivi di interessi o modelli di attività. Come la migliore dottrina non ha mancato di avvertire e come è stato autorevolmente confermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 407/2002, la prima che ha preso in esame specificamente le disposizioni del titolo V), non tutti gli ambiti materiali specificati nell'art. 117 (secondo e terzo comma) possono configurarsi come materie in senso stretto, perché, in taluni casi, si tratta esattamente di "competenze", idonee ad investire una pluralità di materie (così, questa sentenza ha escluso che possa identificarsi una materia in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": art. 117, secondo comma, lett. s). In particolare, la presenza, fra le materie di esclusiva competenza dello Stato, di una serie di ambiti di disciplina che non possono definirsi "materie" in senso stretto..., fa sì che esse interferiscano, per la loro natura, in modo "trasversale" con vari campi di intervento legislativo e in alcuni casi possano incidere in modo significativo su materie affidate alla competenza regionale, compresa quella esclusiva, con le conseguenti ricadute sul piano della potestà regolamentare. Infatti, l'attribuzione allo Stato della potestà regolamentare nelle materie trasversali – in virtù del parallelismo di questa potestà con quella legislativa – conferisce al regolamento una inevitabile potenzialità invasiva della sfera regionale.»

e in parte negoziato, che attraverso un iter procedimentale cerca di preservare i principi di trasparenza e imparzialità.

Per poter ricorrere a questa procedura è necessario che si tratti di un appalto particolarmente complesso (art. 58, comma 1), si considera complesso l'appalto (comma 2) per il quale l'amministrazione non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'art. 68, comma 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, oppure non è in grado di valutare autonomamente le soluzioni giuridiche o finanziarie che possono reperire sul mercato. Si noti che il Codice parla di "obiettivi", e non di "esigenze", come faceva il legislatore comunitario, così il legislatore nazionale amplia, e non di poco, la partecipazione dei privati nell'attività della P.A.

È stato previsto, inoltre, in sede di recepimento, che la stazione appaltante, qualora decida di avvalersi del dialogo competitivo, abbia l'obbligo di fornire specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti che consentono l'utilizzo di tale procedura.

Le stazioni appaltanti selezionano i candidati pubblicando in un apposito bando di gara i requisiti di ammissione al dialogo competitivo (di solito individuati tra quelli previsti per i partecipanti alle procedure di affidamento, artt. 34-46), i criteri di valutazione delle offerte e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura.

Posteriormente ha inizio con i candidati ammessi il vero e proprio "dialogo", finalizzato all'individuazione e definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità o obiettivi della P.A., le cui regole sono individuate chiaramente: libertà di discutere su tutti gli aspetti dell'appalto; principio della parità di trattamento di tutti i partecipanti; riservatezza sulle soluzioni proposte dai singoli partecipanti.

Le stazioni appaltanti, ai sensi del comma 10 dell'art. 58, proseguiranno il dialogo finché non individueranno la soluzione o le soluzioni ricercate. Concluso il dialogo competitivo e avendone informato i partecipanti le amministrazioni inviteranno i candidati selezionati a presentare le loro offerte finali.

Va sottolineata la disposizione di cui al comma 9, secondo cui le stazioni appaltanti possono "spezzettare" la procedura in più fasi, successive tra di loro, in modo da ridurre progressivamente il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo⁶¹.

⁶¹ D'altra parte il considerando 41 della Direttiva 2004/18 precisava che «nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare. Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza»

Accordo Quadro. L'art. 59 recepisce l'art. 32 della direttiva 18, prevedendo per i settori ordinari uno istituto che in precedenza era contemplato solo per i settori speciali. La principale differenza rispetto all'accordo quadro di cui alla direttiva 93/38 ed ora direttiva 2004/17 è costituito dall'obbligo di bandire una vera e propria gara per la sua stipula, mentre nei settori speciali il previo confronto concorrenziale consiste in una procedura negoziata senza bando.

L'accordo quadro è una procedura attraverso la quale l'amministrazione aggiudicatrice definisce con una o più imprese, contestualmente selezionate, le coordinate generali in base alle quali si stipuleranno un certo numero di appalti da aggiudicare in un lasso di tempo predefinito (quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati dall'oggetto dell'accordo quadro).

Il comma 1 pone dei limiti all'utilizzo di questo istituto «Per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi in relazione ai lavori di manutenzione e negli altri casi, da prevedersi nel regolamento, in cui i lavori sono connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento».

Gli accordi quadro possono essere conclusi con uno o più operatori economici; quando è concluso con un solo operatore economico gli appalti basati su tale accordo quadro sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate in tale accordo; per la loro aggiudicazione le stazioni appaltanti possono chiedere per iscritto all'operatore economico di completare, se necessario, la sua offerta.

Per gli accordi quadro conclusi con più operatori economici gli appalti possono essere aggiudicati mediante l'applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo stesso, senza nuovo confronto competitivo, se l'accordo quadro fissa effettivamente tutte le condizioni. Per questa ipotesi, in assenza di un nuovo confronto, il Codice aggiunge alle disposizioni comunitarie recepite l'obbligo di indicare nell'accordo quadro i criteri di affidamento degli appalti successivi, l'ordine di priorità, privilegiando il criterio della rotazione.

Sistemi dinamici di acquisizione. L'art. 60 recepisce completamente l'art. 33 della direttiva 18, disciplinando un processo di acquisizione assolutamente innovativo in quanto basato interamente sull'uso di procedure e strumenti informatici.

La definizione contenuta nell'art. 3, comma 14, è sostanzialmente identica alla definizione comunitaria di sistema dinamico di acquisizione e data l'importanza per il nostro tema la riportiamo nuovamente: «un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche generalmente disponibili sul mercato soddisfano le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, limitato nel tempo ed aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e che abbia presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri».

La definizione evidenzia innanzitutto che trattasi di un “processo interamente elettronico”, pertanto le stazioni appaltanti devono fare esclusivamente ricorso ai mezzi elettronici sia nella fase di istituzione del sistema, sia nella fase di aggiudicazione degli appalti specifici.

La procedura è applicabile ai soli contratti di fornitura e ai contratti di servizi, non potendo essere utilizzata nel caso di appalti di lavori.

L'oggetto dei contratti deve essere costituito da “beni e servizi tipicizzati e standardizzati”. Si intende per bene o servizio ‘tipicizzato’ o ‘standardizzato’ un prodotto o servizio uguale ad un modello o tipo prefissato, che abbia dunque dimensioni e caratteristiche prefissate; trattasi quindi di beni e servizi che sono “generalmente disponibili sul mercato” e le cui caratteristiche “soddisfino le esigenze di una stazione appaltante”.

Le forniture di beni e i servizi da affidare devono essere “di serie”, uguale al modello fissato dalla stazione appaltante, quindi sono esclusi dalla procedura i contratti di fornitura o servizi da realizzare in base a specifiche tecniche del committente che, per la loro complessità, non possono essere valutati tramite il sistema dinamico di acquisizione⁶².

La procedura si divide in tre fasi. Innanzitutto deve essere creato il sistema dinamico di acquisizione, e per questo le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara generale, con cui viene istituito il sistema, nel bando vengono fornite tutte le indicazioni riguardanti l'attrezzatura elettronica utilizzata e le specifiche tecniche di connessione, e vengono precisati tutti gli elementi relativi alla natura degli acquisti previsti.

Gli operatori vengono ammessi al sistema con la presentazione di una offerta indicativa conforme al capitolato d'oneri, essendo possibile presentarla non solo in risposta al bando, ma anche successivamente, per tutta la durata del sistema dinamico di acquisizione, che comunque non può superare i quattro anni di vita, salvo casi eccezionali debitamente giustificati.

La seconda fase inizia quando la stazione appaltante decide di porre in essere un preciso appalto nell'ambito del già istituito sistema dinamico. Giacché ogni appalto specifico deve essere oggetto di un specifico confronto concorrenziale, le P.A. dovranno pubblicare un ulteriore bando di gara, questa volta semplificato, e inviteranno tutti gli operatori economici interessati, anche se non ammessi al sistema, a presentare un'offerta indicativa entro un termine non inferiore a 15 giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara semplificato.

⁶² Per un confronto tra il sistema dinamico di acquisizione e il cd “mercato elettronico” vedi F. VELLA, I sistemi dinamici di acquisizione, testo rivisto dell'intervento omonimo tenuto al Convegno DAE, Roma 26 maggio 2006, su “Appalti e contratti pubblici nell'era digitale”, in Rivista di Diritto amministrativo elettronico. Quaderni del DAE, 2006; vedi anche par. III.1 lettera B) del testo.

La terza fase è costituita dal vero e proprio ‘confronto concorrenziale’, possibile solo dopo che la stazione appaltante avrà concluso la valutazione di tutte le offerte indicative pervenute nei termini. A questo punto l’amministrazione invita tutti gli operatori economici ammessi nel sistema a presentare un’offerta dettagliata per ogni appalto specifico da aggiudicare nel quadro del sistema. L’appalto sarà aggiudicato all’offerente che abbia presentato la migliore offerta in base ai criteri di aggiudicazione enunciati nell’originario bando di gara per l’istituzione del sistema dinamico di acquisizione.

Come già sottolineato questa procedura è interamente elettronica e pertanto le amministrazioni che ricorrono ad essa devono innanzitutto applicare le regole previste dall’art. 77 del codice, in particolare il disposto nei commi 5 e 6, che si riferiscono alle comunicazioni per via elettronica.

Qualora le amministrazioni siano tenute a rispettare la normativa contenuta nel Codice dell’Amministrazione Digitale dovranno operare nel rispetto delle previsioni⁶³ di tale atto legislativo, in particolare per quanto concerne le norme sulla firma digitale e sulla posta elettronica certificata, rispettivamente necessari per l’imputabilità delle offerte e per la validità giuridica della loro trasmissione telematica.

Aste elettroniche. L’art. 85 recepisce gli art. 54 della direttiva 2004/718, e 56 della direttiva 2004/17 tenendo in conto la previgente normativa italiana di cui al DPR 101/2002 (vedi *supra* par. III.1 lettera B). Le aste elettroniche sono definite, all’art. 3, comma 15, come «un processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico di presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, e/o di nuovi valori riguardanti taluni elementi delle offerte, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte permettendo che la loro classificazione possa essere effettuata sulla base di un trattamento automatico. Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, non possono essere oggetto di aste elettroniche».

L’asta elettronica, in altri termini, costituisce nel Codice una nuova fase delle normali procedure di gara, le quali seguono le regole ordinarie fino alla presentazione delle offerte, che potranno essere presentate e gestite per via elettronica. Differentemente nel DPR 101/2002 ove la gara telematica costituisce una procedura autonoma ed alternativa alla procedura tradizionale. L’asta elettronica nel sistema del Codice è un criterio di aggiudicazione dei contratti di appalto (comma 1 dell’art. 85), non è una procedura di gara.

Il maggior pregio dell’asta elettronica è la sua adattabilità a tutte le procedure previste dal Codice; l’asta elettronica, infatti, può essere utilizzata in

⁶³ Si osservi che nel testo del CAD è stato inserito anche il decreto legislativo 28 febbraio 2005, n. 42, riguardante il Sistema Pubblico di Connettività e la Rete Internazionale della Pubblica Amministrazione.

qualsivoglia tipologia di gara (aperta, ristretta o negoziata con bando), nonché in occasione del rilancio del confronto competitivo fra le parti di un accordo quadro, e dell'indizione di gare per appalti da aggiudicare nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione.

Vista la natura dello strumento il Codice pone dei limiti all'utilizzo delle aste elettroniche; esse possono, infatti, essere utilizzate solo quando le specifiche dell'oggetto dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa, e quando la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi qualificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali.. Rimangono, pertanto, fuori dal campo di applicazione delle aste elettroniche, tutti i servizi che abbiano ad oggetto prestazioni intellettuali.

Prima di procedere all'asta elettronica vera e propria la stazione appaltante effettua una prima valutazione delle offerte dei partecipanti, pervenute non necessariamente per via telematica; a questo punto inizia l'asta elettronica: tutti i soggetti che hanno presentato offerte ammissibili vengono invitati, simultaneamente e per via elettronica, a presentare nuovi prezzi, i cd rilanci.

L'asta elettronica inizierà non prima di due giorni dopo la data di invio degli inviti, si svolgerà in un'unica seduta, e sarà conclusa all'ora preventivamente fissata.

Si precisa che, mentre nel DPR 101/2002 il ricorso alla gara telematica di acquisto procedura specifica ed autonoma indipendente rispetto a quelle considerate tradizionali deve essere deliberato volta per volta, l'asta elettronica del Codice dei contratti pubblici costituisce strumento ordinario di aggiudicazione di procedure aperte, ristrette o negoziate, da prevedere con apposita clausola nel bando. Inoltre non è prevista la fase di abilitazione preliminare di cui all'art. 9 del DPR 101/2002, ma i requisiti di partecipazione sono definiti dallo stesso bando di gara.

Conclusioni

Vorrei concludere riportando alcune riflessioni fatte dal presidente della Commissione per la predisposizione di uno progetto di recepimento delle Direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18, Pasquale de Lise, in occasione del Convegno su "Appalti e contratti pubblici nell'era digitale," tenutosi presso la sede del TAR del Lazio (Roma, 26 maggio 2006)⁶⁴: «Ora, ciò che caratterizza questo Convegno e vale a differenziarlo dai tanti altri che si stanno tenendo sul codice è l'aver posto l'accento sull'aspetto relativo alla valenza dell'informatica nei contratti pubblici.

Nel processo di razionalizzazione e di modernizzazione dell'amministrazione, che tende a trasformarsi da un'amministrazione di procedure ad un'amministrazione prevalentemente di risultati, alcuni obiettivi sono stati conseguiti: sul piano della semplificazione normativa e amministrativa, sul piano della trasparenza, sul piano dell'organizzazione e delle competenze, sul piano della introduzione di modelli privatistici o meglio di diritto comune, sul piano delle privatizzazioni, su quello della c.d. esternalizzazione (o *outsourcing*).

Tutto ciò, peraltro, comporta l'esigenza che l'amministrazione si adoperi nello sviluppo di una nuova cultura dell'amministrare, che sia in grado di soddisfare le nuove richieste dei cittadini, superando l'inefficienza e l'eccessiva burocratizzazione dei servizi e organizzando in maniera più adatta e funzionale le proprie strutture» e prosegue: «Quando si parla di *e-government* ci si riferisce sia all'erogazione *on line* di servizi da parte della pubblica amministrazione ai cittadini che al rafforzamento dei meccanismi di partecipazione democratica, facilitando l'interazione tra cittadini e pubblica amministrazione, attraverso un modello che privilegia l'accesso ai servizi da parte dei cittadini nei tempi e con le modalità che essi prescelgono.

Trattasi, in sostanza, di un processo di trasformazione delle relazioni interne ed esterne della pubblica amministrazione che, attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie, punta a ottimizzare l'erogazione dei servizi, ad incrementare la partecipazione di cittadini e imprese, a migliorare la capacità di governo della stessa pubblica amministrazione, con ricadute positive sul piano dell'efficienza, della qualità e della tempestività dei servizi, dei minori costi di essi, della trasparenza, della competitività e così via.

Le nuove tecnologie possono quindi migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione con vari obiettivi: accrescere l'efficienza operativa interna delle amministrazioni; offrire ai cittadini e alle imprese servizi integrati e non più frammentati secondo le competenze dei singoli enti; garantire a tutti l'accesso alle informazioni e ai servizi erogati dalle amministrazioni.»

Infine credo che il miglior modo per concludere questo modesto lavoro sia trascrivere l'augurio del Presidente Pasquale de Lise (autore, con altri, "di un'opera di razionalizzazione e semplificazione mai intrapresa prima") contenuto nella "Presentazione del nuovo codice degli appalti"⁶⁵: «...coltivo la speranza che tale progetto risponda alle aspettative e alle proposte, avanzate in questi anni da più parti, concernenti la necessità di superare la staticità che caratterizza gli ingranaggi della macchina pubblica e di creare meccanismi che consentano, finalmente, l'accesso a pieno titolo dell'amministrazione italiana nel mercato dei tempi moderni.»

INFORMATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Resumo: O tema tratado concerne à informatização da atividade administrativa que se insere no processo de atuação da Sociedade da Informação. A Sociedade da Informação é um longo processo de modernização realizado no setor da informação e da comunicação que mudou significativamente a vida privada, social e profissional de cada indivíduo. A revolução tecnológica representa um suporte fundamental para a atuação da eficiência, da competitividade

e para a facilitação do acesso ao conhecimento dos cidadãos. Denomina-se *e-government* o processo de informatização da pública administração, o qual conjuntamente com ações de mudanças organizativas permite o tratamento da documentação e a gestão dos procedimentos com sistemas digitais, graças ao uso de tecnologias da informação e da comunicação (*ICT-Information and Communication Technologies*), com o objetivo de otimizar o trabalho dos agentes e de oferecer aos usuários (cidadãos e empresas) serviços mais rápidos e novos, através de *Website* das administrações públicas.

Palavras-chave: Informatização. Governo. *E-government*.

INFORMATION SOCIETY AND GOVERNMENT ACTIVITY

Abstract: The present article addresses questions related to the establishment of the Information Society. The Information Society has a large potential for increasing the productivity and improving the quality of life. This potential is growing due to the progress in wide-band technology, i.e., to the advancing possibilities provided by the Internet which offer considerable prospects both for economy and society. New services, new applications and new approaches lead to the establishment of new markets and provide the necessary instruments for rising the productivity and, as a consequence, growth and activities in all sectors of the economy. Thus an *e-government* is developing defined as every form of business activity in which the partners interact electronically rather than using traditional means and personal contacts. In this context, the public contract management, that is the settling of public contracts administered by electronic means, is to be placed.

Key words: Information society. Government. *E-government*.

REALIDAD JURÍDICO-SOCIAL DE LA CONQUISTA ROMANA DE HISPANIA

María José Bravo Bosch

Profesora-titular de Direito Romano da Universidade de Vigo (Espanha)
bravobosch@uvigo.es

Resumen: Desde el análisis de los motivos que condujeron a los romanos a conquistar nuestro territorio, hasta un recorrido político - social sobre la organización romana trasladada a suelo hispano, incidiendo en la evolución del concepto de *provincia*. Finalmente, traemos a colación la importancia de las leyes municipales, para detenernos en la concesión del *ius latii* por parte del emperador Vespasiano.

Palabras clave: *Provincia. Hispania. Municipio. Ius latii.*

Resulta necesario explicar antes de nada que nuestro interés en la conquista romana de *Hispania* no persigue un recorrido única y exclusivamente referido al Derecho Romano presente en esta etapa histórica, por entender que un análisis multidisciplinar¹ resulta mucho más completo a la hora de acometer un estudio sobre la Hispania Romana.

Por todo ello, es a la luz de elementos históricos, políticos, sociales y de carácter administrativo como hemos procedido a presentar los largos siglos de conquista² del territorio de Hispania, hasta detenernos en la concesión del *ius latii* por parte del Emperador Vespasiano³

¹ Vid. al respecto, CROOK, *Law and life of Rome*, Londres, 1967, p. 7, en donde refiere la importancia del análisis realizado desde distintos puntos de vista, cuando habla de su propio libro: “This is not quite a book about Roman law, on which there already exist any number of excellent treatises. Neither is it quite a book about Roman social and economic life; that subject, too, is already illuminated by massive works of scholarship. It is about Roman law in its social context, an attempt to strengthen the bridge between two spheres of discourse about ancient Rome by using the institutions of the law to enlarge understanding of the society and bringing the evidence of the social and economic facts to bear on the rules of the law”.

² Motivada, según algunos autores por el afán imperialista, mientras que otros sostienen que una política defensiva con respecto al avance de los cartagineses es la principal razón de la conquista de Hispania por parte de los romanos. A lo largo de estas páginas ponemos en evidencia ambas teorías, apostando por una primera presencia militar con carácter defensivo, que después perseguirá las múltiples riquezas del territorio hispánico.

³ En lo que se refiere al acto concreto de concesión, declara SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford, 1973, p. 252: “The Flavians complete the work of centuries in Spain. ‘Universae Hispaniae Vespasianus imperator... Latium tribuit’. This is the machine at work; a short passage of Pliny seems to reproduce its regulated beat: ‘Oppidum ... Caesarea... a divo Claudio coloniae iure donata; eiusdem iussu deductis veteranis oppidum Novum et Latio dato Tipasa, itemque a Vespasiano imperatore eodem munere donatum Icosium’”, añadiendo poco después: “The activity of the Flavians was not confined to Spain”.

La Península Ibérica, antes de marzo de 218 a.C.⁴, fecha en la que el Senado asigna por primera vez Hispania como *provincia*⁵, no era una desconocida para los romanos. Con todo, el conocimiento sobre la realidad de la misma era escaso, demostrando mayor empeño en conocer a los pueblos colonizadores⁶ -primero los fenicios⁷ y luego sus sucesores los cartagineses⁸, así como los griegos⁹- que a los moradores¹⁰ de la península desde antiguo¹¹. De este modo, la Iberia así

⁴ Sobre la fecha, RICH, *Declaring war in the Roman republic in the period of transmarine expansion*, Bruselas, 1976, p. 28-44.

⁵ Livio, 21, 17, 1.

⁶ Vid. acerca de las relaciones entre colonizadores e iberos, HARRISON, *Spain at the Dawn of History*, Londres, 1988, *passim*.

⁷ Cfr. RICHARDSON, *The Romans in Spain*, Oxford, 1996, p. 13-14: "Whatever else linked the Iberian peoples together, it is clear that they all experienced the impact of the two great colonization movements of the Phoenicians and the Greeks in the ninth to the sixth centuries BC. The Phoenicians had been the first to arrive in the west, and had already established Carthage in north Africa in the late ninth or eighth century BC. At about the same time, they began to plant colonies in Spain, especially at Cádiz (the Phoenician Gadir, and subsequently the Roman Gades), which was well placed to draw on the rich minerals traded by the Tartessians. Chief among these was the silver of the Sierra Morena, drawn from the mines around the Rio Tinto and perhaps also from the mining region round Linares in the upper valley of the Guadalquivir. The other area of Phoenician settlement was on the south coast of Andalusia, where the ancient sources record sites at Malaca (now Málaga), Sexi (Almuñecar) and Abdera (Adra), of which the last two have produced archeological evidence of a Phoenician presence. Other colonies are known from archeological investigation at a number of other sites in the same area, including Toscanos and Trayamar".

⁸ BARCELÓ, *Karthago und die iberische Halbinsel vor den Barkiden*, Bonn, 1988, *passim*, en donde afirma que el interés de los cartagineses por nuestro territorio procedía de las posibilidades para el comercio y como fuente de soldados mercenarios; esto en un primer momento, pero posteriormente los cartagineses tienen clara la importancia hispana como base para sus operaciones militares y expansionistas; así, BLÁZQUEZ, en un artículo anterior al señalado, "Relaciones marítimas entre Hispania y las regiones del Mediterráneo durante la república romana", en *Studi in onore di Giuseppe Grosso* 2, Turín, 1968, p. 171, afirma: "Cádiz se menciona como base naval de los cartagineses en las campañas púnicas de reconquista de la Península Ibérica, efectuadas por Amilcar a partir del año 237 a. C. Precisamente en este puerto fue donde desembarcó el ejército expedicionario", remitiéndonos a Polibio, 2, 1, 5, quien señala de forma clara a Cádiz como apoyo para el ejército cartaginés; sobre el puerto de Cádiz, vid. por todos, GARCÍA Y BELLIDO, *Fenicios y cartagineses en Occidente*, Madrid, 1942, p. 49 ss.; "Icosae Gades", en BRAH 129, 1951, p. 73 ss.; *Historia de España*, I, 2, Madrid, 1952, p. 316 ss. 389 ss.

⁹ Vid. sobre la presencia de los griegos, posterior a la fenicia y ubicada en lugares diferentes: GARCÍA BELLIDO, *Hispania Graeca*, Barcelona, 1948, *passim*; más actual, KEAY, *Roman Spain*, Londres, 1988, p. 14: "After the mid-sixth century Greek colonists ... founded colonies at Rhode (modern Roses), Emporion (modern Empuries) Hemeroskopeion (modern Denia) and Mainake (near Málaga), using the primary colony of Massalia (modern Marseilles) as their base... Moreover, their presence had a profound effect on the native Iberian communities with whom they traded. Greek influence spread extensively and is evident in many aspects of their culture"; interesante aclaración la de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "Observaciones a propósito del tránsito de la Iberia-griega y púnica a la Hispania romana", en RGDR 2, 2004, p. 7: "... si bien parece probable que fueron los navegantes griegos los primeros que llegaron a las costas peninsulares, los primeros asentamientos estables corresponderían a los fenicios".

¹⁰ Str. 3, 4, 19, en donde refiere las dificultades para hablar de los pueblos de la Península Ibérica, debido al pequeño tamaño de las unidades en las que estaban divididos, y a la escasa capacidad de los autores griegos y latinos que le precedieron – Estrabón es ya de la época de Augusto y Tiberio, finales del siglo I. a. C y principio del s. I. d. C- para llevar tal tarea a buen término

¹¹ Pudiendo citar, dentro de la Iberia Prerromana: los calaicos, los astures, los cántabros, los vascones, los ceretanos, los indicetes, ausetanos, layetanos, cesetanos, ilergetes, celtíberos, arévacos, vacceos, lusones,

denominada por los griegos¹², suscitaba interés en un primer momento por su especial posición geográfica¹³, entre el océano atlántico y el mar mediterráneo (*mare nostrum*) y sus posibilidades como punto estratégico frente a posibles guerras o invasiones. Siguiendo a KEAY¹⁴: “Iberia is the largest peninsula (580.160 square kilometres) in Europe and comprises many geographically distinct areas; it also occupies a unique position separating the Atlantic from the Mediterranean and Europe from Africa. This explains why Iberia has always been a country of passage, contact and confrontation between invaders and native peoples”.

La preocupación romana ante la expansión de los cartagineses es la que conduce en un primer momento a los Romanos¹⁵ a Iberia, y no creemos que las riquezas existentes en *Hispania*¹⁶ que se aducen como motivo del desembarco de los romanos en nuestro territorio- sean la razón de la decisión adoptada por el Senado en marzo de 218 a. C.

belos, titios, edetanos, ilergetas, carpetanos, vetones, lusitanos, celtas, conios, turdetanos, oretanos, bastetanos, contestanos; sobre la España prerromana, ARNOLD, *The Roman System of Provincial Administration to the Accession of Constantine the Great*, 3ª ed. (ed. anastática) Roma, 1968, cuando después de referirse a la Galia, declara en p. 36: “We are not equally familiar with pre-Roman Spain; but some of the same points come out clearly. Just as in Gaul, the different tribes were continually at war; and the necessity of constant preparation for self-defence made agriculture impossible, and neutralised the natural fertility of the country”; sobre los núcleos indígenas del Sur, ROLDÁN HERVÁS, “Conquista y colonización de la Bética en época republicana”, en *Teoría y práctica del ordenamiento municipal en Hispania*, Revisiones de Historia Antigua II, Vitoria, 1996, p. 29: “Así pues, desarrollo desigual y heterogeneidad en cuanto a principios organizativos, carácter de la propiedad y estructuras sociales, constituyen las premisas de las que hay que partir a la hora de analizar la transformación de las estructuras indígenas, que comienzan con la propia conquista romana desde que Escipión desembarca en Ampurias en 218”; al objeto de profundizar en esta etapa histórica, FERNÁNDEZ CASTRO, *La prehistoria de la península ibérica*, Barcelona, 1997, *passim*.

¹² Vid. al respecto, RICHARDSON, *The Romans in Spain*, cit. p. 2: “For the Greeks, who established settlements on the Mediterranean coastline in Catalunya, and perhaps further south also, from the sixth century BC onwards, the name they gave it (Iberia) carried with it no notion of a national or administrative whole”, recordando que el geógrafo griego Estrabón, apuntaba que el nombre se le había dado a varias zonas distintas; cfr. Str. 4, 4, 19.

¹³ Sobre la geografía de la Península Ibérica, vid. SCHULTEN, *Iberischen Landeskunde* 2 vol., Estrasburgo, 1955-1957; WAY&SIMMONS, *A geography of Spain and Portugal*, Londres, 1962; TOVAR, *Iberische Landeskunde: Die Völker und Städte des antiken Hispanien*, Baden-Baden, 1974-1989.

¹⁴ *Roman Spain*, cit., p. 8.

¹⁵ Cfr. RICHARDSON, *Hispania y los Romanos*, trad. esp. Barcelona, 1998, p. 40: “El primer interés que mostró Roma por la península ibérica no sería fruto de su atracción por el propio país, ni siquiera por sus recursos naturales o por sus habitantes. Los romanos se volcaron sobre Hispania debido a la presencia en ella de los cartagineses, y en particular de la familia de los Bárcidas”.

¹⁶ Cfr. HARRIS, *War and imperialism in republican Rome 327-70 BC*, Oxford, 1979, p. 205: “Spain in particular was probably regarded by Roman senators as a rich prize that could be won in a war against Carthage”; en apoyo de esta teoría imperialista, PINA POLO, “Imperialismo y estrategia militar en la conquista de Hispania Citerior (218-153 a. C.)”, en *Segeda y su contexto histórico. Entre Catón y Nobilior (195 al 153 a. C.)*, Zaragoza, 2006, p. 71: “Mientras en el Mediterráneo oriental el Estado romano actuó con cautela y prudencia, pasando en medio siglo del inicial intervencionismo a la imposición de su hegemonía y, sólo finalmente a la anexión territorial, en la Península Ibérica se condujo prácticamente desde su desembarco en Emporion en el año 218 como una potencia imperialista... En mi opinión, la

En apoyo de esta tesis, RICHARDSON¹⁷ afirma: “Spain as an area of exploitation, political or economic, seems to have been a secondary concern, compared with the presence of an expanding and potentially hostile Carthaginian dominion”. De la misma opinión, KEAY¹⁸: “Rome’s conquest of Iberia was the direct result of an epic power struggle with her old North African rival, Carthage, to control the western Mediterranean¹⁹”. A mayor abundamiento, señala SALINAS DE FRÍAS²⁰: “En el año 218 a. C., en previsión de la guerra contra Aníbal, el Senado²¹ asignó a los cónsules como *provinciae* las de Hispania y Africa y Sicilia²²”, correspondiéndole mediante sorteo Hispania a Publio Escipión y la provincia de Africa y Sicilia a Tiberio Sempronio Longo²³. Con rotundidad se expresa ROLDÁN HERVÁS²⁴, cuando afirma: “La necesidad de sustraer a Cartago

permanencia de Roma en Hispania no fue la consecuencia no planeada a priori de la victoria sobre Cartago, como se suele afirmar” concluyendo que la voluntad del Estado romano era la de establecer un dominio permanente en Hispania, seguida de una “política de anexión y explotación económica del territorio que había estado presente desde el primer momento”.

¹⁷ Hispaniae. Spain and the development of Roman imperialism, 218-82 BC, Cambridge, 1986, p. 30, en donde se refiere particularmente a la intervención en Hispania de la siguiente forma: “In the particular case of Spain, however, there is little sign that they were of much weight in shaping the actions of the senate. The possibility of rich prizes will not have been ignored, but on all the occasions when the Romans took any action, and specially over the Ebro treaty with Hasdrubal in 226, the major consideration seems to have been the possibility of war, and the importance of ensuring that when hostilities broke out, they did so at a time and in circumstances that were most favourable to the Romans”.

¹⁸ Roman Spain, cit. p. 25.

¹⁹ Hay que insistir en la idea de que el motivo del enfrentamiento continuo entre Cartago y Roma (las guerras púnicas) es que las dos pugnarón siempre por el liderazgo en el Mediterráneo occidental. Así, afirma MANGAS, Historia Universal. Edad Antigua. Roma, Barcelona, reimp. 2001, p. 102: “Nosotros sostenemos con otros muchos que la guerra era inevitable desde el momento en que tanto Roma como Cartago llevaban una política destinada al mismo objetivo de ser la única potencia hegemónica del Mediterráneo occidental y con los mismos métodos”.

²⁰ El gobierno de las provincias hispanas durante la república romana (218-27 A.C), Salamanca, 1995, p. 23.

²¹ RICHARDSON, Hispaniae, cit. p. 31: “It is no difficult to see why Spain seemed important to the senate. First, and most importantly, it was where Hannibal and his army were, and therefore where it was expected that the war would actually take place, when the embassy bearing the final ultimatum left for Carthage once the consular commands had been assigned”; cfr. Livio 21, 18, 1; Polibio, 3, 20, 6.

²² Vid. al respecto, LUZZATTO, Roma e le province I. Organizzazione, Economia, Società, Bologna, 1985, p. 47: “Il primo territorio organizzato a provincia è la Sicilia. Il trattato di pace del 241 a. C. con Cartagine obbligava quest’ultima ad evacuare la Sicilia, Lipari e le Egadi, oltre al pagamento di 3200 talenti in 10 anni e all’obbligo di rispettare Siracusa e i suoi alleati. Nel 237 l’isola veniva formalmente annessa come provincia: rimaneva indipendente una ristretta fascia orientale, comprendente Siracusa e sei città soggette alla sovranità di quest’ultima (Heloros, Nector, Akrai, Megara, Leontini, Tauromenium). Messina, la causa occasionale della guerra, conservava, come conseguenza della *deditio in fidem* al popolo romano, la condizione di città federata”.

²³ Cfr. Livio 21, 17, 1; Pol. 3, 40, 2.

²⁴ Historia Antigua de España I. Iberia prerromana, Hispania republicana y alto imperial, 2ª ed. Madrid, 2005, p. 227, en donde añade que las dificultades estratégicas romanas en Hispania, por desconocimiento del país, escasez de legionarios y problemas de avituallamiento, “obligaron desde un principio a los responsables de la guerra en la Península a presentar su acción como un deseo de liberar los territorios controlados por Cartago de un yugo impuesto por la fuerza a los indígenas, identificando así sus objetivos con los de una gran mayoría de las propias tribus peninsulares, a las que no fue difícil atraer como aliados”.

una de sus fundamentales vía de recursos como medio de neutralizar la agresión de Aníbal sobre Italia²⁵ fue el objetivo primero²⁶ de las tropas romanas al convertir Iberia en escenario de guerra, ajeno a cualquier voluntad de conquista”.

Lo cierto es que la necesidad de frenar el avance de los rivales cartagineses es sin duda el motivo principal²⁷ que provoca la decisión senatorial que supondrá una conquista²⁸, la de Hispania, llena de esfuerzo desde un principio, con múltiples batallas, insurrecciones, actividades diplomáticas y decisiones administrativas, con una duración excesiva²⁹ en el tiempo, pudiendo hablar de un periodo de casi 200 años³⁰ de sucesivas campañas militares hasta conseguir la pacificación definitiva del territorio hispano. Como declara FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.³¹: “Roma está pues presente durante seis siglos y medio en territorio peninsular: dos

²⁵ Como dice GOODFELLOW, *Roman Citizenship*, Lancaster, 1935, p. 20: “The Hannibalic War marks a change in the situation of the allies. It is true that Rome’s victory had been possible only because of the remarkable loyalty of most Italian communities”; DAHLHEIM, *Struktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts im dritten und zweiten Jahrhundert v. Chr.*, Munich, 1968, p. 111: “Vor Beginn des Ersten Punischen Krieges hat sich –um mit TH. MOMMSEN zu sprechen– die italische Wehrgenossenschaft konsolidiert”, destacando la importancia de la liga latina para la posterior hegemonía de Roma.

²⁶ Sin olvidar que lógicamente, a medida que avanzaba la conquista, el ansia de botín fue mayor. Vid. como visión, de un modo general, sobre las perspectivas de una conquista, GRUEN, “Material rewards and the drive for Empire”, en *The Impérialism of mid-republican Rome*, *American Academy in Rome*, 29, 1984, p. 59: “Conquest brought tangible benefits. The laws of war in antiquity assured and legitimized them. Expropriation of land, seizure of movable goods, imposition of monetary penalties, enslavement of the enemy went unquestioned as earned emoluments of the victor. Romans certainly never questioned them”.

²⁷ Cfr. HOMO, *L’Italie primitive et les débuts d’l’imperialisme romain*, París, 1925, p. 374, en donde afirma que la conquista de Hispania es un simple episodio de las guerras púnicas motivada por razones militares, no económicas, para cortar las bases de aprovisionamiento del ejército expedicionario cartaginés que estaba en Italia.

²⁸ LE ROUX, *Romanos de España. Ciudades y política en las provincias [siglo II A. C.- siglo III D. C.]*, trad. esp. Barcelona, 2006, p. 42: “La originalidad de la historia de la conquista hispánica radica en que tuvo lugar en los inicios de la expansión romana fuera de Italia y las islas, y en que fue diferente, en cuanto a su contexto, a las otras conquistas occidentales”.

²⁹ Vid. al respecto, ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, 1995, p. 110: “Obviamente la Romanización fue un largo proceso, desigualmente asimilado por distintos países y, dentro de ellos, por los diversos territorios y pueblos, quienes al recibir el legado romano aportaron sus propios particularismos a ese gran sistema de signo eminentemente receptivo”.

³⁰ Floro, 1, 33; ARNOLD, *The Roman system of Provincial Administration*, cit. p. 37: “On this account the Romans, having carried the war into Iberia, lost much time by reason of the number of different sovereignties, which they had to conquer one after another; in fact it was nearly two centuries, or even longer, before they had subdued the whole”; KEAY, *Roman Spain*, cit. p. 25: “The Roman conquest of Iberia is the compelling story of nearly 200 years of continuous military campaigns”.

³¹ “Observaciones acerca del tránsito de la Iberia-griega”, cit. p. 21, concretando el periodo de romanización ya en p. 20: “Se suele considerar de forma convencional el periodo de tiempo comprendido entre las fechas del 206 a. C., en el que tiene lugar el desembarco del ejército romano en Ampurias a fin de contrarrestar la ocupación cartaginesa, y el 446 d. C., año en el que el rey visigodo Eurico rompe de manera definitiva con la condición de monarca federado de Roma, que habían ostentado sus antecesores e inicia a todos los efectos el periodo de la historia de España denominado de la monarquía visigoda, el correspondiente a la conquista, colonización, romanización y provincialización del solar ibérico, que a partir de entonces se denomina hispánico por Roma”.

correspondientes³² a la conquista y pacificación y cuatro en los que se produce un proceso de integración en el aparato administrativo del Estado romano y de romanización política, cultural y jurídica³³, y si bien la asimilación de la cultura latina acabó siendo relevante en el conjunto de la geografía peninsular y especialmente profunda en las costas mediterráneas, en el valle del Guadalquivir, en el valle del Ebro³⁴ y en la provincia Bética³⁵, la prolongada y espinosa etapa de conquista” hace explicable para el autor el reflejo constante en fuentes literarias³⁶ y jurídicas de la difícil tarea³⁷ de someter a *Hispania* al dominio romano.

³² SYME, *The provincial at Rome*, Exeter, 1999, p. 53: “It is clear enough that Roman settlement in Spain had been early and intensive. Two centuries of warfare before the conquest of the peninsula was at last achieved demanded the continuous presence of legions”.

³³ Cfr. MORALES RODRÍGUEZ, *La municipalización flavia de la Bética*, Granada, 2003, p. 17, cuando señala: “La conquista romana de la Península Ibérica distorsionó la realidad indígena. El posterior establecimiento de un modelo basado en la civitas, imprescindible para el organigrama imperial, provocó profundas transformaciones, que tuvieron su proyección en el ámbito jurídico”.

³⁴ Sobre el impacto de la romanización en el valle del Ebro, SAYAS, “Conquista y colonización del valle del Ebro en época tardorrepública y Principado”, en *Teoría y práctica del ordenamiento municipal en Hispania*, cit. p. 63-64: “La romanización no es sólo un fenómeno resultante de la aplicación de una política determinada e intencionada por parte del conquistador. Es, sobre todo, un proceso dinámico en el que las costumbres, las formas de vida, los sistemas de organización política y social y las formas de explotación y disfrute de la tierra de los indígenas se hacen compatibles, al comienzo, con aquellos del conquistador, para acabar, luego, siendo asumidos en lo romano... Pero no todas las tierras y gentes de la Península Ibérica contaban... Previamente, con un alto grado de madurez y de evolución cultural que facilitase el rápido arraigo de los impulsos romanizadores... En este sentido la región del Valle del Ebro constituye un marco geográfico idóneo en el que la contemplación y valoración de las transformaciones que acompañaron a la conquista y los cambios que se originaron con el posterior establecimiento del dominio romano presentan una evidente disparidad”.

³⁵ Vid. al respecto, ROLDÁN HERVÁS, “Conquista y colonización de la Bética”, cit. p. 39, cuando a modo de conclusión afirma: “En cualquier caso, César sentó las líneas sobre las que se desenvolvería el programa colonizador de las provincias de Hispania a lo largo del Imperio, apenas rectificadas, si no es en una mayor ampliación, por Augusto, siguiendo precisamente las directrices del dictador. Los territorios situados fuera de la línea de colonización propuesta por César nunca llegarían a integrarse por completo en las formas de vida romanas y, con ello, la Península quedó para siempre enmarcada en dos ámbitos muy distintos: el colonizado romano de la Bética, con cuña lusitana, la costa oriental y el Valle del Ebro, por un lado; el sometido, simple fuente de explotación y mucho menos urbanizado, con el resto de la Península, por el otro”, resaltando la región bética con respecto a los otros territorios hispanos, que será elevada al estado de derecho por Augusto al crear la provincia Baetica como provincia senatorial, y como una de las más romanizadas de todo el Imperio Romano.

³⁶ Strab. 3, 4, 5; Vell. 2, 90.

³⁷ Vid. al respecto, REID, *The municipalities of the Roman Empire*, Cambridge, 1913, p. 229: “The long, slow, laborious conquest of Spain placed a severe strain on the resources of the Roman Republic, and its completion was the severest task of Augustus during the early years of his ascendancy”.

La presencia romana en España³⁸ se inicia, por lo tanto, con el desembarco del ejército romano en Ampurias³⁹ en otoño⁴⁰ del año 218 a. C.⁴¹, siguiendo las instrucciones del Senado que habían asignado *Hispania* como *provincia*⁴² a Publio Escipión en marzo de ese mismo año⁴³, quien -ante el rápido avance de Aníbal⁴⁴ que suponía un grave peligro para Italia⁴⁵- decide unirse a las tropas destinadas en la Galia Cisalpina al mando del pretor Lucio Manlio, siendo su hermano Cneo quien se dirige con la mayor parte del ejército a *Hispania*⁴⁶. La naturaleza

³⁸ Como consecuencia directa de la Segunda Guerra Púnica, que se desencadenó por el sitio a la ciudad de Sagunto (219-218), realizado por Aníbal (hijo de Amílcar). Sagunto no estaba protegida por el tratado de 226 (por su situación geográfica al sur del Ebro) pero había pedido auxilio a Roma, y como dice CURCHIN, España Romana, trad. esp. Madrid, 1996, p. 40: “La respuesta de Roma fue desmesuradamente tardía... Sólo cuando la ciudad cayó, Roma declaró la guerra a Cartago y organizó una expedición”.

³⁹ Como introducción general, MARCET/ SANMARTÍ, Empúries, Barcelona, 1990; con respecto a su etimología, RICHARDSON, Hispania y los Romanos, cit. p. 21: “El propio nombre de la ciudad griega de Emporion significa « emplazamiento mercantil »”; recientemente, BURILLO MOZOTA, “Oppida y ciudades estado del Norte de Hispania”, en Segeda y su contexto histórico, cit. p. 38: “Los focenses fundaron la colonia de Massalia hacia el 600 y estos massalios el puerto comercial de Emporion hacia el 575, sobre un antiguo asentamiento indígena... Emporion fue la primera ciudad que acuñó monedas en toda la península Ibérica, a mediados del siglo V... En el año 219 los cartagineses atacan Saguntum. Al año siguiente, el ejército romano desembarca en Ampurias convirtiendo este oppidum, en cabeza de puente y el NE de la península en territorio aliado”.

⁴⁰ Aunque comúnmente aceptada tal estación del año como la del desembarco de las tropas romanas, vid. ROLDÁN HERVÁS, Historia Antigua de España, cit. p. 220: “Fue Emporion (Ampurias) la base del desembarco, que se realizó a fines del verano del 218”.

⁴¹ Vid. al respecto, BLÁZQUEZ, “Relaciones marítimas entre Hispania y las regiones del Mediterráneo”, cit. p. 177: “Las principales bases navales de los romanos eran Ampurias (Pol. 3, 76) y Tarraco (Liv. 21, 61). En la primera ciudad desembarcaron los Escipiones en el año 218 a. C. La ciudad era colonia griega y aliada de Roma en la lucha contra Cartago (Pol. 3, 76; Liv. 21, 60). La primera escuadra romana que llegó acá fue precisamente destruida por Asdrúbal que la sorprendió descuidada en la costa”.

⁴² RICHARDSON, Hispaniae, cit. p. 31: “Spain, along with Africa-with-Sicily, the other provincia named at this time, were to be the places within which the consuls were meant to exercise their imperium. The naming of these provinciae was a essential step in the prosecution of the war, not a territorial claim”.

⁴³ RICHARDSON, The Romans in Spain, cit. p. 9: “When the Roman senate first assigned Hispania as a provincia in March 218 B.C....”.

⁴⁴ Sobre la figura de Aníbal, y una descripción detallada de la segunda guerra púnica: LAZENBY, Hannibal's War, Warminster, 1978, passim.

⁴⁵ Incluido el retraso forzado por el reclutamiento de tropas y por tener que sofocar los ataques de los galos a las colonias latinas del norte de Italia; Polibio 3, 40; Livio 21, 25, 1-26, 4.

⁴⁶ Cfr. Polibio 3, 41, 4-8; 3, 49, 1-4; Livio 21, 26, 3-5; 21, 32, 1-5; según PINA POLO, “Imperialismo y estrategia militar en la conquista de Hispania Citerior”, cit. p. 72: “En la práctica, el primer gran objetivo del ejército romano que desembarcó en Emporion en el año 218 fue restablecer la frontera fijada en el año 226”, es decir, en el llamado “tratado del Ebro” firmado por el Estado romano con Asdrúbal en representación de Cartago, en el que se señalaba un límite septentrional al avance cartaginés en la Península Ibérica, identificado probablemente con el río Ebro (Iber) de acuerdo con Polibio 2, 13, 7, Livio 21, 2, 7, y Apiano, Iber. 7, que fue transgredido por los cartagineses, llegando a afirmar en p. 71: “En realidad, el llamado “tratado del Ebro” del año 226 debe ser visto ya, desde mi punto de vista, como un claro anuncio de la voluntad anexionista de Roma en Hispania”, tesis que consideramos alejada de la realidad de aquel momento histórico.

del mandato recibido por Cneo escipión no está claro, ya que mientras unos, como RICHARDSON⁴⁷, lo consideran un *imperium pro praetore*, otros, como JASHEMSKI⁴⁸ o SALINAS DE FRÍAS⁴⁹, estiman que Cneo fue considerado un *legatus pro consule*⁵⁰, siendo él mismo un *privatus cum imperio*.

En este momento histórico, no podemos inferir el significado de dicho término como equivalente al de una circunscripción territorial determinada, concepto más evolucionado que se implantará posteriormente⁵¹. En una primera etapa su acepción original debe entenderse como un encargo a un magistrado *cum imperio*⁵², y el conjunto de competencias otorgadas al mismo, como elementos sustanciales del término *provincia*. Sobre la evolución⁵³ del significado de *provincia* se pronuncia LUZZATTO⁵⁴, aclarando su primera y primaria concepción: “Esso indicava infatti originariamente la sfera di competenza esclusiva di un magistrato⁵⁵, sia in Italia che fuori. È in tal senso che le fonti ci parlano p. es. di una provincia *Samnium* o *Etruria*, oppure di una provincia *urbana* o *peregrina*⁵⁶ per designare rispettivamente la sfera di competenza del pretore urbano o peregrino⁵⁷”. Como apoyo argumental

⁴⁷ The Romans in Spain, cit. p. 36: “Throughout the period from 218 to 206 the senate seems to have allocated the single provincia of Hispania to a single consular or proconsular commander, with the exceptions of the disastrous joint command of the Scipio brothers in 212/211 and the sending of C. Nero pro praetore in the latter part of 211”.

⁴⁸ The origins and history of the proconsular and the propraetorian imperium to 27 B.C., Roma, 1966, p. 22-24.

⁴⁹ El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 24, en donde destaca varios hechos a favor de esta hipótesis: 1º, que su hermano Publio le confió el ejército consular, “y cuando al año siguiente éste fue destinado a Hispania como procónsul, Cneo no depuso su actividad sino que compartió con él el imperium”. 2º, que en el 216 ambos hermanos se repartieron las fuerzas, quedando Cneo al mando de las de tierra y Publio con las de mar. 3º, Livio 25, 32, 1, llama a los dos imperatores (Mommsen creía que esto era un error, pero explicable porque en el año 212 el senado al dividir Hispania en dos provincias, había asignado cada una a uno de los dos hermanos). Si Publio Escipión era desde el 217 procónsul y ahora su hermano estaba en la misma posición, “hay que concluir que el imperium de Cneo Escipión era proconsular y, puesto que desde el 222 en que había ejercido el consulado no había vuelto a ocupar otra magistratura, jurídicamente él era un *privatus*”.

⁵⁰ Como su hermano Publio, que tenía el título de procónsul, en palabras de ROLDÁN HERVÁS, Historia Antigua de España, cit. p. 220.

⁵¹ Vid. al respecto, Thesaurus l.l. 10, 2, fasc. 15, col. 2332, en cuanto a su significado de origine: Pavl. Fest. p. 226 provinciae appellantur, quod populus Romanus eas provicit, id est ante vicit.

⁵² Oxford Latin Dictionary, Oxford, 1968, p. 1506, s.v. provincia-ae: “1. The special function or task assigned to a magistrate, originally one holding imperium”.

⁵³ Vid. al respecto, HERMON, “L’importance de la titulature des gouverneurs provinciaux pour le concept d’Empire pendant la République”, en IVRA 34, 1983, p. 75 : « Du même coup on est mis devant l’évidence de l’évolution du concept de provincia qui échappa au cadre normatif des institutions annuelles, tel qu’il se dessina aux débuts de l’administration provinciale, évolution qui étoffa et diversifia le pouvoir des hommes en vertu de leur imperium. Il s’agit en fait d’un rapport de dépendance provincia-imperium qui reste à l’origine de l’empirisme du moins apparent du gouvernement provincial derrière lequel pourrait se cacher un système conceptuel cohérent ».

⁵⁴ Roma e le Province, I, cit., p. 26.

⁵⁵ De la misma opinión, SALINAS DE FRÍAS, El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 23.

⁵⁶ Cic. Pro Murena 20, 42; Livio 39, 45.

⁵⁷ Vid. al respecto, DAUBE, “The peregrine Praetor”, en JRS 41, 1-2, 1951, p. 67: “Then the peregrine

nos ofrece los siguientes ejemplos que demuestran la imprecisión originaria⁵⁸ del término *provincia*: “Una conferma del significato originario della provincia, intesa come sfera di competenza generica, e insieme dell’incertezza della definizione di essa, ci è data dai ripetuti episodi di magistrati che esorbitavano dai propri limiti interferendo nelle sfere dei colleghi⁵⁹. Tale il caso di Cn. Manlio Vulsone, che nel 189 attaccò i Galati di propria iniziativa e poté chiedere il trionfo; o di M. Popilio Lenate, che nel 173 mosse arbitrariamente guerra agli Stazielli, o di Appio Claudio Pulcro, che nel 143 attaccò senza autorizzazione i Salassi”.

Sólo con el tiempo asistiremos al cambio de la acepción de *provincia* como esfera de competencia de un magistrado, para identificar tal término con el territorio⁶⁰ en el cual se ejerce dicha competencia, que es la acepción comunmente aceptada y así identificada por todos⁶¹. Para LUZZATTO⁶² estamos ante una etapa de incertidumbre en cuanto al significado de *provincia*, y en todo lo que concierne

praetorship was established, at a time when Rome acquired, or was about to acquire, the first provinces, Sicily and Sardinia... But the Romans of the third century B.C. were no doctrinaires. It would not be surprising if, for the time being, they had left the urban praetor in undisturbed exercise of jurisdiction where a peregrine sued, or was sued by, a citizen. We have argued above that quite probably this is what they did”.

⁵⁸ HERMON, “L’importance de la titulature des gouverneurs provinciaux”, cit. p. 77 : « A partir de 241 avec la création de la province de Sicile, la double nature de la provincia –sphère d’action militaire et district territorial permanent- influence sur la nature de l’imperium des magistrats et des promagistrats en opérant une distinction précise de leur tâche. En fait, en 227, avec la création des nouveaux préteurs assignés aux deux districts territoriaux existant alors –la Sicile et la Sardaigne- la magistrature annuelle de préteur fut assignée à l’administration de ces territoires. La signification de l’acte de 227 semble évidente : seul l’imperium d’un préteur est associé à l’acception territoriale de la provincia tandis que l’imperium consulaire et celui de la promagistrature en général restent associés à son acception militaire. Cette distinction entre les divers imperia est d’ailleurs confirmée par la pratique assez régulière d’assigner ces deux territoires à des préteurs annuels ».

⁵⁹ Cfr. RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 54-55, en donde expone de forma detallada numerosos casos de magistrados que no respetaron los límites provinciales, por diversos motivos, principalmente bélicos.

⁶⁰ Oxford Latin Dictionary, cit. p. 1506, s. v. provincia~ae, como tercer significado del término: “A territory outside Italy under the direct administration of a governor from Rome, a province”; Th. L. I. cit. col. 2334, en cuanto al significado metonímico, dice en su apartado II: de imperii Romani partibus (sc. Inde a Sicilia capta) ita constitutis, ut in perpetuum a magistratu Romano regerentur.

⁶¹ Vid. al respecto, RICHARDSON, “The administration of the Empire”, en *The Cambridge Ancient History*, 2ª ed., vol. 9, p. 567: “The naming of an area as a provincia did not necessarily result in its immediate annexation. A similarly ambiguous pattern may be seen in the case of the Spanish provinciae. In 218 Hispania was named as the provincia of the consul P. Cornelius Scipio, but, as with the first allocation of Macedonia, there is no suggestion that this was understood to be a claim to sovereignty over the area... For a decade after the successful expulsion of the Carthaginians from the peninsula in 206 by Scipio’s son, the later Africanus, the Senate seems to have doubts even about continuing the Roman military presence there. Still less is there any sign of the establishment of ‘provincial administration’”.

⁶² *Roma e le Province*, cit. p. 27.

⁶³ Livio 25, 32, 1-36; Pol. 8, 38; Ap. Ib. 16 ss.; Silio It. Pun. 13, 382; Eutropio 3, 14; vid. al respecto, SALINAS DE FRÍAS, *El gobierno de las provincias hispanas*, cit. p. 26: “Aunque las fuentes romanas, especialmente Tito Livio, responsabilizan de la derrota a los mercenarios celtibéricos de los romanos, que habrían vendido su neutralidad a los cartagineses favoreciendo de esta manera la derrota de Cn. Escipión y luego la de su hermano, lo cierto es que la decisión de dividir las fuerzas romanas y actuar separadamente contra los

a los criterios de organización de la misma, situación que se prolonga hasta la reforma de Cayo Graco y Sila, época en la que la administración provincial adquiere un coherencia que se puede considerar como permanente y definitiva.

Después de la derrota de los Escipiones⁶³, los *comitia*⁶⁴ de Roma confieren el *imperium proconsulare* a Publio Cornelio Escipión, hijo del procónsul Publio Escipión -muerto en el 211- de forma extraordinaria⁶⁵, ya que además de tener sólo 25 años de edad, no había desempeñado previamente, a diferencia de su padre, ninguna de las magistraturas principales y menos aún el consulado. Así, en el año 210 es enviado a Hispania conjuntamente con M. Junio Silano⁶⁶ como *propraetor*⁶⁷ *adiutor ad res gerendas*⁶⁸, con 10.000 infantes y mil jinetes,

cartagineses se reveló como un error desastroso que no sólo terminaba con la vida de los dos generales sino que borraba de un solo golpe los progresos de los romanos al sur del Ebro”; sobre el desarrollo de este episodio, CURCHIN, España Romana, cit. p. 41: “Ansiosos de conservar su poder en Hispania y de contener al ejército romano, los cartagineses no sólo suministraban refuerzos a Asdrúbal sino que en 215 le enviaron un nuevo ejército para tener sujeta a Hispania mientras Aníbal conducía sus fuerzas en Italia. Los Escipiones frustraron este movimiento aplastando al ejército de Asdrúbal en una batalla campal junto al Ebro, que tuvo la ventaja adicional de ganarse la lealtad de los hasta entonces desconfiados hispanos”, suponemos que por el abandono de los romanos a Sagunto. Lo cierto es que poco después, en el verano de 211, los Escipiones deciden imprudentemente poner fin a la guerra en Hispania y derrotar a los tres ejércitos púnicos. Lo malo del plan es que dependía de la lealtad de los 20.000 hispanos al servicio de Roma, y algunos fueron sobornados (los celtíberos del ejército de Cneo) por lo que el jefe romano se vio superado en número. Así, Publio quedó entre dos frentes, la caballería nómada y el grueso del ejército cartaginés. Roma perdió a los dos generales y todo el territorio del sur del Ebro.

⁶⁴ Livio 26, 18, 7-11; Pol. 10, 6, 10; Ap. Iber. 18; vid. al respecto, KNAPP, Aspects of the Roman Experience in Iberia 206-100 B.C., Valladolid, 1977, p. 89-90, en donde supone que la plebe debió convocar los comicios curiados para aprobar una *lex curiata* de imperio específica para Escipión, ya que éste no había desempeñado antes ninguna magistratura *cum imperio*.

⁶⁵ RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 34: “Aquel nombramiento, rayano en la inconstitucionalidad, debió de ser fruto del tremendo apoyo político con el que contaba la idea de enviar a otro miembro de la familia de los Escipiones al teatro de operaciones de Hispania. Da la impresión de que el senado se dio cuenta de los riesgos que implicaba aquella decisión, tomada en una de las asambleas del pueblo”.

⁶⁶ RICHARDSON, *ibid*: “Entre los miembros del estado mayor de Escipión se incluyó a M. Junio Silano, que al menos había llegado a pretor”.

⁶⁷ Cfr. JASHEMSKI, The origins and history of the proconsular, cit. p. 25-26, en donde cree que el *propraetor* M. Junio Silano fue enviado también con *imperium proconsulare*, al mismo nivel que Publio Cornelio Escipión; contra, KNAPP, Aspects of the Roman Experience, cit. p. 91.

⁶⁸ Livio 26, 18, 19; la realidad es que los relatos de Livio no resultan nada exactos, opinión casi unánime dentro de la doctrina, pudiendo destacar: SALINAS DE FRÍAS, El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 27: “La cronología de los acontecimientos entre el 211 y el 208 a. c. en Livio, especialmente en lo que respecta a la elección y duración del mandato de los magistrados en Hispania, es sumamente confusa; y el mismo Livio menciona varias veces las contradicciones existentes en sus fuentes. Livio ha retrasado probablemente en un año los acontecimientos, de manera que sitúa la conquista de Cartagena por Escipión en el 210 y no en el 209 a. c. , como hace con mayor exactitud Polibio, por la sencilla razón de que él no puede creer que Escipión estuviese un año en Hispania sin hacer nada. La misma elección de Escipión fue extraordinaria y Livio probablemente tampoco está en lo cierto cuando sitúa la misma en el seno de los *comitia centuriata* y no de los *comitia tributa* o *concilia plebis*, como parece lo más probable”; RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 34, cuando en relación a la utilización de Livio del término *propraetor* referido a M. Junio Silano, declara en n. 70: “La palabra *propraetor* es sin duda un anacronismo, pues aparece por primera vez a finales del siglo I a. C., pero la noticia en sí probablemente sea verídica”.

un ejército consular, más 30 naves, sumándole además otros efectivos dentro de los hispánicos⁶⁹. Aprovechando que los ejércitos púnicos estaban operando separadamente, Escipión⁷⁰ los sorprendió marchando en siete días desde el Ebro vigilado por Silano- hasta su principal base en Levante, Cartago Nova⁷¹, con éxito absoluto⁷² no sólo en el ámbito militar⁷³ al disponer ahora de una base firme en el sur de la Península desde donde poder operar- sino incluso en el político, por la habilidad de Escipión al devolver los rehenes indígenas que tenían los cartagineses, atrayendo así a su causa a muchas tribus hispanas⁷⁴. Finalmente, la batalla de *Gades*⁷⁵ en el año 206 suponen el fin del dominio cartaginés en la

⁶⁹ Vid. sobre las tropas, Livio 26, 19, 10-11.

⁷⁰ Polibio 10, 6, 1-12, en donde Escipión pronuncia un discurso antes de emprender el ataque de Cartago Nova, con los objetivos de los romanos en la guerra de Hispania; Sobre la parquedad de datos suministrada por Polibio con respecto a la conquista de Hispania, vid. HARRIS, "The Italians and the Empire", en *American Academy in Rome*, cit. p. 89: "Polybius underestimated two basic facts about the Roman imperialism of his time, one of them being the conquest of Spain, the other being "the Roman organization of Italy"? About the significance of the undoubted shortage of references to Spain in the extant fragments of Polybius it would be possible to argue; after all Polybius thought it worthwhile to visit Spain during the composition of his history, and beyond much doubt his work contributed a good deal, directly or indirectly, to the quite detailed narrative in Appian's *Iberike*. Perhaps chance or Byzantine copyists are responsible for the shortage of Polybian material on Spain".

⁷¹ Polibio 10, 7, 3-5.

⁷² Polibio 10, 9, 15; Livio 26, 42-46.

⁷³ Vid.al respecto, BLÁZQUEZ, España Romana, Madrid, 1996, p. 104. "La caída de la gran ciudad de Cartagena significaba la pérdida para los cartagineses de la mejor base naval de Hispania (Pol. 10, 7) , de las vecinas minas de plata y de las explotaciones de esparto, tan necesarias ambas para sustentar el ejército y la escuadra. De hecho Aníbal en Italia, después de la caída de Carthago Nova y de la derrota de su hermano en Metauro, prácticamente se mantiene a la defensiva"; sobre la batalla de Metauro en el 207, en el norte de Italia, en la que resultó vencido Asdrúbal, Livio 28, 42, 14, en un discurso atribuido a Quinto Fabio Máximo, critica la negligencia de Escipión –quien, al margen de una nueva victoria en Baecula en el año 208 a. C, que coloca a los romanos en una posición de claro dominio en la Alta Andalucía, y especialmente los recursos mineros del Saltus Castulonensis- al no dejar bien protegida la ruta de los Pirineos, ya que si la batalla de Metauro hubiese tenido un resultado distinto, el ejército de Aníbal se hubiera reforzado de forma considerable.

⁷⁴ Tal acontecimiento viene reflejado en las fuentes literarias: Polibio 10, 34, 35; Livio 27, 17, 1-3; en este sentido, RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 36: "Más significativo aún para los esfuerzos bélicos sería el efecto que este éxito romano tendría sobre los diversos pueblos peninsulares. A su regreso a Tarragona, Escipión se entrevisto con un caudillo español llamado Edescón y poco después vinieron a su encuentro otros dos, Indibil y Mandonio, de la importante tribu de los ilergetes, oriunda del valle del Ebro", pudiendo resaltar las palabras de Richardson en relación a la proclamación como rey de Escipión hecha por los caudillos hispanos posterior a la batalla de Baecula: "Escipión desestimó graciosamente su aclamación y, con la esperanza de mostrar su carácter regio, solicitó que lo nombraran su general (imperator). Aquel gesto habría de tener una importancia inmensa en el futuro, pues parece ser el origen de la proclamación de los generales victoriosos como imperatores, título que acabaría convirtiéndose en la designación de los emperadores de Roma".

⁷⁵ Livio 28, 36-37.

Península Ibérica y el principio de una administración permanente en la provincia⁷⁶ denominada *Hispania*. Según SCHULTEN⁷⁷, la división de las dos provincias⁷⁸ existía ya desde el año 206⁷⁹, ya que entonces aparecen los dos procónsules por primera vez, aunque no se haga efectiva hasta el año 197. Aquí podemos ver de forma clara las intenciones de los romanos de permanecer en nuestro territorio, ya que después de combatir la amenaza de los cartagineses, bien podía el Senado romano ordenar la retirada de las tropas de *Hispania*, dejando de denominarla como *provincia*, pero los actos no sucedieron así⁸⁰. Por primera vez se asignan dos gobernadores para *Hispania*, L. Cornelio Léntulo y P. Manlio Acidino⁸¹, y tanto ellos como los que les sucedieron estuvieron con mando prorrogado durante años, con *imperium pro consule*⁸², a pesar de que, como en el caso de Publio Escipión, casi ninguno era pretor y por tanto ninguno había alcanzado el consulado. Con respecto a la importancia de esta fecha, dice CURCHIN: “The first known Spanish magistrates make their appearance in 206 BC, in the context of the Second Punic War. In that year the Roman commander P. Cornelius Scipio captured Castax

⁷⁶ Nos parece arriesgado el planteamiento de SALINAS DE FRÍAS, El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 25, cuando declara: “En el reparto de las provincias y las legiones para el 212 Livio menciona que a Publio y Cneo Escipión se les prorrogó el mando sobre las Hispaniae. Es esta la primera vez que se mencionan en plural y que tenemos constancia de la existencia de dos provinciae en la Península Ibérica. Puesto que el mandato del Senado establecía la prórroga, ello significa que ya al menos en 213 existían ambas provincias y que el imperium de Cneo Escipión no era una mera delegación del de su hermano”; contra, RICHARDSON, Hispania y los Romanos, cit. p. 38: “Durante el período que va de 218 a 206, parece que el senado adjudicó la provincia de Hispania, que constituía una sola demarcación, a un único general de rango consular o proconsular, con las únicas excepciones del desastroso mando conjunto de los Escipiones en 212/211 y el envío de C. Nerón como propretor a finales de 211”.

⁷⁷ Fontes Hispaniae Antiquae 3, Barcelona, 1935, p. 174.

⁷⁸ Livio 32, 28, 2.

⁷⁹ En esta fecha parece deducirse de diversas fuentes literarias que los indígenas no creían que los romanos fueran a permanecer en la península, una vez expulsados los cartagineses: Livio 28, 24;; 28, 25, 11; 28, 26, 4; 28, 31-34; App. Iber. 37; craso error, porque en el año 206 éstos ya no pensaban abandonar Hispania, conquistada ya Sicilia y Cerdeña.

⁸⁰ Publio Escipión regresó a Roma solicitando un triunfo que le fue denegado, con el argumento de que no había desempeñado previamente ninguna magistratura mayor. Con todo, fue elegido cónsul para el año siguiente, el 205; vid. al respecto, RICHARDSON, “The triumph, the praetors and the senate in the early second century BC”, en JRS 65, 1975, p. 50-63; sobre el decorrer posterior de Escipión, KEAY, Roman Spain, cit. p. 29: “Scipio returned to Rome, where he was elected to carry the war against Hannibal to Africa. He eventually defeated him at Zama in 202 BC., earning the name of Scipio Africanus”.

⁸¹ Vid. con respecto a la posibilidad de que existieran dos provincias antes del año 197 a. C.: RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 47: “El hecho de que existieran dos individuos con imperium pro consule en la península al mismo tiempo quizá indique que desde el principio existieron dos provinciae; pero también podría ser consecuencia de la actitud de los autores de época posterior, que proyectaban a aquella época una situación habitual desde el año 197. Puesto que los generales que sucedieron a Léntulo y Acidino tuvieron, al parecer, provinciae distintas, puede ser que el senado cambiara de idea a este respecto a medida que fue cambiando el carácter de las campañas en las que se vio envuelta Roma”.

⁸² Cfr. Plutarco, Emilio Paulo 4, 1; JASHEMSKI, The origins and history of the proconsular, cit. p. 40-47.

(Castulo) in southeastern Spain and appointed one of its leading citizens, a man of high repute, as a *de facto* magistrate”.

De este modo, asistimos al nacimiento de las provincias hispanas en el año 197 a. C.⁸³, como dice Livio⁸⁴: *crescentibus iam provinciis et latius patescente imperio*, siendo destinados a las dos *provinciae* de nueva creación⁸⁵, Citerior y Ulterior⁸⁶, dos pretores⁸⁷, C. Sempronio Tuditano y M. Helvio. Por vez primera dos magistrados⁸⁸ regulares con *imperium* cumplirían su año de mandato en

⁸³Vid. al respecto, ARNOLD, *The Roman System of Provincial Administration*, cit. p. 47: “The next provincial governments were Hither and Further Spain, which were established in the year 197 B. C. Experience had taught the Romans the mistake of annual governorships in such a country as Spain, and a special law had assigned two years of office to the praetors sent to that country”; sobre esta ley, la *lex Baebia*, vid. Livio, 40, 44: *Praetores quattuor post multos annos lege Baebia creati, quae alternis quaternos iubebat creari*; SALINAS DE FRIAS, *El gobierno de las provincias hispanas*, cit. p. 42: “La *lex Baebia* de praetoribus, propuesta probablemente por el cónsul de 181 a. C. M. Baebius Tamphilus. Livio se refiere de pasada a ella cuando habla de las elecciones de los pretores para el 179, diciendo que en dicho año se eligieron únicamente cuatro pretores, según lo dispuesto por la *lex Baebia*, que establecía que debía elegirse cuatro pretores en años alternos. Si tenemos en cuenta que desde el 188 aproximadamente era normal que los pretores hispanos prorrogasen por un año su mandato en la provincia, la necesidad de elegir seis pretores al año, como se venía haciendo desde 197 para abastecer los dos gobiernos provinciales de Hispania, era una necesidad que sólo se presentaba en años alternos”.

⁸⁴32, 27, 6.

⁸⁵LUZZATTO, *Rome e le province*, cit. p. 58: “Le due Spagne (Citeriore e Ulteriore) vennero organizzate a province nel 197 a. C. Anche in questo caso, passa oltre un ventennio (dal 218 al 197) fra l’ingresso dei Romani nella penisola e la redactio in formam provinciae. La spiegazione è data dalle necessità della guerra, dapprima contro Cartagine, e successivamente, estromessa quest’ultima nel 206 a. C., ed anche formalmente col trattato del 201, per la sottomissione degli indigeni; sottomissione che si protrarrà attraverso un seguito di guerre spesso gravoso per circa due secoli, fino alla definitiva occupazione dell’intera penisola nel 17 a. C.”.

⁸⁶Cfr. RODRÍGUEZ ENNES, *Gallaecia: Romanización y ordenación del territorio*, Madrid, 2004, p. 29: “Tras la conquista militar y la sumisión consiguiente, Roma procedía a ordenar jurídicamente el distrito mediante una ley de provincia (*lex provinciae*)... El texto de nuestra *lex provinciae* no nos es conocido, pero cabe observar que desde el 197 a. C. los territorios peninsulares no constituían ya una única provincia sino dos —la Citerior y la Ulterior—...”.

⁸⁷No existe unanimidad en la doctrina en lo que se refiere a la denominación de los magistrados provinciales hispanos, ya que Livio los llama indistintamente praetores, propraetores, o proconsules. Para MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht II*, Leipzig, 1887-89, p. 647, n. 2, era posible que todos los pretores enviados a Hispania tuviesen el imperio proconsular; contra, WILSDORF, en *Fasti Hispaniarum Provinciarum*, Leipzig, 1878, p. 68 ss. que nombra como praetor proconsule sólo a algunos, entre todos los que las fuentes, como Livio, daban como procónsules; GOTZFRIED, en *Annalen der römischen Provinzen beider Spanien von der ersten Besetzung durch die Römer bis zum letzten grossen Freiheitskampf*, 218-154, Erlangen, 1907, acepta la tesis de Wilsdorf, aunque nos proporciona una lista diferente; la teoría más interesante nos la brinda JASHEMSKI, *The origins and history of the proconsular*, cit. p. 51-57, en donde afirma que Livio usa la palabra praetor cuando se refiere a la elección de gobernadores provinciales. La palabra propraetor se utiliza cuando su imperium es prorrogado, y cuando Livio se refiere al proconsul, es en virtud de la naturaleza del imperium que ejercen.

⁸⁸Sobre los que sugiere RICHARDSON, “The administration of the Empire”, cit. p. 567: “Although two additional were elected each year from 196 onwards with the needs of Spain in mind, there was no systematic organization even of relationships with the local communities for nearly thirty years”.

la Península⁸⁹, frente a los encargos irregulares y extraordinarios con los que hasta ese momento se había resuelto el problema de los mandos en *Hispania*⁹⁰. La importancia de este incremento de magistrados⁹¹ reside en el cambio que se produjo en la estructura de la política romana en general. A partir de la elección de seis pretores al año⁹² fue posible exigir a los candidatos al consulado haber desempeñado previamente la pretura⁹³, aunque tal requisito no se plasme hasta la *lex Villia annalis* de 180.

El motivo de dividir *Hispania* en dos provincias bien pudiera ser la curiosa configuración del territorio romano en España⁹⁴-la franja costera desde los Pirineos a Cádiz- o la necesidad de contar con un gobernador que tratase con las tribus rebeldes del Norte como los ilergetes y sedetanos- y para mantener segura a Andalucía frente a posibles incursiones púnicas. Incluso factores políticos internos⁹⁵, como el deseo de frenar la influencia de la *gens Cornelia* en España, eligiendo a partir de ahora a los gobernadores en los comicios por centurias, marco acostumbrado de las magistraturas ordinarias, y por tanto no susceptible

⁸⁹ Vid. al respecto, RICHARDSON, *Hispaniae*, cit. p. 67, en donde establece las diferencias entre el procedimiento empleado en España, y el utilizado en Sicilia, Cerdeña/Córcega: “This is a different procedure from that used at the same time in the other areas in which there was a continuous Roman presence, that is Sicily and Sardinia/Corsica. In both these areas there was a succession of commanders with praetorian imperium from 227, with a consular commander in Sicily when the importance of the war there demanded it. In the 30 years from 227 to 198, these were all men who had been elected praetor or consul, and, when necessary, had their imperium prorogued after their year of office. This was not true of Spain from 210 to 198”.

⁹⁰ Cfr. ROLDÁN HERVÁS, *Historia antigua de España I*, cit. p. 229.

⁹¹ Seguramente revestidos con un imperium proconsular; vid. al respecto, HERMON, “L’importance de la titulature des gouverneurs provinciaux”, cit. p. 80: “Cependant l’imperium des préteurs annuels ne suffit plus pour le gouvernement des deux nouvelles provinces car on leur accorda pour la circonstance un imperium proconsulaire. On accepte généralement que tous les gouverneurs prétoriens des provinces espagnoles puissent être désignés sous le titre de praetor proconsule... ».

⁹² RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 52: “Como es habitual en la historia de las instituciones romanas, en cuanto fue instaurado el nuevo marco institucional empezó a ser modificado. El nombramiento de los pretores sugiere que la sucesión en el gobierno de las nuevas provinciae debía producirse anualmente, de acuerdo con el carácter anual de las propias magistraturas. Y así ocurrió de 197 a 193... Hacia 192, sin embargo, la política había cambiado ya, en un principio debido a la presión que suponía la necesidad de generales para la guerra de Oriente contra Antíoco. Al término de este conflicto, hubo en 189 un breve intento de introducir de nuevo el modelo anual, pero, salvo esa única excepción, todos los generales enviados a España desde 192 hasta finales de la década de los setenta permanecerían en su cargo más de un año”.

⁹³ Vid. al respecto, ASTIN, “The *lex annalis* before Sulla”, en *Latomus* 16, 1957, p. 588-613, y 17, 1958, p. 49-64, en donde defiende la existencia de una disposición que reglamenta la elección a cónsul entre los antiguos pretores desde el año 197, aunque no exista un testimonio directo que avale su tesis.

⁹⁴ Cfr. CURCHIN, *España Romana*, cit. p. 45.

⁹⁵ ROLDÁN HERVÁS, *Historia Antigua de España I*, cit. p. 230: “Así pues, numerosos elementos –factores políticos internos, precavida actitud hacia Cartago e inseguridad en el ámbito provincial- vinieron a coincidir en la definitiva transformación de los territorios peninsulares en dos zonas distintas de intervención militar, encomendadas a sendos pretores”.

de manipulación, como sucedía en la elección hasta el momento realizada⁹⁶ en los *comitia tributa*, más manejables⁹⁷. Con todo, tal división no prefijaba los límites, aun más, se encargó a los primeros pretores la tarea de fijar el *limes* de cada *provincia*, que según fuentes posteriores se estableció al sur de *Carthago Nova* llegando al *Saltus Castulonensis*⁹⁸. Al respecto dice KEAY⁹⁹: “The province of Hispania Citerior comprised the east coast between Carthago Nova and the Pyrenees, and included the inland territory of the Ilergetes and the Ausetani. Tarraco was its principal military base, but there were additional garrisons at towns like Carthago Nova and Castulo. There was probably one at the supply-base at Emporion too”.

En este momento histórico, las diferentes comunidades indígenas tenían asimismo diversas formas de organización. Según LUZZATTO¹⁰⁰, Roma se encontró en territorio hispano con una organización indígena totalmente particular: “A differenza della Sicilia, nella quale Roma viene a contatto con la città-stato di tipo greco, e della Sardegna, nella quale la penetrazione punica sembra aver dato origine, quanto meno lungo le coste, a diverse organizzazioni cittadini, nelle due Spagne la nozione della *civitas* come ente politicamente organizzato sembra essere stata del tutto eccezionale, e limitata alle colonie greche di fondazione marsigliense (*Emporiae Rhosos*, forse Sagunto) e a città di fondazione fenicio-cartaginesa quali *Gades* e *Carthago Nova*”. MANGAS¹⁰¹, sin embargo, advierte una similitud mayor entre las ciudades romanas y las que existían en suelo hispano, cuando señala que “se encontraban ya auténticas ciudades,¹⁰² equivalentes a las *civitates* romanas, en Ampurias y Rosas, así como en las colonias fundadas por los fenicios y púnicos (se destacan *Gades*¹⁰³, Cádiz, *Malaca*, Málaga, *Sexi*, Almuñécar, *Adra*, Abdera, *Carthago Nova*, Cartagena, y *Ebusus*, Ibiza)”, mientras

⁹⁶ Vid. al respecto, RICHARDSON, *Hispaniae*, cit. p. 65: “In 201, as Lentulus and Acidinus had been there for some years, the senate instructed the consuls to refer the matter to the tribunes, so that the plebs might decide which person should hold the imperium in Spain; and again in 199, it was the plebs, on the motion of the tribunes, who ordered that two new commanders should the imperium pro consulibus”.

⁹⁷ ROLDÁN HERVÁS, *Historia antigua de España*, cit. p. 230.

⁹⁸ Livio, 32, 28, 11; César, *Bell. Civ.* 1, 38, 1.

⁹⁹ Roman Spain, cit. p. 31.

¹⁰⁰ Roma e le province, cit. p. 62.

¹⁰¹ Leyes coloniales y municipales de la Hispania romana, Madrid, 2001, p. 12.

¹⁰² Cfr. BURILLO MOZOTA, “Oppida y ciudades estado del Norte de Hispania”, cit. p. 35: “En castellano la palabra ciudad es un término ambiguo dado que define indistintamente tanto la urbe, o hábitat construido, como su ordenamiento sociopolítico... En el ámbito romano se distingue el hábitat construido, *urbs*, de su ordenamiento político, *civitas*... por lo que una *civitas* podría tener varios asentamientos urbanos o carecer de ellos”.

¹⁰³ SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, cit. p. 185, cuando se refiere a la época de los primeros tratados: “...all these treaties belong to a period before 90 B. C., and many of them can be carried back to a much earlier date; that of Gades, for example, goes back to the year 206 B. C.”;

que era, en cambio, excepcional entre los pueblos del Norte-Noroeste, quienes se organizaban en agrupaciones de aldeas mejor adaptadas a las condiciones del medio natural y de sus formas económicas. Incluso afirma que se puede constatar la realidad de un modelo de ciudad semejante al de la *civitas* romana en zonas del interior peninsular, sin llegar a generalizarse, lo que vendría a contradecir la antigua tesis de que las ciudades indígenas se localizaban tan sólo en lugares de la costa mediterránea y en el Sur peninsular¹⁰⁴.

En el año 197 a. C. tiene lugar una gran sublevación¹⁰⁵ en la *Hispania Citerior*¹⁰⁶, probablemente como consecuencia de no respetar los romanos las cláusulas estipuladas en las alianzas firmadas con diversas comunidades indígenas¹⁰⁷, o, como declara RICHARDSON¹⁰⁸, por el hecho de que “la población autóctona se había dado cuenta de que los romanos habían decidido quedarse de un modo permanente en la península”¹⁰⁹. Ante la impotencia de los sucesivos pretores

¹⁰⁴ Vid. al respecto, LUZZATTO, Rome e le province, cit. p. 62, en desacuerdo con la tesis de Mangas, explica los dos significados posibles de la palabra *civitas* para evitar confusiones: “La parola *civitas* può infatti riferirsi tanto ad un complesso edificato a carattere statale di una certa ampiezza, e con certe determinate caratteristiche (quali l’esistenza di edifici pubblici, di templi, di un foro etc.) quanto ad una comunità organizzata politicamente, che esercita la propria sovranità sopra un determinato territorio, e cioè alla città-stato del mondo greco-romano. E solo in quest’ultimo senso è appropriato parlare di un’organizzazione cittadina sotto il profilo giuridico”, llegando a la conclusión de que se puede “escludere con una certa probabilità la tesi secondo la quale le popolazioni iberiche sarebbero state organizzate a città distribuite piuttosto fittamente, e riconoscere invece come tipico di tali popolazioni l’ordinamento cantonale, in cui la tribù si appoggiava ad oppida, roccheforti per la custodia delle donne, dei fanciulli e dei beni contro aggressioni ostili”; en cuanto a la acepción de oppidum, vid. BURILLO MOZOTA, “Oppida y ciudades estado del Norte de Hispania”, cit. p. 36: “Con el término clásico oppidum se define un asentamiento amurallado, sin especificación de su categoría jurídica. Las cifras dadas en el año 179 por Livio (40, 49) al señalar que Graco recibió la sumisión de 130 oppida, indica que no puede hacer referencias a ciudades”, concluyendo en p. 70: “Estos oppida presentan un urbanismo agrupado, con viviendas de planta cuadrangular y espacios internos compartimentados, escasos o nulos edificios monumentales de carácter público: cultural, político o administrativo, con ausencia de espacios abiertos. Lo más alejado, pues, al modelo del ágora griega o del foro romano”.

¹⁰⁵ Vid. BURILLO MOZOTA, Ibid. p. 40, en donde dice que a partir del año 206, Hispania se convierte en objetivo de la política expansionista de Roma, declarando: “Las sublevaciones de las poblaciones indígenas es la causa del primer avance de Roma en la Citerior. Catón en el año 195 estabiliza el territorio conquistado hasta el eje que corta perpendicularmente el Ebro, en la actual Zaragoza...”.

¹⁰⁶ Culchas, antiguo aliado de Escipión, que acaudillaba diecisiete ciudades, y Lixinio, este último con las poderosas ciudades de Carmo y Bardo, así como los malacitanos, sexetanos y toda la Baeturia, como recogen las fuentes literarias; vid. al respecto, Livio 33, 19; 33, 21, 6; 33, 25, 8; 33, 26; App. Iber. 39.

¹⁰⁷ Vid. al respecto, BLÁZQUEZ, España romana, cit. p. 114, en donde declara que las fuentes no indican las causas de la sublevación, pero que resulta coherente pensar que viniera motivada por el no cumplimiento de los pactos establecidos: “concretamente con Cádiz, a pesar de haber establecido un foedus en el año 206, en el que se comprometían los romanos a no enviar a ningún pretor, de hecho no lo cumplieron; una causa similar debía motivar la sublevación de las colonias fenicias de Málaga y Sexi, que probablemente se entregarían a los romanos en las mismas condiciones que Cádiz, es decir, se haría un foedus, al igual que probablemente con Culchas y Lixinio”.

¹⁰⁸ Hispania y los romanos, cit. p. 53.

¹⁰⁹ De la misma opinión, PINA POLO, “Imperialismo y estrategia militar en la conquista de Hispania Citerior”, cit. p. 73: “La inmediata revuelta de la práctica totalidad de pueblos indígenas ibéricos que siguió a la

para sofocar la rebelión¹¹⁰, en el año 195 a. C.¹¹¹. el Senado envía a un Cónsul, M. Porcio Catón¹¹², con los dos pretores que operarían bajo el mayor *imperium* del cónsul¹¹³. Sobre la presencia de Catón en Hispania se pronuncia RICHARDSON¹¹⁴, para quien: “The period which Cato spent in Spain is of particular importance for an examination of the development of the Spanish *provinciae*. The main reason for this is the relative fullness of the sources, compared with the brief notices given to events in the peninsula both before and after 195 by Livy, our main source for Spanish affairs in the early second century”. Consiguió sofocar la rebelión¹¹⁵, pero algunos historiadores¹¹⁶ le atribuyen un sentido negativo a su campaña, en la que parece que ejerció una política de devastación y saqueo lejana a cualquier plan de administración¹¹⁷, en lo que se refiere a la *Hispania Citerior*¹¹⁸, no consiguiendo

provincialización de Hispania provocaría el envío del cónsul Marco Porcio Catón en el año 195, y con ello un hito de gran importancia en el proceso de conquista”.

¹¹⁰ Livio 33, 21, 6; 33, 26, 5, en donde se refleja la muerte después de un combate del pretor de la Hispania Citerior, Tuditano.

¹¹¹ Livio 34, 8, 1-21,8; Plut. Cat. Mai. 10; Ap. Ib. 39-41; SCHULTEN, *Fontes Hispaniae Antiquae* 3, 1935, p. 177-194.

¹¹² Sobre Catón, SCHLAG, *Regnum in senatu*, Stuttgart, 1968, p. 33-36; ASTIN, *Cato the Censor*, Oxford, 1978, p. 28-50, 308-310; KNAPP, “Cato in Spain”, en *Studies in Latin literature and Roman history II*, Bruselas, 1980, p. 21-54.

¹¹³ Vid. al respecto, LUZZATTO, *Rome e le province*, cit. p. 60: “Si comprende quindi come in tale situazione di guerra quasi costante vengano più volte inviati nella penisola, con competenza indiscriminata nelle due province, eserciti consolari (così, p. es., nel 195 con Marco Porcio Catone, nel 153/152 con M. Fulvio Nobiliore e M. Claudio Marcella, nel 134 con P. Cornelio Scipione Emiliano); e come pure, in taluni periodi contrassegnati da particolari preoccupazioni di politica estera (come nel 171/168, in occasione della terza guerra macedonica) le due province venissero riunite in una sola”.

¹¹⁴ *Hispaniae*, cit. p. 80.

¹¹⁵ Livio, 34, 9, 16.

¹¹⁶ Otros, sin embargo, no dudan a la hora de destacar sus logros, como PINA POLO, “Imperialismo y estrategia militar en la conquista de Hispania Citerior”, cit. p. 73, en donde declara que la llegada de Marco Porcio Catón en el año 195 supone: “un hito de gran importancia en el proceso de conquista”, continuando después con la valoración: “De ahí la relevancia de la incursión de Catón, a quien se deberían las primeras noticias seguras de carácter geográfico sobre el interior de Hispania que llegaron a Roma”.

¹¹⁷ Vid. al respecto, ROLDÁN HERVÁS, *Historia Antigua de España I*, cit. p. 234, en donde ironiza sobre la supuesta ‘pacificación’ de Catón, declarando que más que un hito en la historia de la conquista romana de Hispania, “el cónsul sólo representa a lo sumo el paradigma de la pobre y brutal política que, tras la Segunda Guerra Púnica, aplicó el estado romano en el ámbito provincial”; dice además que Catón se limitó a disposiciones sobre la marcha, sin ninguna planificación, y trae a colación los impuestos sobre las salinas y minas, cuando afirma: “Entre las supuestas disposiciones administrativas y financieras se cuenta el establecimiento de tributos sobre las minas de hierro y plata. Aunque limitado al norte del Ebro, se trata de la primera evidencia directa del interés del estado romano en la explotación de los recursos de mineral peninsulares, que en fechas posteriores se extenderá a otras zonas. Más que una sistematización de los ingresos fiscales, hay que pensar de nuevo en medidas ad hoc y en una recaudación directa, extraída de los particulares que explotaban estas minas”.

¹¹⁸ Seguimos a SALINAS DE FRÍAS, *El gobierno de las provincias hispanas*, cit. p. 58, cuando declara: “Para algunos historiadores, la actividad organizadora de Catón es muy importante para el desarrollo y organización de las provincias hispanas; pero a nuestro juicio la importancia que se ha concedido a Catón en ese sentido es excesiva... Lo que caracteriza al gobierno de Catón en Hispania es más bien su avaricia de botín y riquezas y el énfasis puesto, por esta vía, en el ahorro de fondos estatales”.

además la pacificación definitiva¹¹⁹ de la provincia asignada, al margen de no respetar los límites de la misma¹²⁰. A la vista de lo expuesto, no parece que ayudara mucho a los planes de la administración provincial, aunque se le atribuya el establecimiento de impuestos en salinas y minas de plata y hierro de la Hispania Citerior¹²¹, así como la regulación del pago del *stipendium*¹²², elemento básico de la administración provincial¹²³. Prueba de lo anterior son las guerras continuas¹²⁴ contra los lusitanos, los vacceos y los celtíberos, tras el regreso de Catón a Roma, quien además se había llevado parte de las tropas para celebrar su triunfo¹²⁵.

¹¹⁹ De forma distinta piensa PINA POLO, “Imperialismo y estrategia militar en la conquista de Hispania Citerior”, cit. p. 74, cuando afirma: “Catón logró mediante la fuerza y la represión brutal la pacificación definitiva de los pueblos del ámbito cultural ibérico, al tiempo que señaló el camino a la expansión hacia el interior de Hispania, donde desde entonces el Estado romano se encontró como principales adversarios a los lusitanos en la Ulterior y a los celtíberos en la Citerior”.

¹²⁰ Cfr. RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 54: “Catón no sólo no sometió la región que le había sido asignada, sino que además actuó fuera de ella”.

¹²¹ Livio 34, 21, 7: *pacata provincia vectigalia magna instituit ex ferrariis argentariisque, quibus tum institutis locupletior in dies provincia fuit*; sobre la veracidad o no del traspaso al Estado romano de las minas, y su explotación posterior por medio de las *societates publicanorum*, vid. a favor: BADIAN, *Publicans and sinners*, Oxford, 1972, p. 32 ss; contra, RICHARDSON, “The spanish mines and the development of provincial taxation in the second century BC”, en JRS 66, 1976, 139-152.

¹²² Se ha discutido mucho si en 197, o en época de Catón, se había regularizado el pago del *stipendium*; a favor se ha argumentado que Livio menciona a partir del año 195 el *argentum oscense* como elemento del botín de los generales romanos a su regreso de Hispania; identificado ese *argentum* con los denominados “denarios ibéricos”, dichas monedas habrían sido acuñadas por comunidades indígenas para pagar el *stipendium* a Roma, lo que demostraría la existencia de un sistema regular de tributación desde la misma fecha de establecimiento de las provincias o poco después; contra, tanto en la cronología propuesta como en la finalidad de dichas monedas, RICHARDSON, *Hispaniae*, cit. p. 92: “The coins themselves, from indications of usage, can only give a very approximate indication of their date, and the only reason for placing their introduction at the very beginning of the second century is the mention of ‘*argentum oscense*’ by Livy. Yet, if they were introduced to pay Roman taxes in 197, the notices in Livy are very odd, for there they appear among the booty of proconsuls who governed Spanish provinces in 197, 196 and 195”, lo que implicaría que las monedas tendrían que haber sido inmediatamente capturadas en grandes cantidades a las tribus rebeldes. Concluye el autor con su propia teoría, según la cual: “The *argentum oscense* of Livy is probably some other local coinage, such as the Iberian coins struck in imitation of the drachmas from Emporion, and their appearance in the 190s is no evidence for the existence of a complex system of taxation at this date”.

¹²³ Vid. al respecto, LUZZATTO, *Roma e le province*, cit. p. 15: “Tuttavia la più caratteristica contrapposizione fra l’Italia e le province era costituita fin dall’epoca di Augusto dall’immunità tributaria del suolo italico, mentre lo *stipendium* e il *tributum*... gravano sul suolo provinciale”.

¹²⁴ ROLDÁN HERVÁS, *Historia antigua de España*, cit. p. 235, en donde dice que los pretores del año 194 a. C. comprobaron, de forma especial Sexto Digitio en la Citerior: “La precariedad de las medidas catonianas al tener que enfrentarse contra una formidable coalición de las tribus del Ebro, donde perdió la mitad de su ejército”.

¹²⁵ Sobre el regreso de Catón al frente de sus tropas –cuya presencia en Roma era imprescindible para obtener el triunfo– vid. Livio 34, 43, 3 y 8; PINA POLO, “Imperialismo y estrategia militar en la conquista de Hispania Citerior”, cit. p. 74: “A su vuelta a la Urbe, el cónsul Catón celebró por sus victorias en Hispania un gran triunfo, al que acompañó con el ingreso en las arcas del Estado de un enorme botín”.

En el año 180, se asigna la Hispania Citerior a Tiberio Sempronio Graco¹²⁶, quien, prorrogado su mandato para el 179, penetra *in ultima Celtiberia*¹²⁷. Su habilidad para hacer tratados con los celtíberos¹²⁸ demostró que no solo se podía conquistar con la fuerza. Así, sin romper las tradicionales alianzas con las oligarquías locales¹²⁹, Tiberio Graco inició una política de creación de ciudades para asentar a poblaciones indígenas¹³⁰, pareciendo que comprendía los motivos de las frecuentes revueltas de la población indígena de Hispania: la marginalidad de amplios sectores de la población que no disponían de medio alguno de subsistencia¹³¹. De este modo, fundó una ciudad llamada *Gracurris*¹³², en el alto valle del Ebro¹³³ y también *Iliturgi*¹³⁴, en donde existe una inscripción dedicada a Graco por el *populus Iliturgitanus*¹³⁵. Sin restar mérito a su esfuerzo en cuanto al mantenimiento de las estructuras provinciales romanas, no podemos afirmar que su labor constituyese el fundamento de la organización provincial¹³⁶, sino una

¹²⁶ Siendo su colega de la Hispania Ulterior L. Postumio Albino; sobre ambos, se pronuncia RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 58: “Graco y su colega, L. Postumio Albino, el pretor destinado a la Hispania Ulterior, gobernaron las dos provincias desde finales de 180 hasta que llegaron sus sucesores en 178. Debido a la laguna existente al comienzo del libro LXI de la Historia de T. Livio, sabemos muy poco de lo que hicieron durante su mandato, pero da la impresión de que siguieron el ejemplo de algunos de sus antecesores al convenir coordinar sus campañas a comienzos de 179. A juzgar por los resultados, fueron más eficaces de lo habitual”.

¹²⁷ Livio 40, 47, 1.

¹²⁸ Vid. sobre los tratados de Graco con los celtíberos, Livio, 40, 47, 3-10; 40, 49, 4-7; SALINAS, *Conquista y romanización de Celtiberia*, Salamanca, 1986, p. 12-14.

¹²⁹ Apiano, Ib. 43, al relatar las negociaciones entre Segeda y Roma al inicio de la guerra numantina, describe lo fundamental de los acuerdos de Graco con los celtíberos: Pago de un tributo a los romanos, contribuir con tropas auxiliares al ejército romano, y prohibición de fortificar nuevas ciudades.

¹³⁰ Vid. al respecto, NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, 1976, p. 47: “Enfin, vers la fin du II^e siècle, avec Caius Gracchus, commença une nouvelle phase dans l’histoire de la colonisation romaine: les déductions coloniales furent essentiellement considérées, dès lors, comme un moyen de donner des terres à des citoyens qui n’en avaient plus, ou de mettre en valeur des territoires. Dans tous les cas, cependant, le procédé restait un moyen de romanisation et d’intégration très efficace”.

¹³¹ Cfr. MANGAS, *Historia universal*, cit. p. 130, en donde afirma: “Y así, con Sempronio Graco, se manifestó la cara buena del imperialismo romano”.

¹³² Que se corresponde con Alfaro, La Rioja.

¹³³ Livio, ep.41; Festo, 86 (L).

¹³⁴ Mengíbar, Jaén.

¹³⁵ Vid. sobre los problemas del epígrafe: Ti. Sempronio Graccho/deductori/populus Iliturgitanus, CASTILLO, “De epigrafía republicana hispano romana”, en *Reunión sobre epigrafía hispánica de época romano-republicana*, Zaragoza, 1986, p. 146-150.

¹³⁶ RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 68, apoya la tesis de considerar la actividad organizadora de Graco como de carácter general; Vid. BADIÁN, *Foreign clientelae*, p. 122-123, en donde relata que los tratados suscritos por Graco con los celtíberos adolecían de la falta de ratificación por parte de los comicios, siendo solamente ratificados por el Senado; LUZZATTO, *Roma e le province*, cit. p. 39-40: “L’organizzazione della provincia è compiuta, di regola, dal condottiero che ha conquistato ed annesso il territorio, ma che è tenuto a seguire, al riguardo, le direttive del senato. Tale direttive potevano tuttavia essere impartite in due modi: o il governatore procedeva direttamente all’organizzazione del territorio

ayuda en la pacificación de la provincia, y el principio de una reordenación del territorio más acorde con la realidad de *Hispania*.

En efecto, podemos comprobar el interés del Senado en regular cada vez más la administración de *Hispania*, primero en la respuesta a la reclamación de los hispanos en el año 171¹³⁷ ante los abusos y arbitrariedades de algunos pretores cometidos durante su mandato¹³⁸, cuando el Senado decidió que a partir de entonces ningún magistrado estableciese el precio del grano en *Hispania*, ni se impusiesen prefectos en las ciudades para recaudar los tributos¹³⁹, y segundo, en la fundación¹⁴⁰ de *Carteia*¹⁴¹ como *colonia libertinorum*¹⁴² ese mismo año, siendo la primera colonia¹⁴³ latina situada fuera de Italia¹⁴⁴.

provinziale, salva la successiva ratifica del senato; oppure questo ultimo inviava una commissione, per lo più di dieci legati, muniti di potere consultivo ma privi di imperium... L'organizzazione definitiva del territorio avveniva mediante la lex provinciae: una lex data nella quale il magistrato, in forza della delega precedentemente ottenuta dai comizi, delineava lo statuto e le caratteristiche fondamentali dell'amministrazione della provincia".

¹³⁷ MANGAS, Historia universal, cit. p. 130: "En el año 171, una comisión de hispanos llegó a Roma para protestar por los expolios y vejaciones a que eran sometidos a veces por los gobernadores; el Senado les recomendó que eligieran a sus patronos para que los protegieran y defendieran sus quejas ante el Senado", escogiendo los de la Citerior a M. Porcio Catón y a P. Cornelio Escipión, y los de la Ulterior a L. Emilio Paulo y a Galo Sulpicio, lo que pone de relieve que aunque algunos habían sido muy duros con los hispanos, fueron elegidos sabiamente porque eran los hombres más influyentes del senado romano.

¹³⁸ Vid. al respecto, SALINAS DE FRÍAS, El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 164: "La libertad de acción de los gobernadores, la imposición de tributos extraordinarios, de indemnizaciones de guerra a los enemigos, y el deseo sincero o forzado de los provinciales de agasajar y mostrar su adhesión a los gobernadores, permitieron a éstos amasar fortunas mediante procedimientos que sólo distaban de la corrupción y la venalidad lo que el talante personal de cada individuo. De esta manera, la casi constante reclamación de los provinciales es la que se hace contra los abusos de los magistrados proprovinciales y la excesiva fiscalidad romana".

¹³⁹ Livio 43, 2, 1-12.

¹⁴⁰ Vid. al respecto, RICHARDSON, Hispaniae, cit. p. 119: "Carteia, near Algeciras, resulted from a direct appeal to the senate. In 171 an embassy arrived in Rome, representing over 4.000 men, the offspring of Roman soldiers and Spanish women who had no right of conubium, who asked for a town in which to live. The senate decreed that they should give their names to L. Canuleius, the praetor to whom the Spanish provinces had been allotted, and also the names of those whom they had manumitted and that a colony was to be founded at Carteia, into which the native inhabitants of Carteia could be enrolled. This was to be a Latin colony, and to be called 'libertinorum', 'of the freedmen'"; añade el mismo autor en una obra posterior, Hispania y los romanos, cit. p. 74: "Como tal, la nueva fundación debía de ser una colonia latina, esto es, una fundación romana sin derechos de ciudadanía, aunque provista de otros derechos previstos en el sistema jurídico romano, entre ellos el conubium –derecho al matrimonio mixto– y el commercium o derecho a la compra-venta de ciertos artículos en pie de igualdad con los ciudadanos romanos".

¹⁴¹ GARCÍA Y BELLIDO, "Las colonias romanas de Hispania", en AHDE 29, 1959, p. 450: "Esta colonia gozaría del derecho latino y se llamaría de libertos, Colonia civium latinorum et libertinorum. El hecho ocurrió en el año 171. Las inscripciones son pocas y no aportan datos sobre su carácter colonial, salvo una lápida probablemente ya cristiana, hallada en San Roque en 1928 por la que conocemos a un Aurelius Felix Ingenius civis Romanus carteiensis".

¹⁴² GARCÍA Y BELLIDO, "Las colonias romanas de Hispania", en AHDE 29, 1959, p. 450: "Esta colonia gozaría del derecho latino y se llamaría de libertos, Colonia civium latinorum et libertinorum. El hecho ocurrió en el año 171. Las inscripciones son pocas y no aportan datos sobre su carácter colonial, salvo una lápida probablemente ya cristiana, hallada en San Roque en 1928 por la que conocemos a un Aurelius Felix Ingenius civis Romanus carteiensis".

A mediados del siglo II a. C., se produce un escenario convulso, lleno de guerras y revueltas, que en nada ayudan a consolidar la realidad de *Hispania*. En primer lugar, por la revuelta de los lusitanos y vetones en el 155-154, en la *Hispania Ulterior*¹⁴⁵, primero vencedores frente a los ejércitos romanos, pero finalmente derrotados por L. Mumio¹⁴⁶, pretor de la Ulterior en el 153, constituyendo los años siguientes episodios continuos de enfrentamientos entre romanos y lusitanos¹⁴⁷. En segundo lugar, por la revuelta originada en la Citerior, en el año 154, como consecuencia de una disputa entre el Senado romano y la ciudad celtibérica¹⁴⁸ de Segeda¹⁴⁹, que formó una confederación con ciudades vecinas, negándose a suministrar tropas y pagar tributo alguno¹⁵⁰. Este hecho supuso el inicio de

¹⁴³ Resulta interesante la aportación de MANSUELLI, Roma e le province, II. Topografia, urbanizzazione, cultura, Bologna, 1985, p. 83: “La prima formazione romana, l’Italica di Scipione nella Betica, non ebbe rango di colonia, né si dette luogo, per lungo tempo, a deduzioni, tanto che soltanto nel 171 si costituì, sempre nella Betica, la prima colonia, di diritto latino, Carteia, ma con elementi del meticcio romano-iberico e con altri di origine libertina (Colonia Libertinorum). Colonie forse latine furono più tardi nel 123 Palma e Pollentia nell’isola di Maiorca, dove Q. Cecilio Metello Balearico dedusse contingenti di Italici scelti fra quelli già affluiti in Spagna al di fuori di ogni programma regolare. Sono incerti l’antichità e lo stesso ordinamento coloniale di Valentia che sarebbe stato l’unico centro urbano di carattere romano nella Tarraconense”.

¹⁴⁴ Vid. al respecto, MANGAS, Leyes coloniales y municipales de la Hispania romana, cit. p. 13, en donde declara que el grupo de ciudades privilegiadas que conforman colonias y municipios era muy reducido en la etapa republicana anterior a César, y aunque Carteia –situada en la bahía de Algeciras, San Roque, Cádiz– fue la primera colonia latina fuera de Italia, “el proceso de integración de ciudades hispanas en el grupo de las privilegiadas siguió siendo muy lento, pues Corduba (Córdoba) no pasó a ser colonia latina hasta el 153 a. C., Palma (Palma de Mallorca) y Pollentia (Pollensa, isla de Mallorca) hasta el 123 a. C., e Ilerda (Lérida) hasta el 89 a. C.”.

¹⁴⁵ App. Iber. 56-57; vid. sobre el testimonio de Apiano, SALINAS DE FRÍAS, El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 68-69: “Aunque se ha discutido mucho el valor historiográfico de la Iberiké y las fuentes utilizadas por Apiano para su composición, su obra por lo menos proporciona un relato coherente y libre de los excesos de la analística utilizada por Livio”.

¹⁴⁶ Vid. al respecto, CURCHIN, España romana, cit. p. 51: “L. Mumio (famoso posteriormente por el saqueo de Corinto en 146), que, después de una costosa derrota inicial -9.000 muertos, si podemos dar crédito a Apiano-, reagrupó sus fuerzas y se apuntó una gran victoria sobre los lusitanos”.

¹⁴⁷ En el año 152, M. Atilio después de tomar una de las ciudades de los lusitanos, firmó tratados con estos y los vettones en los que contemplaba un reparto de tierras, como destaca SALINAS DE FRÍAS, La organización tribal de los vettones, Salamanca, 1982, p. 34; posteriormente, se suceden los engaños para vencer a los lusitanos, prometiéndoles Galba en el año 149 tierras a cambio de las armas, pasándolos sin embargo a cuchillo cuando fueron desarmados, según relato de App. Iber. 58-60.

¹⁴⁸ Vid. al respecto, MANGAS, Historia universal, cit. p. 131: “El pretexto aducido por Roma para justificar el inicio de las operaciones militares contra los celtíberos fue la acusación de que éstos no cumplían los pactos que habían firmado con Sempronio Graco. De nada les sirvió a los celtíberos aducir razones para demostrar que no eran ciertas tales acusaciones”, dando como argumento la política de expansión territorial romana para entender las guerras de este momento histórico.

¹⁴⁹ Sobre esta ciudad, resulta de interés la obra colectiva anteriormente señalada, Segeda y su contexto histórico, cit. passim, ya que contiene información detallada sobre este importante núcleo de población; en concreto, vid. el artículo de BURILLO MOZOTA, “La ciudad estado de Segeda”, p. 203 ss. en donde recoge un elenco de fuentes de todo tipo acerca de esta ciudad; en p. 204 declara: “Los acontecimientos desencadenantes de la guerra celtibérica del 153 al 133, proporcionan una información precisa sobre la existencia de una ciudad denominada Segeda... Es calificada por Diodoro (31, 39) como pequeña ciudad de la Celtiberia y por Apiano (Iber. 44-47) como ciudad de los celtíberos bellos, grande y poderosa, y a

las guerras celtibéricas¹⁵¹ ya que la respuesta del Senado¹⁵² no se hizo esperar, designando un cónsul como gobernador de la Citerior para 153, Q. Fulvio Nobilior, y decretando que desde entonces, los cónsules¹⁵³ ocupasen su cargo el uno de enero en lugar del uno de marzo- por causa de la insurrección de los hispanos¹⁵⁴. Nobilior impidió que los segedenses concluyeran el amurallamiento de la ciudad, pero no tuvo éxito¹⁵⁵ frente a Numancia¹⁵⁶, hasta que a comienzos del año 151 las tribus se entregan¹⁵⁷ al cónsul Marcelo¹⁵⁸, sustituido en el mismo año por L. Licinio Lúculo¹⁵⁹ para la Citerior y Servio Sulpicio Galba¹⁶⁰ para la Ulterior¹⁶¹,

su aliada Numancia como la más poderosa ciudad de los arevacos. Roma declara expresamente la guerra a Segeda al acusarle de incumplir los pactos de Graco por obligar a otras ciudades más pequeñas a establecerse junto a ella y construir una nueva muralla, movilizando un ejército de casi 30.000 hombres a cargo del cónsul Nobilior. También nos informa de la alianza de Segeda con los arévacos, formando una coalición con Numancia capaz de levantar 25.000 hombres. El primer enfrentamiento entre estos dos grandes ejércitos supone una momentánea derrota romana, pero de tal calibre que ese día, 23 de Agosto día de Vulcano, se considera nefasto para Roma”.

¹⁵⁰ Cfr. CURCHIN, España romana, cit. p. 51.

¹⁵¹ Polibio, 3, 4, 12.

¹⁵² Cfr. CURCHIN, España romana, cit. p. 51, para quien la posición del Senado en este asunto “parece exagerada”.

¹⁵³ Vid. al respecto, SALINAS DE FRÍAS, El gobierno de las provincias hispanas, cit. p. 163: “Durante las guerras del 153-133 a. C. la Hispania Citerior, y, ocasionalmente la Hispania Ulterior fueron provincias consulares. Nuevamente la necesidad de enviar ejércitos mayores, pero también los deseos de los miembros de la aristocracia por conseguir la gloria más alta, que era la que daba el triumphus, mediante una guerra adecuada a ello, hizo que se enviase a los magistrados investidos del imperium más alto”.

¹⁵⁴ Livio, Per. 47, aunque también pudo influir el que el calendario estaba atrasado con respecto a las estaciones; vid. al respecto, BRIND’AMOUR, Le calendrier romain, Ottawa, 1983, p. 130-132; RICHARDSON, Hispaniae, cit. p. 134-136, en donde motiva la decisión de enviar un cónsul en la escasez en ese momento- de provincias necesitadas de mando militar, como declara en p. 135: “If it was both the right and duty of a consul to command Roman troops, it was necessary for the senate to assign military areas as consular provinces”.

¹⁵⁵ Vid. al respecto, CURCHIN, España romana, cit. p. 52: “El intento de Nobilior de tomar Numancia al asalto fracasó cuando sus elefantes asustados pisotearon a los propios romanos”.

¹⁵⁶ App. Iber. 44-47; muy interesante, SCHULTEN, Historia de Numancia, Barcelona, 1945, passim.

¹⁵⁷ Vid. sobre el tratado de Marcelo con los celtiberos y el significado de *editio* en RICHARDSON, Hispaniae, cit. p. 141-147, especialmente p. 143: “The senate clearly did not reject Marcellus’ proposal without discussion, but the effect of their decision was to make it impossible for anything less than a *editio* to be accepted in the future”; la clemencia mostrada por Marcelo no fue bien vista por el Senado aun cuando sus críticas no fueron directas contra él, como dice el autor en p. 144: “The absence of any mention of subsequent attacks on Marcellus in the senate indicates that both his acceptance of the *editio* and his declaration that the Celtiberians were free were in fact not rejected by the senate, despite the flouting of their intentions. It may well be that the large quantity of silver which he brought back helped to quieten his critics”.

¹⁵⁸ Polibio 35, 2-3; App. Iber. 49-50;

¹⁵⁹ Polibio, 35, 2, 9; App. Iber. 51, 215, en donde se muestra un personaje ávido de fama y necesitado de dinero, que esperaba conseguir en sus incursiones en la Hispania Citerior.

¹⁶⁰ Vid. al respecto, la traición de Galba a los lusitanos, en App. Iber. 56-60; Livio, Per. 49; Suetonio, Galba, 3; Valerio Máximo, 9, 6, 2; Orosio, 4, 21, 10; SIMON, Roms Kriege in Spanien 154-133 v. Chr., Frankfurt, 1962, p. 60-67.

¹⁶¹ Aunque Galba, a su regreso a Roma fue procesado por un mal comportamiento –por otro lado, resultando absuelto- por lo que estimamos interesante la declaración de RICHARDSON, “The administration of the Empire”, p. 577: “Normally, though the governor might slaughter and enslave the inhabitants of his provincia, as Ser. Sulpicius Galba did the Lusitanians in 150... no action would be taken against him during his tenure”, que explica que en raras ocasiones se despoee a un gobernador de su *imperium* durante su mandato.

considerando el Senado que eran más adecuados para el cargo que el anterior¹⁶², por su reconocida dureza para negociar. De hecho, la rebelión de Viriato fue consecuencia directa de los abusos de Galba, cuando los lusitanos que lograron escapar a la matanza¹⁶³ perpetrada por éste -con engaño- se unen y comienza un período¹⁶⁴ de continuas victorias para el caudillo lusitano, hasta su asesinato en el 139 por traición¹⁶⁵ y no por tácticas de guerra.

La situación reinante en *Hispania* en el 139 era francamente complicada, porque a la realidad de los innumerables enfrentamientos con los lusitanos en la Ulterior, hay que sumarle la prolongada guerra de Numancia¹⁶⁶, que continuaba desconcertando al gobierno de Roma¹⁶⁷. Después de la derrota del cónsul Mancino¹⁶⁸ en el 137, Roma percibe que la situación en la Hispania Citerior es cada vez más difícil, y que la imposibilidad de pacificar todo su territorio en orden a la promulgación de una *lex provinciae*, hace necesaria una intervención ejemplar. Sin embargo, los primeros pasos, de la mano de M. Emilio Lépido a finales del 137, fueron el peor ejemplo¹⁶⁹ a seguir en aras de una conquista definitiva, llegando el Senado por vez primera- a privar a Lépido de su poder proconsular. Una decisión sin duda realmente inusual, como declara RICHARDSON¹⁷⁰: “Theoretically a governor could have his *imperium* removed, but in practice so severe a measure was used only in exceptional circumstances”. Así, nos refiere que en el año 136 a. C. M. Emilio Lépido “The proconsul in Hispania Citerior, not only attacked the tribe of the Vaccae in direct contravention of an order brought to him by a messenger from the Senate, but subsequently suffered a disastrous defeat, and as a result was deprived of his *imperium*”.

¹⁶² Cfr. CURCHIN, España romana, cit. p. 52.

¹⁶³ App. Iber. 50, 211; 55, 232; vid. al respecto, RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 63, en donde dice que con la unión de fuerzas de Lúculo y Galba en el 150, se llevó a cabo “la espantosa matanza de los lusitanos”.

¹⁶⁴ Invadiendo en primer lugar Turditania; sobre cronología, ASTIN, “The Roman commander in Hispania Ulterior in 142 a. C.”, en Historia 13, 1964, p. 245-254.

¹⁶⁵ Lo asesinaron lusitanos traidores, sobornados por Cepión, cónsul en el 140 en la Hispania Ulterior, testimonio que nos brinda App. Iber. 70, 74; Diodoro Sículo, 33, 21; Floro 1, 33, 17.

¹⁶⁶ Vid. al respecto, SCHULTEN, Geschichte von Numantia, Munich, 1933, p. 41-48.

¹⁶⁷ Livio, Per. 56, en donde declara que la guerra de Numancia se había hecho interminable debido a la incompetencia de los generales, para vergüenza del pueblo romano.

¹⁶⁸ Fue vencido y obligado a rendirse, como recoge App. Iber. 80, 346-347; vid. sobre los términos del acuerdo, BROUGHTON, The magistrates of the Roman Republic, vol. 1, Cleveland, 1950, p. 484; SIMON, Roms Kriege in Spanien, cit. p. 149-159.

¹⁶⁹ CURCHIN, España Romana, cit. p. 56, en un comentario duro con respecto a Lépido, cuando afirma que: “Atacó estúpidamente a los vacceos (afirmando falsamente que estaban ayudando a Numancia) y después de un largo sitio sin éxito a Palantia fue retirado por el Senado por haber envuelto a Roma en una nueva guerra cuando la que se estaba librando presionaba duramente”.

¹⁷⁰ “The administration of the Empire”, cit. p. 577.

Se ofreció el mando a Cornelio Escipión Emiliano¹⁷¹, que había destruido Cartago en el año 146, que fue el vencedor final contra *Numantia*¹⁷², a la que dobló rodeando la ciudad, y aislándola con una *circumvallatio* de todo contacto externo¹⁷³, hasta llegar a la rendición incondicional¹⁷⁴ en el año 133, arrasándola a continuación¹⁷⁵.

A tenor de lo expuesto, podemos observar como durante toda la República la actividad militar era considerada la actividad principal de los magistrados provinciales expresada mediante el *imperium* que se les confería-, pero será a partir del 133 a. C. cuando las funciones de carácter administrativo alcancen una importancia mayor. La guerra numantina acabó con el envío de una comisión senatorial de diez legados¹⁷⁶ cuya tarea consistiría en implantar un orden pacífico en los lugares ya conquistados¹⁷⁷, organizando las zonas ya ocupadas por los romanos¹⁷⁸, en lo que se conoce como el comienzo de las estructuras provinciales del imperio ya desarrollado¹⁷⁹, aunque no se sabe mucho más. Como dice CURCHIN¹⁸⁰: “No se sabe nada más de los comisionados, aunque podemos especular que regularon los términos de la paz (incluyendo una indemnización

¹⁷¹ Cfr. BROUGHTON, *The magistrates of roman republic*, cit. p. 490 y 491, n. 1, sobre la elección de Escipión.

¹⁷² App. Iber. 95, 412; 96, 418, en donde se dice que un gran número de numantinos prefirieron suicidarse antes que rendirse.

¹⁷³ Vid. al respecto, SCHULTEN, *Historia de Numancia*, cit. p. 101: “No era el bloqueo el único medio para vencer a Numancia. Es verdad que por el oeste, por el sur, y por el sudoeste, lo mismo los ríos que la escarpada pendiente de la colina dificultaban el ataque, pero toda la parte oriental se prestaba fácilmente al asalto a causa de la moderada pendiente de la colina y de la carencia de ríos... La posibilidad de un asalto era manifiesta. Sin embargo, Escipión no la tomó en consideración. No podía intentar con sus malos soldados lo que mejores tropas no habían logrado. Por eso le vemos desde un principio entrenar a su ejército para el bloqueo”.

¹⁷⁴ SCHULTEN, *Ibid.* p. 150: “El hambre apretaba de modo terrible. En situación tan calamitosa enviaron los numantinos cinco emisarios a Escipión, con el fin de alcanzar de él una capitulación honrosa... Pero Escipión permaneció inmovible; sabía por los prisioneros cuál era la situación de la ciudad y exigía su entrega con las armas. Cuando regresaron los enviados con tal respuesta, la ibérica fiera se encendió hasta el paroxismo”, sin ceder a las pretensiones, por lo que tuvieron que llegar al canibalismo, y: “Sólo cuando este horrendo suministro se agotó, se decidió la entrega”.

¹⁷⁵ Según App. Iber. 96-98, este acto fue criticado por algunos senadores por haber destruido la famosa fortaleza sin autorización del Senado.

¹⁷⁶ App. Iber. 99, 428.

¹⁷⁷ Por Escipión y previamente sometidos por Bruto; sobre este último, RODRÍGUEZ ENNES, *Gallaecia*, cit., p. 22 ss.

¹⁷⁸ Vid. al respecto, SUTHERLAND, *The Romans in Spain*, Londres, 1939, p. 88-91.

¹⁷⁹ Cfr. RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 68, en donde atribuye a Tiberio Sempronio Graco el mérito de ser el pionero en las acciones que conducirían al establecimiento de esas estructuras provinciales, añadiendo además en p. 69: “El gobierno de Graco en Hispania Citerior se halla además relacionado con la introducción de un sistema fiscal más organizado debido al cambio que se produjo a raíz de su llegada a esta provincia en 180 en la utilización del término *stipendium* para designar al tributo recaudado en España”.

¹⁸⁰ España romana, cit. p. 59.

de guerra y la creación de un *ager publicus* en las zonas conquistadas). Se puede dudar de que los límites interprovinciales se extendieran a la nueva frontera”.

Durante el siglo II y comienzos del I a. C. se fueron creando núcleos de población itálica con o sin estatuto jurídico reconocido¹⁸¹, al lado de un número desconocido de población itálico-romana que, seguramente por motivos comerciales, se habían asentado en la Península¹⁸². No hay que olvidar que en este momento histórico los recursos naturales de Hispania, sobre todo los mineros, eran ya sumamente valorados, por lo que acudían alentados por la riqueza del subsuelo hispánico numerosas expediciones¹⁸³.

Con todo, la organización definitiva de la Península Ibérica se realizará bajo el mandato de Augusto, después de una etapa oscura en cuanto a las fuentes que se refieren a *Hispania*, seguramente debido a las luchas intestinas de Roma que provocaron una relativa falta de intervención en nuestro territorio. Aún así, sabemos de la presencia de César como próconsul de la Hispania Ulterior en el año 61, lanzando un ataque relámpago contra los lusitanos y galaicos, llegando hasta *Brigantium*¹⁸⁴, y de su victoria sobre Pompeyo¹⁸⁵, su gran rival, en el año 49¹⁸⁶, lo que evidenciaría la importancia de Hispania como escenario de la guerra entre los dos¹⁸⁷.

Las guerras civiles, de Sertorio y después la de César, contra los pompeyanos causaron enormes daños en las zonas directamente afectadas por ellas¹⁸⁸, siendo sin

¹⁸¹ Vid. al respecto, MARÍN DÍAZ, Emigración, colonización y municipalización en la Hispania republicana, Granada, 1988, *passim*.

¹⁸² Como sucedía, por ejemplo, en Cartago nova, a tenor de los nomina atestiguados en las inscripciones que indican la existencia de un grupo de itálicos, que seguramente constituirían un conventus en la ciudad, con peso económico y social en ella; así se aprecia en CIL II 343=2270 y 3434=2271=5027.

¹⁸³ Vid. al respecto, RODRÍGUEZ ENNES, Gallaecia, cit. p. 18 ss.

¹⁸⁴ Saqueando incluso las ciudades que le habían abierto las puertas, como dice Suetonio, Jul., 18, 54; Dión, 37, 52-3; Plutarco, Caes. 11-12; sobre los motivos de los ataques de César, CURCHIN, España romana, cit. p. 68: “Buscando al mismo tiempo gloria militar para continuar su carrera y botín para pagar a sus acreedores, hizo la leva de una tercera legión”, atacando a continuación a los lusitanos y a los galaicos.

¹⁸⁵ Del que no hay que olvidar que fue el destinatario de la lex Trebonia del año 55, que le asignó el mando de las dos provincias hispanas durante cinco años, aunque prefirió quedarse en Italia y gobernar mediante legados.

¹⁸⁶ César, Bell. civ. 1, 37-55 y 59-87; vid. sobre su estrategia: FULLER, Julius Caesar: Man, soldier, tyrant, Londres, 1965, p. 195-206; HARMAND, “César et l’Espagne durante le second Bellum civile”, en Legio VII Gemina, León, 1970, p. 186-194.

¹⁸⁷ De hecho, lo que preocupaba a César era que, de las dos provinciae, una se hallaba estrechamente vinculada a Pompeyo, la Hispania Citerior, en donde había estado combatiendo a Sertorio desde 77-76 hasta el 72; vid. al respecto, César, Bel. Civ. 1, 29, 3-30,1.

¹⁸⁸ Vid. al respecto, una carta de Pompeyo al Senado, en la que refiere que la zona de la Hispania Citerior que no estaba en poder del enemigo –menos las ciudades del litoral– había sido arrasada bien por él, bien por Sertorio, como se recoge en Salustio, Hist., 2, 98, 9; del mismo modo, los daños causados por César fueron importantes, como se desprende de distintos testimonios arqueológicos que dan cuenta del conflicto; así, BELTRÁN, Arqueología e historia de las ciudades antiguas de Cabezo de Alcalá de Azaila (Teruel), Zaragoza, 1976.

embargo de esta época los primeros testimonios¹⁸⁹ de la existencia cada vez mayor¹⁹⁰ de romanos e hispanos romanizados¹⁹¹. Este sería el caso de Cornelio Balbo¹⁹², nacido en *Gades*¹⁹³ y que había adquirido la ciudadanía gracias a Pompeyo¹⁹⁴ durante la guerra contra Sertorio, siendo *non Hispaniensis natus, sed Hispanus*¹⁹⁵.

Como señala ANDREU PINTADO¹⁹⁶: “Sin lugar a dudas, el espacio geográfico elegido por César para difundir el *Latium* con mayor generosidad fue *Hispania*”. Y esta sería la primera vez que en la historia de la República romana se integraba jurídicamente en el Estado romano a ciudades provinciales muy alejadas geográficamente de éste¹⁹⁷.

De esta época es la ley de Urso¹⁹⁸, *Lex Ursonensis*¹⁹⁹ descubierta en Osuna²⁰⁰ hacia 1870²⁰¹, en donde refleja en sus planchas de bronce parte de la *Lex coloniae*²⁰²

¹⁸⁹ FIRA I2, n° 36, recoge que Cn. Pompeius Strabo concedió la ciudadanía a un grupo de caballeros hispanos, durante la campaña como cónsul en Picenum en el 89.

¹⁹⁰ Lo mismo sucede con las ciudades, aún sin estatuto jurídico alguno, pero cada vez más romanizadas; por ejemplo, Hispalis y Corduba, como se refleja en César, *Bel. Civ.* 2, 20, 4-5; 2, 19, 2.

¹⁹¹ Cfr. RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 108.

¹⁹² *Vid. Vell. Pat.*, 2, 51.

¹⁹³ De la que se cuenta que César, en el año 49, concedió la ciudadanía romana a los gaditanos, y en ese momento o en los seis años siguientes alcanzó el estatus de *municipium*, aunque no fue nunca colonia romana; cfr. Livio, ep. 110; Dió Casio, 41, 24, 1; en este sentido, RICHARDSON, *Hispania y los romanos*, cit. p. 110, declara: “La concesión a Gades del estatuto de *municipium* fue una excepción”, aunque da cuenta de la posibilidad de que Lisboa –Olisipo– también lo fuera, aunque sólo podamos deducirlo de su título *municipium Olisipo Felicitas Iulia*, *CIL* 2, 176.

¹⁹⁴ *Cic. Pro Balbo*, 3, 6; 22, 50-51, en donde se refleja que Pompeyo otorgó la *civitas* a L. Cornelio Balbo, rico ciudadano de Gades, y junto con Metelo concedió el mismo privilegio a la familia de los Fabios de Sagunto, que ya habían adoptado anteriormente nombres romanos gracias a otros contactos anteriores con miembros de familias romanas de renombre; vid. al respecto, MANSUELLI, *Roma e le province*, cit. p. 111: “Il primo intellettuale originario dalle provincie iberiche di cui si possa parlare è stato L. Cornelio Balbo, cittadino romano dell’antico centro punico di Gades, ma trapiantato a Roma, dove fu alla scuola di Teofane di Mitilene, lo storico di Pompeo Magno; in seguito Balbo fu tra i sostenitori di Cesare, ma in rapporti amichevoli con Cicerone, da cui fu difeso nel 56 a. C. nel processo intentatogli per usurpazione di cittadinanza, soprattutto uomo politico, non professionalmente letterato, ma colto e con interessi storici –si ricordano l’edizione di Irzio e la redazione di un diario storico”.

¹⁹⁵ No siendo ciudadano romano nacido y residente en España, sino hispano.

¹⁹⁶ *Edictum, Municipium y Lex: Hispania en época Flavia*, Oxford, 2004, p. 7.

¹⁹⁷ Cfr. OLIVARES, *Conflicto político y promoción jurídica de comunidades en el Occidente Romano* (133 a. C- 174 d. C.), Alicante, 1998, p. 125.

¹⁹⁸ Como afirma D’ORS, A., *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, p. 169: “Urso, que se identifica perfectamente con la moderna Osuna”.

¹⁹⁹ Anteriormente, D’ORS se refiere a ella en un artículo, “*Lex Ursonensis*, caps. 107-123”, en *Emerita* 14, 1946, p. 24 ss.

²⁰⁰ Aunque once pequeños fragmentos de bronce, hallados en El Rubio (cerca de Osuna), también forman parte del texto. Cfr. D’ORS, *Epigrafía jurídica*, cit. p. 167, en donde declara, con respecto a la fecha en la que fueron recuperados: “al parecer, en 1925. Estos fueron llamados <los bronce de El Rubio>”.

²⁰¹ Cfr. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften I*, Berlín, 1905, p. 194: “*Tabulae hic editae repertae sunt a. 1870 prope Ursonem (Osuna) Baeticae*”.

²⁰² Plinio, *N.H.* 3, 12, la cita entre las colonias inmunes del *Conventus Astigitanus*, con el nombre de Urso quae Genetiva Urbanorum; sobre esto último, GARCÍA Y BELLIDO, “Las colonias romanas de Hispania”, cit. p. 466, cuando dice: “El cognomen de Urbanorum lo tuvo porque sus colonos fueron elegidos de entre el proletariado de la Urbs, de Roma”.

Genetivae Iuliae. Como explica D'ORS²⁰³, de César tomó “Osuna el nombre de *Colonia Genetiva Iulia*, en alusión a la diosa *Venus Genetrix* protectora de la *gens Iulia* a que pertenecía el dictador”. Esta ley colonial²⁰⁴, aún siendo sospechosa de varias interpolaciones²⁰⁵, contiene información sustancial sobre la organización de una colonia²⁰⁶, *iurisdictio* de los magistrados (en cuyo capítulo 94 aparece una mención al *imperium*, que llama la atención por tratarse de magistrados municipales²⁰⁷) y uniones entre mujeres hispanas y colonos²⁰⁸; como dice D'ORS²⁰⁹: “Los veteranos con que fundó César la colonia ciudadana de *Urso* debían de haber ya contraído muchos de ellos matrimonio peregrino con españolas. La ley convalida aquí tal matrimonio, declarando a tales mujeres ciudadanas, ya que las somete (*legibus coloniae Genetivae Iuliae virique parento*) y las beneficia (*iuraque ex hac lege, quaecumque in hac lege scripta sunt, omnium rerum ex hac lege habento*) con la misma condición de sus maridos²¹⁰”. Por último, hay que recordar que como consecuencia del asesinato de César, será Marco Antonio quien publique la ley definitiva en el mismo año, 44 a. C.²¹¹.

²⁰³ Epigrafía jurídica, cit. p. 169.

²⁰⁴ Vid. al respecto, GARCÍA Y BELLIDO, “Las colonias romanas de Hispania”, cit. p. 466: “Aunque las monedas, de comienzos del Imperio, no aluden siquiera a su condición colonial, pocas colonias estarán tan bien documentadas al respecto como la de Urso, ya que nos ha llegado buena parte de su ley constitucional, la *Lex coloniae Genetivae*, monumento insigne de la epigrafía jurídica romana...”.

²⁰⁵ MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, cit. p. 246: *Interpolatio quatenus in has tabulas grassata sit, inde intellegitur, quod formula... cum plerumque in his ita reperitur, ut proferri solet in prima et secunda tabula...*

²⁰⁶ Vid. al respecto, MOMMSEN, *Gesammelte Schriften I*, cit. p. 213: “Colonos divisos esse in tribus inde efficitur, quod magistratus creantur pro tribu (4, 18). Eas tribus non fuisse populi Romani, sed proprias coloniae huius vel inde intellegitur, quod Caesaris aetate uni soli ex populi Romani tribubus ut reliquarum coloniarum municipiorumque ita etiam coloniae Genetivae cives adscriptos fuisse certum et exploratum. Post reperta aera municipiorum Latini iuris Malacae et Salpensae communis opinio obtinuit res publicas formae Romanae omnes distributas fuisse curiatim; ea enim ordinatio est et in illis introducta est et alibi passim observatur, maxime in Africa. Iam vero cum negari nequeat coloniam hanc a Caesare dictatore cum eam deduceret tributum ordinatam esse, accedantque tituli coloniae Augustae Lilybaei eam rem publicam duodecim tribuum fuisse declarantes, haud scio an Latinae formae rebus publicis et propterea municipiis tam propriae fuerint curiae quam tribus civium Romanorum coloniis ad ipsius Romae imaginem expressis... Ceterum curias tribusque nomine magis quam re differre et alibi demonstravi et notum est hodie pervulgatumque”; D'ORS, *Epigrafía jurídica*, cit. p. 231: “La colonia, al ser fundada, se distribuyó por tribus, y tal división servía para la reunión de los comicios, lo mismo que en Roma”, citando la diferencia con el municipio malacitano, en el que la base de la organización es la curia, afirmando: “En realidad, la diferencia entre curias y tribus era aquí más bien nominal”.

²⁰⁷ Cfr. GRADENWITZ, en SZ 43, 1922, p. 452 ss., en donde dice que quizá sea el comienzo de una expresión que debía referirse a un verdadero magistrado cum imperium, o tal vez sea una glosa; D'ORS, *Epigrafía jurídica*, cit. p. 218.

²⁰⁸ Cfr. KEAY, *Roman Spain*, cit. p. 56. “In 44 B.C. a group of settlers from the poorer parts of Rome were settled in a colonia within the Turdetanian settlement at Urso (modern Osuna)... This has given us an almost unique glimpse of the guide-lines which Rome laid down for the running of a colonia”.

²⁰⁹ *Ibid.* p. 278.

²¹⁰ Vid. al respecto, D'ORS, *Introducción a Cicerón*. Defensa del poeta Arquías, CSIC, 1940, p. 18, en donde habla de la iniciativa de César tendente a favorecer las concesiones de ciudadanía.

²¹¹ MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, cit. p. 207; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Observaciones a propósito del tránsito de la Iberia-griega y púnica a la Hispania romana”, cit. p. 28, en donde añade: “La *Lex Ursonensis* es la más antigua de las *leges datae* conocidas”.

A tenor de lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que César extendió la concesión de la ciudadanía en las dos provincias Hispanas. Como declara SHERWIN-WHITE²¹²: “Under *Caesar* and *Augustus* comes the first large-scale extension of the Roman citizenship in provincial areas²¹³. This extension is based upon the firm foundation of a genuine Italian immigration, either of legionary veterans or of farmers, merchants, and businessmen. Beside this stands the extensive grant of *ius Latii* in the more Romanized areas of Spain and southern Gaul”, añadiendo poco después “But the grant of civic rights to a purely native community is rare. In this respect doubtless Caesar was more lax than Augustus”.

En palabras de RODRÍGUEZ ENNES²¹⁴: “Así las cosas, desde el 218 a. C. en que tuvo lugar el desembarco del ejército romano en Ampurias que inicia la presencia de Roma en *Hispania*, hasta el 19 a. C. en que Augusto sometió definitivamente a cántabros, astures y galaicos, transcurrieron los siglos de lenta conquista, entre incesantes guerras y rebeliones, lo que determinaría desde el principio el diverso grado de romanización existente en unas y otras regiones. Las tierras andaluzas llevaban casi dos siglos de vida pacífica bajo el influjo romano, cuando Augusto en persona y sus propios legados pugnan por reprimir los últimos levantamientos de los pueblos del Norte. Al fin la Península quedó convertida en provincia pacificada (*provincia pacata*)”.

Nos encontramos con un nuevo período, cuyo protagonista será Augusto²¹⁵, y como afirma SHERWIN WHITE²¹⁶: “The Principate of Augustus marks the opening of a new period in the history of the Roman Empire”, abundando en la importancia²¹⁷ de la administración provincial de Augusto. Así, en el año 27 a. C.

²¹² The Roman Citizenship, cit. p. 225.

²¹³ Vid. al respecto, KEAY, Roman Spain, cit. p. 55: By the mid-first century BC, therefore, few Roman towns had been founded in Spain, and the spread of the Roman way of life was restricted to the Ebro valley, the east coast of Citerior and the greater part of Ulterior. This picture was completely transformed by the mid-first century AD. Between the deaths of Julius Caesar (44 BC) and Augustus (AD 14) legionary veterans were settled in coloniae throughout the western Mediterranean. Nine were founded in Baetica, eight in Tarraconensis and four in Lusitania”.

²¹⁴ Gallaecia, cit. p. 30.

²¹⁵ Sobre Augusto y su obra, RICCOBONO Jr. L'opera di Augusto e lo sviluppo del diritto imperiale, Cortona, 1939, p. 186: “Le guerre infatti, sotto Augusto, non mancarono. Il principale problema era di trovare e stabilire sicure frontiere per l'Impero. Restava ancora da conquistare la parte nord occidentale della Spagna, la Gallia sottomessa da Cesare in modo incompleto, la vasta regione delle Alpi centrali ed orientali... Di tutto questo vasto programma una buona parte fu condotta a buon fine: la pacificazione della Spagna e della Gallia, per cui fu offerta ad Augusto l'Ara pacis, e poi la conquista delle regioni poste sotto il Danubio... Tale furono le imprese di Augusto”.

²¹⁶ The Roman citizenship, cit. p. 221.

²¹⁷ Así, HARTMANN-KROMAYER, Storia romana I, trad. CECCHINI, Florencia, 1924, p. 227: “La energia guerriera e la tenacia di questo imperatore pacifico, che non andava personalmente al campo e che ha raggiunto tali risultati per mezzo dei suoi subalterni è per noi ragione di stupore e restiamo ammirati dinanzi alla conoscenza degli uomini e all'abilità con cui seppe trovare gli ausiliari che potessero portare a compimento tali imprese senza divenire mai pericolosi per lui”.

Augusto procede a realizar una nueva reorganización provincial²¹⁸, dividiendo a *Hispania* en tres provincias: la *Hispania Citerior*, la Bética y la Lusitania, volcando sus mayores esfuerzos en la Citerior (llamada *Tarraconensis*)²¹⁹. Al mismo tiempo, dirige la conquista en el año 26 a.C.²²⁰ de Cantabria, Asturias y Galicia²²¹, sin olvidar la consolidación de la política anterior de César²²². Tras una victoria en el año 25 a. C.²²³, las revueltas se sucederán²²⁴ hasta la pacificación definitiva en el año 19 a. C. Como testimonio del largo camino hasta llegar a someter completamente el territorio de *Hispania*, escribe Livio²²⁵ “Aunque Hispania fue la primera provincia importante invadida por los romanos, fue la última en ser dominada completamente y ha resistido hasta nuestra época”.

En la reorganización²²⁶ llevada a cabo²²⁷, Augusto²²⁸ decidió que la Bética se convirtiese en provincia del Senado y el pueblo, mientras que la Citerior²²⁹

²¹⁸ Vid. al respecto, LUZZATTO, Roma e le province, cit. p. 330: “La conquista della Galizia e delle Asturie si accompagna con la riorganizzazione della penisola, che è quindi da attribuire agli ultimi anni della permanenza di Augusto nella Spagna (27/25 a. C.). Alle due province (Spagna Citeriore e Ulteriore) del periodo repubblicano Augusto ne sostituisce tre: La Spagna Citeriore (la denominazione ufficiale rimase tale, anche se nel linguaggio corrente la provincia è talora qualificata *Tarraconensis*), la Lusitania e la Bética”.

²¹⁹ Vid. sobre la intención de Augusto de consolidar la política cesariana, y su mayor esfuerzo dirigido a la Hispania Citerior, SAYAS, “Colonización y municipalización bajo César y Augusto: Bética y Lusitania”, en Aspectos de la colonización y municipalización de Hispania”, Mérida, 1989, p. 40.

²²⁰ Strab. 4, 18, sobre el relato de la campaña augustea.

²²¹ Sobre la denominadas guerras cántabras y su controvertida cronología: CURCHIN, España Romana, cit. p. 73 ss.; SYME, “The conquest of north-west Spain”, en Legio VII Gemina, León, 1970, p. 79 ss.; RODRÍGUEZ COLMENERO, Augusto e Hispania, Bilbao, 1979, p. 52 ss.

²²² Cfr. SHERWIN-WHITE, The Roman Citizenship, cit. p. 236: “Caesar and Augustus were interested in the extension rather than the limitation of privilege, Augustus maintaining what Caesar had practised on a larger scale than had been known before”.

²²³ Como se refleja en Floro, 2, 33, la fase final de la operación fue el avance en Galicia, que termina con un suicidio masivo, al modo numantino, en el monte Medulio; Suetonio, Aug. 20, 1; Dión Casio, 53, 25, 5-8; Orosio 6, 21.

²²⁴ Dión Casio, 53, 29, 1-2; 54, 5, 1-3; 54, 11, 2-5; 54, 20, 3.

²²⁵ Res Gestae 12.

²²⁶ Como declara RODRÍGUEZ ENNES, Gallaecia, cit. p. 40: “Desde el principado de Augusto hasta comienzos del siglo III hubo, sin ningún género de dudas sólo tres provincias hispanas: la Hispania Citerior, la Lusitania y la Bética”.

²²⁷ Cfr. RICHARDSON, Hispania y los romanos, cit. p. 123, en donde declara que hay motivos para dudar de la veracidad de la afirmación de Dión Casio, cuando sitúa los cambios provinciales en el año 27 a. C.

²²⁸ Original la visión que presenta WOOLF, “Provincial perspectives”, en The age of Augustus, Cambridge, 2005, p. 106: “What this chapter offers is not a complementary picture of the provinces in the age of Augustus. Instead, it asks how we might write the history differently if we did not start from Rome and the first emperor”, terminando por decir con respecto a la obra Res Gestae de Augusto, en p. 128: “We do not need to applaud Augustus, but it is worth following his prompt to thinking about the stage on which he performed and the script that he did not entirely write himself”.

²²⁹ Vid. LUZZATTO, Roma e le province, cit. p. 331, en donde aduce que las necesidades militares “spiegano la divisione della provincia in tre diocesi (Asturia et Gallaecia con due legioni; Tarraconensis con una: diocesi dell’ interno) a ciascuna delle quali fu preposto un legatus Augusti con funzioni militari. Agli effetti

(Tarraconense) y la Lusitania pasaron a ser provincias del César²³⁰, lo que supondrá en la práctica que los magistrados en la provincia senatorial ostentarán el *imperium pro praetore*, como subordinados del emperador, mientras que los destinados a las imperiales gozarán del *imperium pro consule*, como habían ostentado siempre los generales en España²³¹. Por supuesto, continuará con la fundación de nuevas colonias²³², en una política de clara expansión del imperio Romano.

Finalmente, el emperador Vespasiano primero de los Flavios- concedió el *ius latii* a las tres Hispanias, una medida excepcional por su alcance, de cuya singularidad es necesario tomar conciencia²³³. El punto de partida lo constituye un texto de Plinio²³⁴, *N. H.* 3, 30, en el que nos informa de la concesión realizada por *Vespasiano del Latium a Hispania*:

Universae Hispaniae Vespasianus Imperator Augustus iactatum²³⁵ procellis rei publicae Latium tribuit.

Parece claro que nos encontramos en este pasaje con el objeto de la reforma (*ius latii*) y con el alcance de la misma (*universae Hispaniae*).

dell'esercizio della giurisdizione la provincia è divisa nei sette conventus di Carthago Nova, Tarraco, Caesaraugusta, Clunia, Lucus Augusti, Bracaraugusta, Asturica Augusta (questi ultimi tre in Asturia)".

²³⁰ Dión Casio 53, 12, 4-5.

²³¹ Vid. al respecto, MILLAR, "The emperor, the senate and the provinces", en *JRS* 56, 1966, p. 156-166.

²³² Sobre estas colonias, GARCÍA Y BELLIDO, "Las colonias romanas de Hispania", cit. p. 474 ss. pudiendo destacar la colonia Caesar Augusta, la actual Zaragoza, fundada por Augusto hacia el año 19 a. C. con veteranos de diversas legiones, como la X Gemina, que habían tomado parte en las guerras cántabras, y, como dice el autor en p. 484: "Quizá aún en curso cuando la fundación, pues la fecha de ésta no es del todo segura"; Quizás la más reconocida sea la colonia Augusta Emérita, que se corresponde con la Mérida actual, citada en Strab. 3, 2, 15, ya como colonia, juntamente con Caesar Augusta; cabeza del conventus de su nombre, como señala Plin. *N. H.* 4, 117, debió de ocupar una gran superficie; como señala García y Bellido en p. 488: "Aunque no sea posible fijar con precisión los límites de este territorio colonial sí es hacedero formarse una idea aproximada de su enorme extensión", recordando a continuación que uno de los motivos de la fundación de esta colonia fue para reforzar la defensa de esta parte de la Lusitania.

²³³ Cfr. ANDREU PINTADO, *Edictum, Municipium y Lex*, cit. p. IX.

²³⁴ Que toman como referencia: MCELDERRY, "Vespasian's Reconstruction of Spain", en *JRS* 8, 1918, p. 62-68, en donde comienza por el texto pliniano, y MONTENEGRO, "Problemas y nuevas perspectivas en el estudio de la Hispania de Vespasiano", en *H. Ant.* 5, 1977, p. 7-13, en donde destaca de igual modo el texto de Plinio.

²³⁵ Existe debate sobre este término, primero sobre cuestiones filológicas, sobre si la lectura debe ser *iactatum* o *iactatus*, y sobre las que se pronuncia ZECCHINI, "Plinio il Vecchio e la Lex Flavia municipalis", en *ZPE*, 84, 1990, p. 14, diciendo que leer *iactatus* supone elegir una *lectio facilior* no justificada, ya que de cinco códices que se conservan de Plinio, tan sólo dos presentan dicha variante; segundo, se cuestiona desde un punto de vista histórico la acepción de este término, como RICHARDSON, *The Romans in Spain*, cit. p. 191, que ha leído *iactatae* refiriendo a Hispania dicho adjetivo, queriendo ver en las palabras de Plinio una referencia a una Hispania devastada, incluso en el plano psicológico, debido a la guerra civil del 68-69 d. C.

Lo que supone la concesión del *ius latii* es destacado por GONZÁLEZ, J²³⁶. al señalar que en las provincias más romanizadas, a la extensión del *ius latii* seguía normalmente la mejora del estatuto jurídico de las comunidades y la aparición de *municipia Latina*²³⁷, y ello ha provocado que la investigación sobre la naturaleza y el contenido esencial del *ius Latii* se divida entre los que defienden el *Gemeinderecht*²³⁸, el carácter del *ius latii* como derecho de comunidades, y los partidarios del *Personalrecht*²³⁹, que entienden el *ius latii* como un derecho personal. Estas diferentes posturas han procurado un encendido debate en los últimos tiempos²⁴⁰, aún cuando se vislumbre alguna postura de carácter conciliador en medio de algunos de los que defienden el carácter o no personal de dicho derecho.

Resumo: O presente artigo analisa desde os motivos que levaram os romanos a conquistarem o território espanhol, até o evento político-social sobre a organização romana transposta para aquele lugar, conforme a evolução do conceito de *provincia*. Por fim, destaca-se a importância das leis municipais, detendo-se na concessão do *ius latii* por parte do imperador Vespasiano.

Palavras-chave: *Provincia. Hispania. Município. Ius latii.*

²³⁶ “Las leyes municipales Flavias”, en *Aspectos de la colonización y municipalización de Hispania*, Mérida, 1989, p. 143.

²³⁷ Vid. al respecto, GARCÍA FERNÁNDEZ, *El municipio latino. Origen y desarrollo constitucional*, Madrid, 2001, *passim*.

²³⁸ Vid. entre los que participan de esta tesis: MOMMSEN, “Die StadRechte der Lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica”, en *Iuristische Schriften I*, Berlín, 1905, p. 265-382, primero en concluir que el privilegio del *Latium* sólo podía ser referido a una comunidad, negando que pudiese existir una idea abstracta de ciudadanía latina supraterritorial; GALSTERER, *Untersuchungen zum Römischen Städtewesen auf der Iberischen Halbinsel*, Berlín, 1971, p. 40, en donde señala que del *CIL* II, 1610, 1049, 1050, 2322, 2477, 5217, se desprende la idea del valor colectivo del *Latium*, ya que en dichos documentos la condición de *civis Latinus* sólo aparece en plural; WOLFF, “Kriterien für latinische und römische städte in Gallien und Germanien und die ‘Verfassung’ der gallischen Stammesgemeinden”, en *Bonner Jahrbücher*, 176, 1976, p. 52, 57 y 77, insistiendo en que las referencias contenidas en las *leges municipales* con respecto a la forma de desenvolverse los *Latini* en comunidad (x. ej. Cap. 21-23 y 29 de la *Lex Salpensana*) prueban que dicha condición sólo podría existir dentro de la misma; GARCÍA FERNÁNDEZ, *El municipio latino*, cit. p. 129.

²³⁹ Como MILLAR, *The Emperor in the Roman World (31 BC.- 337 AD.)*, 1977, p. 398, que habla de una vinculación entre el *ius latii* y la concesión individual de la *civitas per honorem*, afirmando que el *ius latii* era el único sistema que permitía a los *peregrini* entrar a formar parte del ordenamiento romano a través del puente hacia la *civitas* romana que el *Latium* suponía; otros inciden más en la innecesaria correspondencia entre la concesión del *Latium* y la promoción estatutaria de una comunidad, como SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, cit. p. 362, en relación con la *Gallia Cisalpina*; GALSTERER-KRÖLL, “Zum *ius latii* in des Keltischen Provinzen des *Imperium Romanum*”, en *Chiron* 3, p. 305-306, en relación con la Céltica, concluyendo que en estos casos no siguió al *Latium* la municipalización.

²⁴⁰ Cfr. MENTXAKA, *El Senado municipal en la Bética hispana a la luz de la Lex Irnitana*, Vitoria, 1993, p. 41-44, en donde refiere un resumen de dicho debate, con una serie bibliográfica.

CASO SAN PABLO

Luís Aníbal Maggio

Professor titular de Direito Romano na Faculdade de Direito, Ciências Políticas e Sociais da Universidade de Morón (Argentina)

anibalmaggio@yahoo.com.ar

1: El proceso seguido al Apóstol Pablo se inscribe en el período histórico (siglo I a III p.C) caracterizado como de “las persecuciones” a los profesantes de la nueva religión, los cristianos, pero ofrece al menos dos particularidades:

1: Se trata de un proceso penal contra un “ciudadano romano”. En los casos de los demás perseguidos, se los mencionan como “judíos”, “cristianos”, “nazarenos” sin aparecer el tema de la ciudadanía. 2: Hay discrepancia entre los autores sobre los fundamentos jurídicos de las persecuciones. Para algunos (Mommsen, de Francisci, etc) estuvieron apoyadas en las leyes penales generales del sistema romano desde los delitos como “perduellio” y/o “crimen maiestatis”, especialmente la negativa de rendir culto al emperador, hasta leyes contra la magia y los sacrilegios. Para otros, se habría tratado de “leyes especiales” comenzando por un eventual “Institutum neronianum”, mencionado por Tertuliano, que habría dictado Nerón luego del incendio de Roma y habría oficiado como paradigma persecutorio en adelante ⁽¹⁾. Sin embargo, por más que se lea y relea el único documento histórico estimado confiable ⁽²⁾ sobre este proceso (Los Hechos de los Apóstoles), no se hallará mención a ningún delito penal romano ni a alguna ley especial. Para los romanos era un asunto puramente religioso entre judíos. “Este hombre es una verdadera peste; él suscita disturbios entre todos los judíos y es uno de los dirigentes de la secta de los nazarenos”, alega Tértulo en contra de Pablo. “Lo que había entre ellos eran no sé qué discusiones sobre su religión y sobre un tal Jesús que murió y que Pablo dice que vive”, informa Festo al rey Agripa. “Pero ahora quisiéramos oírte exponer lo que piensas porque sabemos que esta secta encuentra oposición en todas partes”, los judíos piden a Pablo ⁽³⁾.

El famoso “institutum neronianum”, de haber existido, fue obviamente posterior al caso de Pablo, que transcurre entre los años 58 al 60. La única norma anterior que es posible coleccionar a través de “Los Hechos” y de Suetonio ⁽⁴⁾, es un edicto del Emperador Claudio (41-54) que data entre los años 50/52, expulsando

¹ Ruiz Bueno: Actas de los mártires. BAC: 82 y 216; BAC: Historia de la Iglesia: IX,II,4; Cllevaert, Ehrhard, Kirsch. Contra. Hughes P: Historia de la Iglesia. Ed.Herder,33.

² E. Renán. San Pablo. Ed. Nova, cap.1.

³ Los Hechos de los Apóstoles (HE): 24.5;25.19; 28.22.

⁴ HE: 18,1. Suetonio: Vita Caesarum, Claudius, 26, Tiberius Nero 36. Tácito: Anales XV,44.

a los judíos de Roma: “Iudeos, impulsore Chresto, assidue tumultuantes, Roma expulit” (“Claudio expulsó de Roma a varios judíos que promovían turbulencias por instigación de un cierto Cristo”). Mal podría ser de aplicación en este caso el edicto claudiano cuyo objeto era expulsar a judíos de Roma no traerlos, como reclamara Pablo. Los Hechos refieren que Pablo se encontró en Corinto con Aquila y su mujer Priscila, que precisamente habían sido obligados a salir de la ciudad capital a raíz de este edicto.

2: Veamos el relato de Lucas (5):

Pablo regresa a Jerusalén y tiene disputas con judíos y judíos-cristianos que lo acusan de no cumplir con la ley mosaica e introducir además paganos en el templo. Se produce una batahola y se apoderan de Pablo con intenciones de matarlo cuando aparece el tribuno Claudio Lisias que se lo saca de las manos y ordena lo aten con cadenas y lo lleven a la fortaleza (torre Antonia, noroeste del templo). Pablo pide y se le permite hablar, cuenta su historia confesándose judío, pero los acusadores insisten en que lo eliminen. El tribuno lo lleva a la fortaleza y ordena que lo azoten. Pablo como defensa pregunta “si les está permitido azotar a un ciudadano romano sin haberlo juzgado”. Al enterarse, Lisias se alarma por haber encadenado a un ciudadano romano, ordena que le saquen las cadenas y convoca para el día siguiente a los sacerdotes y al Sanedrín. En la reunión se produce un altercado entre Pablo y el Sumo Sacerdote Ananías; al declararse Pablo fariseo, discuten fariseos y saduceos y como la disputa se hacía cada vez más violenta, Lisias, temiendo por la seguridad de Pablo lo manda de nuevo a la fortaleza. Los judíos traman asesinarlo, se entera un sobrino del apóstol que por medio de un centurión informa al tribuno. El tribuno le pide guarde absoluto secreto, llama a dos centuriones, les ordena preparen soldados y caballos (incluso para Pablo) y dispone enviarlo de noche con custodia militar y una carta explicativa al gobernador Félix.

3: Los hechos transcurren en la lejana “provincia” de Judea e intervienen un “tribuno”, un “gobernador” y el Consejo Supremo de los judíos o “Sanedrín”.

En el año 6 d.C, a consecuencia de las disputas entre los herederos de Herodes y el destierro de Aquelao, Augusto convierte a Judea en una provincia romana “de segundo orden” (6) con un número ínfimo de tropas de a pie y a caballo.

En su origen se denominó “provincia” a la competencia o división del “Imperium” entre los magistrados colegas (7). Posteriormente se designaron como “provincias” las regiones conquistadas por los romanos fuera de Roma. Augusto las dividió en “imperiales” (del Emperador) y “senatoriales” (del Senado). Las

⁵ HE: 21/28.

⁶ T. Mommsen: El Mundo de los Césares. FCE, México,,335.

⁷ T. Mommsen. Historia de Roma. Joaquín Gil Editor. Apéndice V.

primeras, generalmente más apartadas y expuestas a los ataques de los bárbaros, eran gobernadas por el Emperador por intermedio de sus legados (*legati Caesaris*); los súbditos pagaban un “*tributum*” (impuesto) al fisco (tesoro del Emperador). Las segundas eran gobernadas por el Senado de Roma; los súbditos pagaban un “*stipendium*” (impuesto) al “*aerarium*” (tesoro del Senado). La división diárquica subsiste hasta la época de Diocleciano (284-305) que con la “*tetrarquía*” (gobierno de cuatro) reorganiza el imperio en cuatro prefecturas. La nueva provincia donde transcurren los hechos narrados dependía del Emperador.

Al designarse con el vocablo “provincia” la porción de territorio ocupado en que ejerce la jurisdicción el magistrado romano, se le asigna la significación de “campo vencido” ⁽⁸⁾ Esta etimología reconocería su origen en el verbo “*vinco*” (*is, vici, victum, cere*) que Julio César hiciera famoso (*veni, vidi, vinci*). Sin embargo, podría reconocer otra significación. Las “provincias” eran gobernadas por magistrados romanos que habían concluido el período de su magistratura y eran enviados como “presidentes” o “gobernadores” y, en las imperiales, como “legados” (*legati Caesaris*) por lo general con la jerarquía del cargo desempeñado en Roma anteponiendo al título el prefijo “*pro*” ⁽⁹⁾: delante de, frente de, en lugar de, como si (“*pro-consule*”, “*pro-praetore*”, etc) Los cargos desempeñados en las provincias, a más del honor, para muchos, como para Verres, significó una posibilidad de resarcirse de los cuantiosos gastos de sus campañas electorales, no precisamente por medios honorables. El verbo latino “*vincio-is-xi-ctum-ere*” significa unir, atar, ligar. “*Vinceus-a-um*”: lo propio para atar (Plauto). De modo que, desde este punto de vista, “*pro-vincia*” también tendría la significación de lo (territorio) unido, atado, ligado (gobernado) fuera de los límites de la Urbe.

A hora bien, en el supuesto del verbo vencer (*vinco*) habría que preguntar cuál haya sido la significación del “*pro*” antepuesto. Si tomamos la acepción “a favor de” que también reconoce la preposición “*pro*”, quizá no sería arriesgado entender extensivamente que el hecho de la derrota se consideraba paradójicamente un beneficio para los vencidos, como ha ocurrido tantas veces en la historia cuando un pueblo real o supuestamente más avanzado o civilizado intenta “inculturar”, “mejorar las condiciones”, de las poblaciones conquistadas.

El gobernador de la Provincia lo hacía con el título de “prefecto”, pero, a partir del año 44, cambia por el de “procurador”. Por ello, Pilatos no pudo ser procurador sino prefecto porque el término no existía a la época de Jesús ⁽¹⁰⁾. El gobernador, en este caso Felix, residía en Cesarea, en el palacio real de Herodes. Su sede era el “pretorio”, pero con frecuencia, especialmente para las festividades

⁸ T. Mommsen: *Der. Penal Romano*, 1, 240. *Der. Público Romano*, 120.

⁹ T. Mommsen: *Der. Penal Romano*, 1, 239.

¹⁰ M. Onfray. *Tratado de Ateología*, 152.

más importante, como ocurrió en este caso, se trasladaba a Jerusalem ⁽¹¹⁾ donde residía con carácter permanente un jefe militar con título de “tribuno”, Claudio Licias en nuestra narración, bajo la dependencia del gobernador. De modo similar a los demás municipios romanos, la nueva provincia se gobernó autónomamente bajo el control de las autoridades romanas. Gran relevancia tuvo el consejo de notables denominado “Sanedrín”, al que convocó el tribuno, presidido por el Gran sacerdote al que acompañaban los “Doctores de la Ley”. Si bien su competencia era básicamente eclesiástica, el gobierno romano dejó en sus manos prácticamente todas las atribuciones de que gozaban las comunidades helénicas y municipios romanos ⁽¹²⁾.

Los municipios fueron ciudades-estados conquistadas y anexadas por Roma; generalmente se trataba de comunidades a la que le era concedida la ciudadanía romana con mayores o menores limitaciones (vgr: el derecho a voto – sine suffragio-), pero teniendo una completa organización municipal y una administración autonómica: magistrados, curias y comicios ⁽¹³⁾.

En Dig. L-XVI,18 podemos leer: “Munus tribus dicitur...Igitur municipes dici, quod munera civilia capiant”. “Munus se dice de tres modos. Y así se dice municipes porque adquieren los cargos civiles.

4: La orden del tribuno de atar a Pablo con dos cadenas y de conducirlo a la fortaleza, nos señalan dos figuras: el arresto y el encadenamiento, a cuyo respecto dice Mommsen: *“Entre los romanos, el arresto correspondía a la esfera de coerción del magistrado, absolutamente en este pueblo (romano) no se conoció la cárcel como pena. El arresto, por consiguiente, se hallaba sometido por su propia esencia al arbitrio del magistrado estaba regulado por ley, es decir, podía prescribirse o prohibirse al magistrado, dentro de ciertos límites, hacer uso del arresto; pero por lo general, sólo podía preguntársele por el motivo, no por el fundamento jurídico de tal arresto”*. El “arresto público” derivaba del encadenamiento (vincire) de los prisioneros de guerra; por lo común se le llamaba también “ligadura”. El encadenamiento o ligadura no conllevaba necesariamente el encarcelamiento, pero en la práctica el encadenamiento y el encarcelamiento se confundían ya que, si bien los magistrados podían decretar el arresto sin encarcelamiento, lo regular era que decretasen ambas cosas a la vez, por creer que así lo exigían razones de seguridad”⁽¹⁴⁾.

Las ligaduras no importaban estar físicamente encadenado todo el tiempo ni privaban de modo absoluto de la libertad. El “encadenado” podía ser visitado o ver a sus amigos, realizar sus actividades habituales, disponer de sus bienes,

¹¹ Alvarez Valdez, Ariel: Historia de Israel. UCASgo.del Estero, págs. 299/300.

¹² T. Mommsen. El mundo.op.cit.336.

¹³ E. Petit. Trat.Elem.Derecho Rom. Albatros, 117; Mommsen, T: Der. Púb.Romano.

¹⁴ T. Mommsen. Op. cit.

etc. Las ligaduras regularmente se desataban durante el proceso, como dispuso el tribuno Licias al hacerlo comparecer ante él y los sumos sacerdotes y el Sanedrín; tampoco se permitían en la “custodia libera”, estado en que Pablo estuvo luego bajo Félix como veremos infra ⁽¹⁵⁾.

La “custodia militar” era la encargada de velar por la seguridad de los prisioneros en tránsito, que marchaban ligados por una cadena en la mano derecha atada a la mano izquierda del custodio. Fuera de Roma todo comando militar tenía atribuciones para arrestar no solamente por delitos militares sino también civiles. La “custodia militaris” que en principio correspondía a la milicia, se fue aplicando progresivamente al arresto de civiles, especialmente en caso de ciudadanos importante (VIP diríamos hoy). Pablo es enviado pues bajo “custodia militaris” con una comitiva de 470 soldados. ¡ Nunca tuvo un apóstol más asistencia militar! exclamaba monseñor Straubinger ⁽¹⁶⁾.

El Digesto (L, XVII,224) aclara: “*Vinculorum appellatione vel privata vel publica vincula significant, “custodidae” verum tantum publicam custodiam*”: “Con la palabra “ataduras” significan ataduras privadas, pero con la de “custodia” solamente la “custodia pública”.

Lo custodian dos centuriones. El de centurión era un cargo militar con mando sobre cien personas por lo que en este caso se requerían dos. Era el más alto al que podían llegar los soldados y generalmente la puerta de entrada al orden ecuestre⁽¹⁷⁾. “Centurión o soldado distinguido”, dice Suetonio.

Modestino ⁽¹⁸⁾ recomienda no confiar la custodia a soldados jóvenes, proponiendo que sean dos, no uno. Y si se les escapan los reos, castigarlos o cambiarlos de milicia. “*Non est facile tironi custodia credenda, nam ea prodita is culpa reus est, qui eam ei comitidit. 1: Nec uni, sed duobus custodia comittenda est. 2: Qui si negligencia amiserint. Pro culpae vel castigantur, vel militiam mutant*”. “(No se ha de confiar fácilmente la custodia al soldado bisoño porque, desatendida aquella, es reo de culpa el que se la encomendó. 1: Y no ha de ser encomendada a uno solo sino a dos. 2: Y si por negligencia hubiere perdido a los presos, o son castigados según su culpa o cambian de milicia”).

La carta de Lisias al gobernador Félix rezaba: “*Aquí te mando un hombre que fue detenido por los judíos y cuando ya lo iban a matar, enterándome que era ciudadano romano, intervine con mis soldados y pude rescatarlo. Queriendo saber exactamente de qué lo acusaban, lo hice comparecer delante del tribunal judío, pero comprobé que se lo acusaba por cuestiones relativas a la religión*

¹⁵ Josefo: Antiq-VI,7; Renan: op.cit,358; HE 22.30-31. Mommsen, op.cit. II,311.

¹⁶ Mommsen, op.cit.1,318; Renan: op.cit.354; RB, 212; Straubinger: Sagr.Biblia. Ed.Guadalupe.HE: 23.23, nota.

¹⁷ Fiedlaender, Ludwig. La Sociedad Romana. FCE,155. Suetonio: Vital Caesarum. Vesp. I.

¹⁸ Dig. XLVIII,III,14.

de los judíos y que no había contra él ningún cargo que mereciera la muerte o la prisión. Informado que se tramaba una conspiración contra este hombre, he querido enviarlo allí enseguida, ordenando también a sus acusadores que te expongan los cargos que tengan contra él. Adios”

La carta de Lisias era un “elogium” es decir, un informe sobre los hechos que motivaban el envío del reo al Superior. *“Illud a quisbusdam observari solet, tu, cum cognovit et constituit, remittat illum cun elogio ad eum, qui provinciae preest, unde is homo est; quod ex causa faciendum est”* (Se suele practicar por algunos que, cuando conoció el caso y resolvió, lo remite con una relación al que es Presidente de la provincia de donde es aquel hombre; lo que se ha de hacer en virtud de la causa”). Estas relaciones no gozaban de mucho crédito por lo que en cierta forma su escasa confiabilidad podría hasta mejorar la situación del reo. El Digesto las descalifica: *Divus Hadrianus Iulio Secundo ita rescripsit: et alias rescriptum est, non esse utique epistolis eorum credendum, qui quasi damnatos ad Praesidem remiserint. Idem de irenarchis praeceptum est, quia omnes ex fide bona elogia scribere compertum est”*. (El Divino Adriano respondió así por escrito a Julio Segundo: También otras veces se respondió por rescripto que no se ha de dar ciertamente crédito a las cartas de los que hubieren remitido como condenados. Lo mismo se preceptuó respecto de los irenarcas, porque se ha visto que no todos escriben de buena fe su relaciones). El rescripto de Adriano, de fecha obviamente posterior, recuerda rescriptos anteriores lo que permiten columbrar que una larga tradición de sospechas recaía sobre estos partes ⁽¹⁹⁾.

Los “irenarcas” eran funcionarios militares-municipales encargados de perseguir a los ladrones de caminos ⁽²⁰⁾.

Según el relato de los Hechos, Lisias en cierta forma revela alguna envidia al manifestar que le había costado mucho dinero conseguir la ciudadanía romana, mientras Pablo le enrostra que él la tiene de nacimiento. Con respecto a la posibilidad de una doble ciudadanía (hemos visto que Pablo también se confiesa también judío fariseo), el prof. Tabosa Pinto menciona una tesis de Mommsen, con base en Cicerón, negando la posibilidad de la doble ciudadanía y la contraria de Franceso de Martino apoyado precisamente en la situación del apóstol Pablo ⁽²¹⁾

El tribuno se entera de que Pablo era ciudadano romano después de haberlo salvado de la turba y arrestado, pero en la carta informa que lo hizo porque se había enterado que era ciudadano romano. Al parecer, la táctica política de autoelogiarse para mejorar posiciones viene de lejos, pero sí, como manifiesta posteriormente,

¹⁹ HE: 23,23-31; Celso. Dig. XLVIII.III,11,1, 6.Renan, op.cit.354.

²⁰ Mommsen, op.cit. 1,313.

²¹ HE: 23,28. Agerson Tabosa Pinto. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Morelia,Michoacán, México, 2006

lo sacó de las manos de los tumultuantes enterado que era ciudadano romano, peor para Lisias por el trato poco cortés que luego le dispensó ⁽²²⁾.

Sin perjuicio de ello, se deduce de este pasaje que las cuestiones religiosas no conformaban ningún cargo para el derecho penal romano, mucho menos susceptibles de pena de muerte o prisión, lo que deviene interesante con relación al tema de la base jurídica de las persecuciones. Es un argumento en que debilita la tesis que las atribuye a la violación de leyes penales vigentes.

5: Vemos en este pasaje al tribuno Lisias haciendo uso de la *“coercitio”*.

La *“coercitio”*, coerción administrativa, deriva de la idea plenitud del poder (*“imperium”*) de los magistrados que en un principio y en cabeza del *“rex”*, era absoluto. Medidas punitivas de orden administrativo y penal fueron acotando sus alcances con ciertas restricciones que, de todas maneras, dejaron subsistente un amplísimo margen de poder en manos de los magistrados.

La *“coercitio”* estaba conformada por el del poder de los magistrados para imponer penas válidamente dentro de la ciudad sin necesidad de que las mismas fueron confirmadas por los comicios y sin necesidad de que interviniera el jurado. Si al magistrado corresponde el derecho de dar órdenes, no era concebible darlas sin medios para hacerlas cumplir coactivamente. No obstante, al estar regulado el poder de los magistrados respecto de los ciudadanos, todo acto que excediere los límites de las regulaciones se consideraba un acto privado sometido a la esfera de las acciones penales. El poder del magistrado podía manifestarse con respecto a personas no sometidas a la represión ordinaria, a regímenes de especial rigurosidad como los militares o simplemente por tratarse de hechos considerados nocivos para la comunidad sin estar legalmente previstos como punibles. En suma, el magistrado disponía de un poder suficiente para hacer cumplir eficazmente los deberes propios de su cargo.

Este tipo de coerción se manifestó, por ejemplo, en los casos de *“superstitio externa”*. Si bien el culto a los dioses extranjeros no era considerado un delito, en muchos casos las ceremonias u otras prácticas religiosas no fueron recibidas con beneplácito y suscitaban reprobación social y política, especialmente cuando, como ocurría con cultos egipcios, eran extraños a las modalidades romanas. Desde la prohibición de ceremonias públicas, la clausura de locales, la destrucción de altares o secuestros de objetos litúrgicos hasta el destierro de adeptos fueron formas de ejercicio de la *“coercitio”*. Las reuniones y celebraciones, el ósculo de la paz, la eucarestía y otras particulares exteriorizaciones de los cristianos sin duda hubieron de suscitar intrigas y desconfianzas en la mentalidad romana acarreado en consecuencia medidas de coerción administrativa. Como en la famosa carta

²² HE: 21,33; 23,23-31

de Plinio a Trajano, en muchos otros documentos el cristianismo era tildado de “superstición absurda”.

Una primera y marcada limitación está señalada por la distinción entre un derecho de punición militar, derecho de guerra (“*imperium militiae*”), que era ilimitado y un derecho punitivo doméstico (“*imperium domi*”) reducido a los ciudadanos romanos, no así a los no ciudadanos, no libres y mujeres a quienes no beneficiaba.

Otro punto lo marca la distinción entre infracciones religiosas e infracciones o delitos civiles. El rey tuvo atribuciones para imponer la pena de muerte a todo ciudadano calificado de “*ateo*” por el pontífice máximo, pero al irse separando las esferas de lo religioso y civil, no se le transfirió a las autoridades religiosas ese poder y no hubo ningún delito ni procedimiento sacral o religioso en adelante. Dentro del ámbito religioso el Pontífice Máximo gozaba de cierta posibilidad de coerción sobre los sacerdotes y los sacerdotes sobre los particulares, pero sin facultades de imponer penas o solicitar el auxilio de los magistrados.

El derecho de coerción correspondía a los magistrados “*cum imperio*”, a los tribunos y a los magistrados fuera de los límites de la ciudad. La “coerción inferior”, generalmente imposición de multas, correspondía a los magistrados menores, censores, autoridades municipales, etc.

La base de la coerción del magistrado era, dentro de los límites de Roma, el “*imperium*” regulado; fuera de sus límites, el “*imperium*” libre y discrecional. Los condicionamientos o regulaciones fueron obra de las costumbres, vgr. la exigencia de publicidad, la obligación de conceder audiencia y oír al inculcado, el señalamiento de plazos dados a conocer al mismo, la posibilidad de suspender de la resolución por el juez hasta estar mejor informado, la autodefensa, sin perjuicio de la eventual asistencia de patrocinadores o defensores, el auxilio de asesores del magistrado. Tales recaudos consuetudinarios en la “*civitas*” de Roma fueron también generalmente observados a modo de parámetros por los tribunales superiores del Imperio y presidentes de provincias.

La coerción administrativa se ejerce sin que exista tipificación de delito ni procedimiento específico. Se trataba en suma de una respuesta sancionatoria a la insubordinación y la desobediencia al magistrado. Las ofensas a las autoridades, la portación de armas prohibidas, las ventas ilegales, los desórdenes, los actos peligrosos para la seguridad pública, et ita porro entre muchos otros entuertos de la vida urbana, se resolvían mediante coerción. Las penas podían ser de variado tenor: pena capital en caso de “*perduellio*”, faltas militares o de orden internacional, pérdida de la libertad, venta como esclavo, flagelación, arresto, confiscación de bienes, etc.

Lisias se condujo en la emergencia de manera totalmente acorde con sus facultades y normativa usual, pero su situación se resiente y complica por dos razones. La primera por haber hecho encadenar y ordenado azotar a Pablo, aunque hubiere ignorado que era ciudadano romano. Todo ciudadano, y mucho

más un funcionario, estaba obligado a conocer el derecho vigente sin poder alegar ignorancia, de modo que previamente debió haber tomado la precaución de informarse sobre el “status” de la persona en cuestión; fue pues una actuación negligente. La segunda, porque someter a castigos corporales a un hombre libre era incompatible con una tradición esencial de la cultura jurídica romana. *“El sistema penal romano, dice Mommsen, no se desligó completamente de esta concepción originaria, según la cual se hallaban fuera del derecho, fuera de la comunión jurídica, no sólo los no libres, sino también los no ciudadanos y hasta la mujer romana. El derecho penal legislado llegó con el tiempo a ser el mismo para todos, pero la coerción que existía conjuntamente con el derecho penal, es decir, el arbitrio del magistrado, no conoció las limitaciones que hemos estudiado en el cap.IV más que con relación al ciudadano romano”*. La centralidad del derecho penal romano finca en torno a la figura del ciudadano. El abusar de los medios coercitivos contra ellos no era considerado por el derecho primitivo como un acto en ejercicio del cargo público sino meramente privado cometido por un particular. Si ocasionaba la muerte, se trataba de un homicidio; si causaba alguna otra lesión, injuria. Pero ya Catón (234-149) había celebrado un acuerdo con el pueblo prohibiendo severamente la flagelación cuando la “Lex Porcia” (195 a.C) dispuso castigar con rigor al magistrado que hiciera encadenar, golpear o ejecutar a un ciudadano romano, rigor que fue acentuado por una “lex Sempronia” del tiempo de los Graccos; a su vez las “Leyes Julias” tipificaron como delito de violencia grave la flagelación y tormento contra el ciudadano (23). Esta normativa fue observada en el tiempos de Augusto y Claudio juró respetar al comienzo de su reinado. Sólo a partir de Tiberio y como medida extraordinaria algunos tribunales lo autorizaron y posteriormente es admitida como pena. Obsérvese que Pablo pregunta al tribuno si era lícito castigar a un ciudadano romano “sin haberlo juzgado”, es decir, antes de una sentencia que pudiera aplicar la pena de tormento (“supplicia”). El exceso de Lisias lo hizo eventualmente pasable de ser acusado y tener que responder por el delito de injurias como “ofensa intencionada e ilegítima a la personalidad de un tercero”.

El título XVIII del libro XLVIII del Digesto está dedica a los tormentos (“de quaestionibus) pero referidos a los esclavos y con muchas precauciones. “In criminibus eruendis quaestio adhibere solet. Sed quando vel auqtenus id faciendum sit, videamus. Et non esse a tormentis incipiendum et divini Augustius constituit, neque adeo fidem quaestioni adhibendum”. (Para descubrir el delito se suele aplicar el tormento. Pero veamos cuándo y de qué modo se ha de hacer esto. Y determinó también el Divino Augusto, que no se había de comenzar por el tormento y que por ello no se ha de prestar crédito al tormento).

²³ Op.cit. Penal Romano: 1,331, 87; 2,112 et cap.IX.

Respecto a personas libres, Mommsen, por un lado, entiende que la ley no extendía la protección a los no ciudadanos, pero, por el otro, expresa que los castigos impuestos por César al magistrado que aplicara tormentos indebidos beneficiaba a los ciudadanos no romanos y que *“los castigos corporales y toda otra clase de martirio, a los cuales se acudía en casos semejantes en muchos estados griegos de gran civilización, estuvieron prohibidos en Roma y lo estuvieron, según la tradición que ha llegado a nosotros, desde muy antiguo y no sólo con relación a los ciudadanos romanos, sino con relación a todos los hombres libres en general; cosa no inverosímil si se tiene en cuenta que tanto la libertad como la esclavitud fueron consideradas por el derecho Romano como instituciones internacionales”*.

En el pasaje citado del Digesto puede también leerse: *“Si quis, ne quaestio de eo agatur; liberum se dicta, divas Hadrianus rescripsit, non esse eum ante torquendum, quam liberal iudicium experiatur”* (Si alguno para que no se le sujete a tormento, dijera que él es libre, resolvió por rescripto el divino Adriano, que no ha de ser atormentado antes que se ventile el juicio sobre la libertad). No ya la ciudadanía sino la libertad (capitis deminutio media) es el límite. Plinio en su carta a Trajano señala que a los hombre libres los ha coaccionado con “amenazas de suplicio”, mientras que a las esclavas las ha sometido a tormentos ⁽²⁴⁾.

La carta de Lisias al gobernador Félix rezaba: *“Aquí te mando un hombre que fue detenido por los judíos y cuando ya lo iban a matar, enterándome que era ciudadano romano, intervine con mis soldados y pude rescatarlo. Queriendo saber exactamente de qué lo acusaban, lo hice comparecer delante del tribunal judío, pero comprobé que se lo acusaba por cuestiones relativas a la religión de los judíos y que no había contra él ningún cargo que mereciera la muerte o la prisión. Informado que se tramaba una conspiración contra este hombre, he querido enviarlo allí enseguida, ordenando también a sus acusadores que te expongan los cargos que tengan contra él. Adios”*

La carta de Lisias era un “elogium” es decir, un informe sobre los hechos que motivaban el envío del reo al Superior. *“Illud a quisbusdam observari solet, tu, cum cognovit et constituit, remittat illum cun elogio ad eum, qui provinciae preest, unde is homo est; quod ex causa faciendum est”* (Se suele practicar por algunos que, cuando conoció el caso y resolvió, lo remite con una relación al que es Presidente de la provincia de donde es aquel hombre; lo que se ha de hacer en virtud de la causa”). Estas relaciones no gozaban de mucho crédito por lo que en cierta forma su escasa confiabilidad podría hasta mejorar la situación del reo. El Digesto las descalifica: *Divus Hadrianus Iulio Secundo ita rescripsit: et alias*

²⁴ Dig: XLVIII-XVIII,1 y 12; Mommsen, op.cit. I,50 y 396; II,136; Vid.etiam Cod. IX.XLI. Plinio: Epistolarum I,IX,96.

rescriptum est, non esse utique epistolis eorum credendum, qui quasi damnatos ad Praesidem remiserint. Idem de irenarchis praeceptum est, quia omnes ex fide bona elogia scribere compertum est". (El Divino Adriano respondió así por escrito a Julio Segundo: También otras veces se respondió por rescripto que no se ha de dar ciertamente crédito a las cartas de los que hubieren remitido como condenados. Lo mismo se preceptuó respecto de los irenarcas, porque se ha visto que no todos escriben de buena fe su relaciones). El rescripto de Adriano, de fecha obviamente posterior, recuerda rescriptos anteriores lo que permiten columbrar que una larga tradición de sospechas recaía sobre estos partes ⁽²⁵⁾.

Los "irenarcas" eran funcionarios militares-municipales encargados de perseguir a los ladrones de caminos ⁽²⁶⁾.

La carta (elogium) de Lisias ⁽²⁷⁾ demuestra que las cuestiones religiosas no conformaban ningún cargo para el derecho penal romano, mucho menos susceptibles de pena de muerte o prisión, lo que deviene interesante con relación al tema de la base jurídica de las persecuciones. Es un argumento en que debilita la tesis que las atribuye a la violación de leyes penales vigentes.

6: Pero Lisias además "ordena" a los acusadores que expongan los cargos ante el gobernador. Ello importó dejar de lado la "coercitio" administrativa para impulsar un proceso penal por vía de "**accusatio**".

Los procesos penales se sustanciaron por dos vías:

a) **Cognitio**: Lamentablemente la ausencia de formalidades hace prácticamente imposible una exposición detallada y un estudio científico de este instituto procesal ⁽²⁸⁾

El proceso se inicia sin denuncia de parte y es instruido totalmente por el magistrado. Carece de formalidades y el arbitrio del magistrado es amplísimo y determinante. No hay plazos para la iniciación ni para la terminación de la causa; el magistrado puede sobreseerla, abandonarla o retomarla; puede recibir denuncias, citar a testigos, recibir testimonios anticipados, etc. sin condicionamientos, apreciar la prueba y dictar sentencia en función de sus libres convicciones. El interrogatorio al reo debe haber sido el centro de este procedimiento pues el interrogado no podía negarse a contestar. Las únicas limitaciones a la discrecionalidad del magistrado provenían de las costumbres o de la ley (vgr. la prohibición mutilaciones corporales o de tormentos contra ciudadano, la no aceptación de denuncias anónimas (Trajano – Adriano), la inoficiosidad de la declaración del esclavo contra su amo, etc). "*Yo les respondí que los romanos no tienen la costumbre de entregar a un hombre*

²⁵ HE: 23,23-31; Celso. Dig. XLVIII.III,11,1, 6.Renan, op.cit.354.

²⁶ Mommsen, op.cit. 1,313.

²⁷ HE: 23,27. 21,33; 23,23-31.

²⁸ Mommsen. Op.cit. I,337.

antes de enfrentarlos con sus acusadores y darle la oportunidad de defenderse”, informa “in voce” el gobernador Festo ante Agripa y Berenice ⁽²⁹⁾.

Cuando se introduce la posibilidad de apelación a los comicios y en consecuencia la suspensión del fallo y su eventual anulación, aparece la figura de la “anquisitio”, procedimiento preparatorio consistente en una reseña de los fundamentos de la culpabilidad de los condenados y de la sentencia que permitieran sostener la decisión ante el pueblo, frente al cual el juez oficia ahora como Ministerio Público. Tenemos así el procedimiento penal en que intervienen el magistrado y los Comicios que constará de cinco partes: a) la fijación de un término (diei dictio) o emplazamiento; b) la instrucción sumarial (la “anquisitio”); c) la sentencia (iudicatio et multae irrogatio); d) la apelación para ante la comunidad (provocatio) y e) la resolución comicial (iudicium populi).

De todas maneras el “principio de la cognición” en el sentido de que la instrucción de los procesos penales fuera de competencia total y exclusiva del magistrado, se mantuvo en vigor.

El procedimiento inquisitivo o por “cognición” fue de uso corriente en los primeros tiempos bien, que limitado a los ciudadanos y en Roma (de allí su insuficiencia y relativa eficacia), luego de ser sustituido aunque no siempre abolido en la etapa republicana, reaparece al menos en su estructura básica durante el Principado y se acrecienta en la etapa de las persecuciones en masa.

No se tienen noticias de procesos contra cristianos sustanciados ante los Comicios; en general fueron por “cognición” o por el procedimiento “acusatorio” que veremos seguidamente. Cualquiera haya sido la discrecionalidad, arbitrariedad y hasta ferocidad de los magistrados en el uso de su “imperium”, las Actas de los mártires testifican que al menos el recaudo esencial mínimo de audiencia y autodefensa del reo no les fue negado a los cristianos sometidos a proceso.

b) Accusatio: Las “Leges Iudiciariae” de Julio César se componía de la “lex iudiciorum publicorum” (de vi publica) y la “lex iudicorum privatorum” (de vi privata). El antiguo proceso criminal celebrado con la intervención del magistrado y los comicios, es reformado con la introducción de las “quaestiones” (i.e. determinación de delitos, sus penas y autoridades jurisdiccionales) que importaban la traslación de las formas procesales de los juicios privados al juzgamiento de los delitos públicos como controversia jurídica entre la comunidad y el inculpado.

El sistema de acusación (accusatio) aunque es originario y guarda cierta similitud con los “iudicia privata” ⁽³⁰⁾ se adscribe a los “iudicia publica” y estaba fundado en la necesidad de reprimir con más energía ciertos delitos ofensivos a los derechos de la comunidad.

²⁹ Código: . IX,XLIV, 2,3. Vid.etiam Cód. IX IV A,6 1/6. HE: 25.16. Mommsen, op.cit.I,175, 339.

³⁰ Ulpiano,3, de privatis delict; XLVII, 1; L.92,d. de furt. XLVV,2. Mommsen, I,51,41- II.IX.

Se inicia por denuncia de un particular que asume el rol de acusador oficiando como representante de la comunidad, instruye la causa y la lleva adelante hasta la sentencia. Una falsa denuncia lo hace pasible de delito de “calumnia”. El magistrado se limita a admitir la acción, hacer lugar a las peticiones y controlar la regularidad del proceso.

A partir de la época de los Graccos casi sin excepciones los procesos debieron instruirse en forma acusatoria. En el primer período las persecuciones se desarrollan sin ningún estímulo de autoridad por el proceso ordinario de las leyes y costumbres en vigor. *“El antiguo proceso penal no conocía la función del fiscal o ministerio público en la antigüedad, la querella tenía que ser presentada por un particular, a quien incumbía la prueba. Si no había denuncia privada, el juez podía iniciar la causa, pero no tenía obligación de hacerlo, aun cuando se tratara de delitos notorios. Trajano lo había prohibido expresamente respecto de los cristianos: “conquirendi non sunt; si deferatur et arguantur, puniendo sunt”*. San Justino esperaba su proceso pero hasta tanto alguien lo denunció, no fue detenido y ejecutado⁽³¹⁾.

Sin embargo, durante el Principado readquiere relevancia la figura del magistrado que a su arbitrio puede admitir o no las acusaciones, remitirlas a la vía civil, tomar inquisitivamente decisiones incluso sin que mediara formalmente acusación, etc. De este modo el ámbito de la “cognición” penal se fue ampliando y transformando en una “procedimiento extraordinario” aplicado a numerosos delitos especialmente en procesos ante los delegados del emperador. Ante el tribunal del Emperador actuaba el magistrado que poco a poco va limitando la intervención de las partes hasta abolirla completamente. A partir de Diocleciano los tribunales ordinarios de hecho dejaron de actuar y prácticamente todos los procesos fueron “extra ordinem”. En este estado la coerción y el procedimiento penal por cognición llegaron a confundirse⁽³²⁾.

7: El gobernador lee la carta (elogium), pregunta a Pablo de qué provincia era y, al saber que era de Cilicia, dijo *“te oiré cuando lleguen los acusadores”* y lo hizo poner bajo custodia en el pretorio.

En tan breve despacho se reflejan algunas características interesantes del proceso penal.

El interrogatorio al acusado era un punto central del procedimiento y no sólo el sentimiento del derecho sino también la costumbre se oponían, dice Mommsen a que se dejase de oír al acusado como elemento esencial del derecho a la defensa: *“Yo les respondí que los romanos no tienen la costumbre de entregar a un hombre*

³¹ RB, 106/7.

³² Mommsen. II, 26. I, 71.

antes de enfrentarlos con sus acusadores y darle la oportunidad de defenderse” (supra, Festo ante Agripa y Berenice).

Pero, sin duda observando la formalidad procesal usual, el gobernador esperará para poner en marcha el proceso a que lleguen los acusadores. Mientras tanto, lo pone bajo custodia en el pretorio, es decir, en las mismas instalaciones del edificio en que se residía el tribuno y se celebraban las audiencias. La custodia bajo la cual fue puesto se trataba de la “custodia libera”, es decir, libre de arresto y/o ligaduras que los magistrados podían disponer en ciertas circunstancias sea por la naturaleza del asunto, la personalidad del encartado o deficiencias de seguridad en las cárcel pública y podía efectivizarse en una casa particular, en la casa del magistrado o, como en este caso, en el mismo pretorio. *“De custodia reorum Proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit opersona, an militi tradenda, del fideiussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem pro criminis, quod obiicitur, qualitate, vel propter honores, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personae, vel pro dignitate eius, qui accusatur, facere solet”* En cuanto a la custodia de los reos suele estimar el procónsul si la persona haya de ser recluida en la cárcel o haya de ser entregada a los militares o encomendada a fiadores, o aún a ella misma. Más esto suele hacerlo atendiendo a la calidad del delito que se le imputa, o a la honorabilidad, o a las grandes facultades, o a la inocencia de las personas o a la dignidad del que es acusado ⁽³³⁾.

Comparecen días después el sumo sacerdote con algunos ancianos y un abogado llamado Tértulo que habían convocado para presentar la acusación y que más que como “advocatus” pareciera haberse comportado como “orator”. Luego de un breve y obsequioso introito dirigido al gobernador como indican las normas de la obsecuencia, o un “exordio pomposo” según la Oratoria, el abogado ingresa en la “exornación o elocución” enfatizando que Pablo era una verdadera peste, que suscitaba disturbios y era uno de los dirigentes de la secta de los nazarenos, como si ser de tal “secta” fuera un delito; para colmo, había intentado profanar el templo. En suma, una pulida pieza que no acredita nada. Tanto es así que el mismo abogado pide que el gobernador lo interroge para reconocer que los cargos son bien fundados ⁽³⁴⁾.

El acusado no podía ser condenado sin ser oído, pero éste no podía dejar de responder. Recordemos la sorpresa de Pilatos cuando Cristo se niega a responder de los cargos que le formulan ⁽³⁵⁾. El abogado, a falta de otros elementos, recurre a una eventual confesión de Pablo, que se defiende en términos religiosos y desafía a los acusadores para que concreten de qué delito lo acusan. La intervención de

³³ Ulp. De officio Proconsulis. Libro II. Dig. XLVIII,III; Mommsen, op.cit.1, 310,337.

³⁴ Scialoja, V: Procedimiento civil romano. Ejea.&22; Cebeira A: Lecciones de Oratoria. Librería El Foro. HE: 24,7.

³⁵ Mateo 27,11; Marcos 15,1.

defensores en los procesos ante gobernadores de provincias y/o el tribunal del Emperador no era muy frecuente, pero la “autodefensa” era un derecho sólidamente establecido por la costumbre y respetado por los órganos jurisdiccionales. Al reclamar Pablo, ejerciendo su “autodefensa”, que especificaran los delitos objeto de la acusación, sin duda ponía hábilmente a los acusadores contra las cuerdas porque para ser condenado en esa sede era necesario la concurrencia de alguna figura penal legalmente prevista o, en último caso y de recurrirse a la “coecitio”, de algún acto grave contrario al orden público, pero todo lo referido por el abogado versaban sobre cuestiones religiosas que no constituían en absoluto delito para el derecho romano vigente.

Félix posterga la causa esperando para expedirse a que viniera el tribuno Lisias desde Jerusalén ordenando al centurión *“que custodiara a Pablo, pero dejándole cierta libertad y sin impedir que sus amigos lo atendieran”*. Días después y con su mujer Drusila, manda llamar a Pablo y se ponen a conversar acerca de la fe en Jesucristo, pero cuando se introduce en temas poco agradables como la justicia, la continencia y el juicio futuro, lo despacharon con la promesa de volver a llamarlo. Así lo tuvo en espera durante dos años y si lo llamaba no era precisamente para conversar sobre la salvación eterna sino para insinuar lo conveniente que sería alguna “gratificación”. Como demostrando el valor de la esperanza, si la custodia hasta entonces había sido “libera”, se torna más flexible todavía. Sin embargo, pese a la carta del tribuno en la que se consigna que no había cargo alguno que mereciera muerte o prisión y a la cierta libertad que le otorga Félix, ante Agripa Pablo se lamenta de estar con cadenas. Si así fuere, Félix habría obrado ilegalmente ⁽³⁶⁾.

El centurión al que Félix encomienda la custodia de Pablo revistaba en la categoría en cierto modo política de “frumentarius”, que servía de enlace entre jefaturas militares y cargaba una gran responsabilidad y graves castigos en caso de fugas de presos. *“Milites si amiserint custodia, ipsi in periculum deducuntur; nam Divus Adrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quoties custodia militibus evaserit, exquiri oportet, utrum nimiam negligentia militum evaserit, an casu, et utrum unus ex pluribus, an una plures; et ita demum afficiendos supplicium milites quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur, alioquin pro modo culpa in eos statuendum”* Si los militares hubieren perdido a los presos, incurren ellos en responsabilidad; porque el Divino Adriano respondió por escrito al legado Statilio Segundo, que siempre que un preso se hubiere escapado de los soldados, se debía inquirir si se había escapado por demasiada negligencia de los militares, o por casualidad, y si uno solo de muchos o muchos juntos; y que se

³⁶ HE: 23,29; 24,23; 26,29; Renan, op.cit.354.

debía castigar con suplicio a los soldados a quienes se les hubiere escapado los presos solamente si se descubriera demasiada culpa en ellos pues en otro caso se habría de determinar contra ellos con arreglo su culpa”⁽³⁷⁾.

La postergación de la causa estaba dentro de las amplias facultades del magistrado que no tiene plazos, puede sobreseerla, abandonarla o retomarla, discrecionalidad de la que, aunque hayan perdido tales facultades, suelen no privarse los magistrados actuales así como tampoco de la esperanza de alguna gentileza.

Llamar al prisionero, platicar con él, tratar de convencerlo, devolverlo una y otra vez a la prisión durante cierto tiempo, tal tarea de seducción y desgaste fue muy frecuentada en los procesos a los cristianos. Haber convencido al reo y concluir su período sin haber condenado a ninguno era un timbre de eficacia y honor para muchos magistrados. En este caso las motivaciones de Félix que quedaron al descubierto no eran tan meritorias y como en política también los días interpelan por el hombre, al cabo de los dos años hubo de dejar su estrado a su sucesor Festo, personaje firme y justo según Josefo ⁽³⁸⁾.

Tres días después de asumir el cargo, Festo sube a Jerusalén y enseguida sacerdotes y judíos principales le ponen a consideración la causa de Pablo reclamando que lo trajeran de nuevo a esta ciudad; pero el gobernador considera que Pablo debía seguir bajo custodia en Cesarea y les indica que cuando él regrese, le acompañen y presenten formalmente la acusación. Al día siguiente del regreso se celebra la audiencia en la que se aducen numerosas y graves imputaciones que, no obstante, no pudieron probar. La apreciación de la prueba era de exclusivo y discrecional arbitrio del magistrado, pero a los acusadores le incumbía la carga. Pablo se defiende alegando que no ha cometido falta alguna ni contra la ley judaica, ni contra el templo ni contra el Emperador. Festo, que al parecer no era tan firme como dijera Josefo o era políticamente maleable, no quiere enemistarse con los judíos y le propone a Pablo ser juzgado en Jerusalén, a lo que el acusado responde: “Estoy delante del tribunal del Emperador y es aquí donde debo ser Juzgado si soy culpable y he cometido delito no me niego a morir, pero si las acusaciones que hacen los judíos contra mi carecen de fundamento, nadie tiene derecho a entregarse a ellos. Apelo al Emperador”. Festo después de haber consultado con su “Consilium”, respondió: “Ya que apelaste al Emperador, comparecerás ante él” ⁽³⁹⁾.

Si Félix había procedido ilegalmente, Festo pareciera también haber incurrido en exceso al mantener prisión de Pablo. Los Hechos lo explican por el deseo de congraciarse con los judíos, pero si se tiene en cuenta el clima adverso

³⁷ Mommsen, op.cit 1,319; Dig: XLVIII, III,12.

³⁸ Antiq.II,XIV,1.

³⁹ HE: 25.10.12.

que se había creado contra el apóstol y la emboscada para matarlo que se estaba tramando, bien puede haber sido por razones prudenciales de seguridad para un ciudadano romano y, en este supuesto, habría obrado correctamente. En todo lo demás, salvo la propuesta un tanto cínica de volver a Jerusalén para ser juzgado, se condujo conforme a derecho. “Yo les respondí que los romanos no tienen la costumbre de entregar a un hombre ante de enfrentarlos con sus acusadores y darles oportunidad de defenderse”. Esta era la regla de oro y la observó a raja tablas. No habiéndose probado nada y hecha la apelación, consulta al “consilium” y contesta con la “fórmula” de práctica: “Ya que apelaste ante el Emperador, comparecerás ante el”. La negativa a ser juzgado en Jerusalén y la apelación de Pablo al Emperador le vino de perlas al gobernador para sacarse el asunto de encima que, por otra parte, no tenía alternativa pues la violación del derecho de apelación y/o el impedimento a un ciudadano que pretendiera marchar a Roma para defenderse, lo hubiera hecho incurrir en “vis publica”, delito gravemente castigado ⁽⁴⁰⁾.

Antes de ser enviado a Roma, pasan por Cesarea el rey Agripa y Berenice. Festo les narra lo ocurrido, el rey manifiesta su deseo de oír a Pablo. Llevado a su presencia les prodiga un largo discurso que, al tocar el tema de la resurrección de los muertos, le cayó a Festo tan disparatado como para tildarlo de loco que ha perdido la cabeza. No obstante, el rey (que casi terminado convencido y convertido) y su esposa lo escuchan con atención y cuchichean entre si que Pablo no había hecho nada reprochable, a punto tal que el primero le manifiesta al gobernador como lamentando la situación: *“Podría ser dejado en libertad, si él mismo no hubiera apelado al Emperador”*.

En realidad, este pasaje podría ser considerado como un “dispendio jurisdiccional” porque nada tenían que hacer el rey y su esposa en este caso, salvo el interés por escuchar a Pablo y la obsecuencia del gobernador por complacerlos. Si el reo hubiera sido judío y acusado de infracciones puramente religiosas, Agripa podría haber intervenido como “tetrarca de Galilea” (i.e de una cuarta parte) y, de haber condena a pena capital de acuerdo con las normas del Talmud, ejecutarla previa conformidad del gobernador. *“A nosotros no nos está permitido dar muerte a nadie”*, habían alegado los judíos ante Pilatos ⁽⁴¹⁾ en el proceso a Jesús. Pero, convocado Pablo por orden del tribuno Licias, éste comprueba que *“se lo acusaba por cuestiones religiosas relativas a la ley de los judíos y que no había ningún cargo que mereciere la ley de muerte o prisión*. Seguramente por no conocerla, el tribuno no estaba en condiciones de juzgar por delitos y penas de la

⁴⁰ HE: 25.16. De Francisci, P: Síntesis historica del Derecho Romano. Ed.Revista de Derecho, privado, pág.604.

⁴¹ Juan, 18,31.

ley mosaica, pero la mención de “ningún cargo ”” que merecieran pena capital y la defensa de Pablo ante Festo (“*Yo no he cometido ninguna falta contra la Ley de los judíos, ni contra el templo, ni contra el Emperador*”) permiten presumir que los acusadores, quizá como un recurso por si no procedían cargos por su ley, procedieran por la romana, habrían introducido en sus acusaciones también cargos de delitos contra el Emperador para presionar así al magistrado, como hacía ya años habían amedrentado (“*si no haces eso, eres enemigo del César*) a Pilatos ⁽⁴²⁾. Pablo, ciudadano romano, no hubiera podido ser juzgado por la ley y autoridades religiosas judías sino por las leyes y autoridades romanas. Que podría ser dejando en libertad fue una mera opinión o quizá expresión de deseos del tetrarca, no una sentencia. Pero Festo, a más de la complacencia para con el rey y Berenice, tenía otro motivo que confiesa sin tapujos: “*Como no tengo nada preciso que escribir (elogium) sobre él al Superior (Emperador), lo hice comparecer ante ustedes, especialmente ante ti, rey Agripa; así, después de este interrogatorio, yo tendré algo para informar. Porque me parece absurdo enviar a un prisionero sin indicar al mismo tiempo los cargos que se le imputan*”. ⁽⁴³⁾.

Acompañado por un centurión de nombre Julio, que trató a Pablo con suma deferencia e incluso lo salvó de que los marineros en una ocasión lo mataran y luego de variadas peripecias, Pablo llega a Roma donde recibió autorización para alojarse en una casa particular con un soldado de custodia y siguió predicando la doctrina de Cristo. Los Hechos concluyen aquí sin mencionar nada sobre el proceso ⁽⁴⁴⁾.

8: El silencio de los Hechos pareciera haber sido observado por toda la literatura posterior. Salvo la certeza de no haber sido condenado por el tribunal del Emperador, haber recuperado la libertad, haber sufrido el martirio bajo Nerón y algunas otras circunstancias que pueden extraerse de sus célebres Cartas, todo lo demás queda en niveles de sagas y tradiciones sin apoyaturas documentales. Puede también haber contribuido a esta laguna histórica el hecho de que en medio de las querellas intestinas de la naciente iglesia, hasta el siglo III la figura de Pablo no adquirió mayor relevancia.

Los textos de historia de la Iglesia y los comentaristas de los libros sagrados están contestes en que Pablo logra la libertad en Roma pero difieren y son confusas las explicaciones sobre las razones jurídicas que habrían determinado la liberación. Veamos algunos ejemplos:

“Al cumplirse dos años de la custodia militar, Pablo quedó seguramente en libertad. Así lo determinaba la ley en caso de que no prosperara la acusación”, se

⁴² Juan, 19,12.

⁴³ HE: 25,27.

⁴⁴ HE: 28,30.

anota en “El Libro del Pueblo de Dios – La Biblia” en el pasaje de la cautividad en Cesarea bajo Félix. Se trata de “custodia militar” y la libertad sería la consecuencia de una ley, que no se identifica, según la cual no podía superar los dos años.

“*No cabe duda que el apóstol fue absuelto y puesto en libertad en el año 63*”, asegura Straubinger, lo que en clave procesal presupone que hubo un proceso y un pronunciamiento (absolución) del tribunal y, si Pablo llegó entre el 60 y 61, habría estado dos años o más en proceso.

“*Finalmente tras un año de prisión mitigado, el apóstol fue absuelto y puesto en libertad*” comenta Ruiz Bueno. Para este autor Pablo llegó en el 62 y se trata de una “prisión mitigada” que no excede de un año.

“*Bienium autem expleto*”, pasados dos años reza el versículo 24.27 de los Hechos al referirse al tiempo en que Félix tuvo prisionero a Pablo y en la “*Nueva Biblia de Jerusalén*” se anota: “*griego dietia (= bienium) esta palabra, que se halla también en 28.30 parece tomarse como término técnico en derecho, la duración máxima de una prisión preventiva. Al cabo de ese plazo, de no haber condena, Pablo lógicamente tendría que recuperar su libertad. Es lo que probablemente ocurrió en Roma*”. Son dos años y prisión preventiva.

“*La tradición más antigua afirma igualmente que, a los dos años de su llegada a Roma, Pablo fue puesto en libertad. Una cautividad tan suave como la que sufrió Pablo en esos años no podía terminar de otro modo que con la libertad*”, deduce un historiador moderno. Tenemos una “*cautividad suave*” y como fundamente una antigua tradición.

Llegado a Roma, se le permite residir en una “*casa particular con un soldado de guardia y Pablo –concluyen los Hechos– permaneció por espacio de dos años enteros en la casa que había alquilado (in suo conducto), en donde recibía a cuántos iban a verle predicando el reino de Dios y enseñando con toda libertad, sin que nadie se lo prohibiese, lo tocante a nuestro Señor Jesucristo*”.

Lo cierto es que Pablo desde su extraña situación de cautividad domiciliaria pudo desarrollar sus actividades apostólicas sin dificultades y viviendo de lo suyo. Sin embargo, en el año 63 escribe su Carta a los Filipenses manifestando que en el pretorio es conocido que sus cadenas son por la causa de Cristo y espera que se aclare su situación para ir a verlos. En la segunda Carta a Timoteo sigue mencionando sus cadenas, pero esto ocurría entre los años 66-67 cuando estaba en la cárcel mamertina antes de su martirio (⁴⁵).

Si Pablo pasa dos años ante Félix y Festo y dos en Roma hasta el 63 en que es librado, su cautividad habría durado 4 años. Pero si pudo alquilar y vivir en

⁴⁵ El Libro del Pueblo de Dios. Trad-Levoratti-Trusso: HE, nota 28,30. Straubinger: Op.cit, nota final. RB, 212. Nueva Biblia de Jerusalén. Desclee de Bouver: HE: 24.27;28.30 y nota. HE: Hechos.28.30-31. BAC: I,IV,IV). San Pablo: Carta a los Filipenses 2,23; 2da.a Timoteo 1,17- 2.9.

una casa particular, mantenerse con propios medios (era de profesión tapicero y venía de desarrollar ese oficio en Corinto con Aquila y Priscila), recibir visitas a voluntad y enseñar con toda libertad y sin ningún obstáculo, según el Epílogo de los Hechos, su situación en la Urbe aparece muy extraña y poco acorde con un estado cautividad; salvo la presencia de un soldado, se asemeja más a una situación de libertad plena.

Hay muy pocas noticias de cómo haya proseguido, si es que prosiguió, el proceso. Lucas concluye la narración de los Hechos informando que Pablo estuvo en la situación descrita por lo menos dos años en Roma. Ahora bien, Lucas escribe los Hechos después de ese lapso y sobrevive a San Pablo por lo que no se aprecia razón para que no haya narrado el “proceso ante el Emperador”, como lo hizo de las actuaciones frente a Félix y Festo, si tal proceso realmente se hubiere sustanciado.

Con respecto al plazo de uno o dos años que una vez vencido hubiere abierto la puerta de la libertad a Pablo, los comentadores de los Hechos y los autores varios omiten toda referencia a alguna norma que así lo hubiere estipulado y hubiere sido de aplicación al momento de su cautiverio y proceso. No haberla tampoco hallado para este trabajo nos siembra la duda si es por defecto e información o porque la tal norma no existió, salvo por fuente consuetudinaria. Mommsen, luego de comentar que en Roma no se conoció la cárcel como pena y que el arresto correspondía a la esfera de la coerción del magistrado por lo que, en principio, quedaba librado a su arbitrio, sin perjuicio de alguna eventual regulación en cuanto a los motivos, expresa: *“En general, a causa del carácter discrecional del arresto, no se admitían tocante al mismo limitaciones obligatorias en cuanto al tiempo que había de durar; se decretaba siempre hasta nueva orden y, por lo tanto, podía cesar en cualquier momento, pero también podía dilatarse indefinidamente; lo regular era, sin embargo, que se hiciera uso de él como medida transitoria y provisional”*.

Los datos sobre el tiempo de los procesos son muy escasos y se refieren a la prescripción de las acciones. Como corolario podría estimarse, como lo hace Mommsen, que la duración de los procesos tendía a no ser desmedida. Disposiciones de Julio César fijando cortos plazos fueron ampliados con posterioridad haciéndose costumbre que el tribunal interviniente estableciera los plazos de inicio y fin del proceso, por lo general entre uno y dos años. Se encuentran sí disposiciones concretas que parecieran receptar esta costumbre, pero ya en tiempos del Código de Justiniano:

“Noverim iudices cuilibet culmine honorive praesidentes, necessariis utrique parte intra certum tempos criminales causas limitandas”. Sepan los jueces que presidan con cualquier categoría u honor que las causas criminales han de ser limitadas dentro de cierto tiempo.

“Criminales causa intra duos anos a contestatione litis connumerandos finiri censem, nec ulla occasione ad ampliora produci tempora, sed post bienio

excessum , minime ulterius lite durante, accusatum absolvi, scientibus iudicibus eorumque officiis, quod, si litigatoribus admonentibus ipsi litis introductionem vel examinationem distulerint, poena vicenarum librarum auri ferientur”. Mandamos que de todos modos se terminen las causas criminales dentro de dos años contaderos desde la contestación del litigio y que en ninguna ocasión se prorrogue a más amplio plazo, sino que después de transcurso del bienio, no durando ya más el litigio, sea absuelto el acusado, sabiendo los jueces y sus oficiales que, si instando los litigantes hubieren ellos mismo dilatado la presentación o el examen del litigio, sean castigados con la pena de veinte libras de oro ⁽⁴⁶⁾.

Me permito intentar dos hipótesis: **a)** si bien el proceso ante el Emperador debía ser instrumentado por “cognición”, los funcionarios imperiales y mucho menos el Emperador pudieron haberse interesado en activar una causa contra un ciudadano romano y por una cuestión meramente religiosa, salvo que hubieren aparecido los lejanos acusadores de una remota provincia del Imperio, que no se tiene noticia hayan aparecido. Los judíos principales que fueron a verlo, lejos de acusarlo, estuvieron todo el día conversando sobre el Reino de Dios, aclararon que no habían recibido carta alguna en su contra, algunos se convirtieron y otros se fueron discutiendo entre ellos, sin que a ninguno se le pasara por la cabeza la idea de acusarlo ⁽⁴⁷⁾. Probablemente ni siquiera haya existido proceso y por ende absolucón. Sin acusadores que la activaran, la causa ha de haber entrado en vía muerta y al cabo de un tiempo Pablo, del que quizá los funcionarios ni se acordaran, habría quedado de hecho totalmente y sin más trámite desvinculado. **b)** las cadenas que mortifican a San Pablo pueden haber tenido el sentido puramente enfático o metafórico de encontrarse legalmente acusado y condicionado injustamente. No es muy verosímil que una persona - ciudadano romano para más - pueda alquilar una casa, vivir de sus medios, recibir a quien le plazca, hacer proselitismo y seguir predicando todo aquello por lo que se le había acusado, encontrándose físicamente encadenado. Si existía alguna ley o costumbre que limitara la prisión preventiva a dos años, Pablo tuvo que haber recuperado la libertad antes o al momento de llegar a Roma pues ya los había cumplido en Cesarea. Como la causa había sido elevada al Emperador, se imponía la custodia durante el viaje. Al llegar a Roma, el centurión debe haber respirado aliviado, entregado a Pablo, quizá ya hecho un amigo, y a los demás prisioneros y regresado a sus cuarteles. Mientras tanto, por precaución o seguridad o “por las dudas”, le pusieron una discreta vigilancia - apenas un soldado para que lo custodiara- como hoy tantos jueces y funcionarios tienen algún policía de custodia en la puerta de sus domicilios. Sería en el peor de

⁴⁶ Mommsen, op.cit. I, 308,465. Código. IX,XLIV, 2,3. Vid.etiam Cód. IX IV A,6 1/6; B.2.3.4.

⁴⁷ HE:28.23.

los supuestos de una “*libertad vigilada*”. Como se explicará seguidamente, el tribunal del Emperador no estaba obligado y podía rehusar atender las causas. Sustanciar un proceso por cuestiones de una religión casi desconocida contra un ciudadano romano, sin acusadores y sin cargos penales previstos por leyes romanas, no debe haber suscitado interés alguno entre los funcionarios del palacio imperial, que quizá ni se hayan dignado considerar el asunto. Total, el hombre estaba prácticamente libre, lo dejaron así nomás y la causa murió el sueño de los justos.

9: La vía más importante para el ejercicio de la jurisdicción penal durante el Principado fue el procedimiento ante el **Tribunal del Emperador** cuya función era cuádruple al actuar: 1: como primera y única instancia. 2: por delegación (legados imperiales, gobernadores de provincias, funcionarios especiales). 3: como tribunal de alzada de resoluciones de los gobernadores y delegados. 4: dando respuestas a petitorios sobre temas sometidos a su consulta.

La competencia del tribunal abarcaba a las “Provincias Imperiales” ya que, dada la estructura de la “Diarquía”, las “Provincias Senatoriales” aplicaban el procedimiento ante el Senado. Regía para los ciudadanos romanos incluso de “*utroque ordo*”, a los ciudadanos de ciudades libres y a los súbditos de principados clientes de Roma.

En principio comprendía el juzgamiento de delitos militares, luego se amplía a delitos comunes de militares y finalmente se convierte en proceso penal ordinario, incluso para delitos cometidos por gobernadores y funcionarios.

Con Augusto, el emperador reasume el “*imperium*” absoluto anterior a la aparición de la “*provocatio ad populum*”. Si se agrega a este basamento la conservación en el procedimiento de algunas características de su origen como “derecho de guerra”, se explica la total dependencia del arbitrio del Emperador, que se encontraba “*legibus solutus*” y tanto podía rehusarse a conocer el asunto como derivarlo o resolverlo a contrapelo de las normas vigentes. Era un procedimiento por “*cognición*” transformado en “extraordinario” en el que el particular en el mejor de los casos oficiaba de denunciante y las posibilidades de defensa estaban muy acotadas; la muy rala intervención de abogados, por regla general excluidos en esta sede penal, las limitaba de hecho a la autodefensa.

El Emperador atendía las causas en el “*auditorium*” o sala imperial y, aunque fuere optativo, generalmente recurría al asesoramiento de expertos o funcionarios permanentes o temporarios, honorarios o rentados que formaban el “*consilium Principis*”, integrado mayoritariamente por miembros de la orden de los “*equites*”. Vimos supra cómo Festo, antes de conceder la apelación al Emperador, reúne y consulta a su Consejo. En este órgano consultivo fueron adquiriendo relevancia los comandantes de la guardia imperial, los “*prefectos del pretorio*”, de moto tal que a la época de los Severos los más grandes juristas (Papiniano, Paulo, Ulpiano) fueron distinguidos con esa dignidad. El

“Consilium” presentaba un “periculum” o proyecto de resolución del caso que, especialmente cuando el Emperador lo había encomendado a algún funcionario en particular, era como una sentencia anticipada.

Al intervenir el tribunal como 1ra. Instancia, el Emperador resolvía discrecionalmente y sin posibilidad de apelaciones. Como tribunal de Alzada aprobaba o desaprobaba las penas de reclusión y, en casos de pena capital, gozaba del “derecho de gracia”: los gobernadores y delegados podían sentenciar a muerte pero debían consultar al emperador si podían ejecutarla o no.

Los famosos “rescriptos” de los Emperadores fueron las respuestas a petitorios o consultas elevados por gobernadores y otros funcionarios; conformaron verdaderos “precedentes” en la materia de que se tratase.

Desde el siglo anterior al Principado el ciudadano romano gozaba del “derecho de provocación” para recusar a los tribunales de los gobernadores de Provincia, pero durante el principado la provocación se hizo tan frecuente que los gobernadores fueron adoptando la práctica de enviar directamente los asuntos al tribunal imperial para que allí fuesen juzgados.

El gobernador Festo tenía atribuciones para declarar la inocencia o la culpabilidad de Pablo, pero en este último supuesto debía abstenerse de pronunciar una sentencia condenatoria en forma y elevarlo ante el tribunal del emperador. No se trataba estrictamente de un fallo (sentencia) en sentido técnico-jurídico sino de una propuesta presentada al emperador que podía acogerla en todo o en parte, anularla, modificarla, etc. Si el gobernador Festo hubiere sentenciado el caso, el recurso de Pablo se hubiere tratado técnicamente de una “apelación”, es decir, llevar disconformidad de una cuestión decidida en un grado a otro superior para que vuelva a tratarla. Pero en realidad de lo que Pablo hizo uso fue recurrir al “derecho de gracia” imperial que, en términos actuales, se trataría de una “recusación”, o “declinatoria de competencia” es decir, un recurso procesal para apartar al gobernador del asunto y ser decidido por el Emperador que, por otra parte, estaba obligado a conceder. De todos modos en el derecho romano “apellatio” y “provocatio” se usaron como sinónimos ⁽⁴⁸⁾.

Sin duda Pablo le ahorró trabajo el gobernador, pero es muy probable que, en virtud de la práctica que se estaba afianzando y lo incordioso del asunto, el gobernador lo hubiera mandado con prisionero y todo al tribunal del Emperador.

Distinto fue el caso de Jesús. El derecho romano no se aplicaba a los judíos que en materia religiosa seguían sujetos a su derecho canónico consignado en el Talmud. El Sanedrín como tribunal judío, podía aplicar la pena de acuerdo con su

⁴⁸ Scialoja V, op.cit & 29.

legislación, pero como institución de un pueblo ocupado, no tenía derecho a hacer ejecutar una sentencia sin consentimiento de la autoridad penal romana. “*A nosotros no nos está permitido dar muerte a nadie*”, alegaron, como se citó supra, los que acusaban a Jesús ante Pilatos que, tratándose de supuestos delitos de naturaleza religiosa, lavándose las manos lo que hizo fue dar vía libre (exequatur) para la ejecución de la condena dictada por el Sanedrín ⁽⁴⁹⁾. A Pablo como ciudadano romano le alcanzaba el “derecho de gracia” del emperador. ¿A Jesús le habría también amparado?. Si tenemos en cuenta que, según Mommsen, el gobernador tenía atribuciones para enviar a los peregrinos ante el tribunal del emperador (en ese momento Tiberio), pero que tal envío no tenía lugar sino en casos excepcionales ⁽⁵⁰⁾, la respuesta sería afirmativa; no obstante, el hecho de que ni siquiera se haya mencionado esa posibilidad indica a las claras que el acontecimiento más excepcional de nuestra historia fue apenas un hecho menor para los romanos.

⁴⁹ Jn 18.31; José. Antiq. XX,IX,1. Talmud de Jer. Sank.I,I. Renan, 271.

⁵⁰ Penal Romano, I,249.

UMA VELA A DEUS, OUTRA AO DIABO: A (IN)SUSTENTÁVEL POLÍTICA PARA MUDANÇAS CLIMÁTICAS DO GOVERNO BRASILEIRO E AS RESPOSTAS DA SOCIEDADE CIVIL

João Alfredo Telles Melo

Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Ambiental na FA7. Consultor do Greenpeace Brasil.

joaoalfredotellesmelo@gmail.com

Sumário: Introdução. 1) O aquecimento global, a espécie humana e a injustiça socioambiental. 2) O Brasil e as mudanças climáticas: contribuição e impactos. 3) A Amazônia no centro do aquecimento global: sumidouro e emissor de carbono. 4) O estado e o capital, de mãos dadas, quase sempre, no ataque à floresta. 5) Governo Lula: desenvolvimentismo insustentável *versus* resistência ambientalista (enxugando gelo em tempos de aquecimento global). 6) À guisa de conclusão: uma visão em perspectiva da luta socioambiental as propostas para a crise e as novas alianças que se tecem. 7) Posfácio: queda de Marina acentua contradições.

Resumo: O artigo analisa a política ambiental do governo do Presidente Lula da Silva em sua interface com a política de desenvolvimento e as propostas para a questão das mudanças climáticas, com acento na questão do aquecimento global, a partir do último relatório do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (o IPCC, em sua sigla em inglês) e os seus impactos no Brasil. Essa abordagem será mais focada na questão da Amazônia, em face da importância da preservação da floresta, não só por ser um imenso sumidouro de gás carbônico, mas também para o clima e o regime das chuvas em toda a América do Sul. Sem esquecer, entretanto, ainda que não mereça um tratamento mais demorado, a questão da matriz energética, inclusa no chamado Plano de Aceleração do Crescimento (o PAC). Essa abordagem não desconhecera, no entanto, nem as ações nem as propostas dos movimentos ecológicos, sociais e socioambientais, como protagonistas que

são da defesa da floresta. Antes pelo contrário, se dará voz à sociedade civil, por meio de um olhar em perspectiva, no fechamento deste texto.

Palavras-chave: Meio Ambiente; Mudanças Climáticas; Política Ambiental; Amazônia.

INTRODUÇÃO

O presente texto pretende fazer uma análise, ainda que sucinta e não conclusiva, da política ambiental do governo do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, atualmente em seu segundo mandato, abordando suas interfaces com a política de desenvolvimento e, principalmente, na sua relação com a questão das mudanças climáticas.

Inicialmente, se abordará o tema das mudanças climáticas, com acento evidentemente na questão do aquecimento global, a partir do último relatório do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (o IPCC, em sua sigla em inglês), os seus impactos no Brasil, com uma abordagem mais focada na questão da Amazônia, em face da importância da preservação da floresta, não só por ser um imenso sumidouro de gás carbônico, mas também para o clima e o regime das chuvas em toda a América do Sul.

Uma vez que, segundo os dados do último Inventário Nacional das Emissões de Gases do Efeito Estufa, 75% dessas liberações advém das mudanças do uso do solo (em especial, pelas queimadas e desmatamentos), a questão dos impactos das políticas governamentais sobre a região terá um tratamento mais acentuado do que as demais regiões situadas nos outros biomas brasileiros. Isso sem esquecer ainda que não mereça um tratamento mais demorado a questão da matriz energética, inclusa no chamado Plano de Aceleração do Crescimento (o PAC).

O manejo, neste trabalho, da questão ambiental vis a vis a política voltada para a questão das mudanças climáticas por parte do governo federal se voltará mais para o âmbito das políticas internas em especial na contradição desenvolvimento versus proteção ambiental do que propriamente em analisar a atuação do país nos fóruns internacionais, em especial, no que concerne às reuniões das conferências das partes (COP) da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima e do Protocolo de Quioto. A compreensão do que se passa hoje no país em termos de política desenvolvimentista é a chave para entender a postura da diplomacia brasileira, no campo das mudanças climáticas.

A escolha dessa metodologia é coerente com o título desse artigo “uma vela a Deus, outra ao diabo” uma vez que se pretende abordar as profundas e, algumas vezes, insanáveis, contradições existentes no interior, nas propostas e nas ações do governo brasileiro, no que concerne à sua política de desenvolvimento e meio ambiente.

A convivência, na equipe de governo, de um símbolo da luta ambientalista no planeta, como é a Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, com um dos mais lídimos, preparados e agressivos quadros do agronegócio brasileiro, como foi o Ministro Roberto Rodrigues, da Agricultura, tem produzido um embate permanente (e, por vezes, surdo) entre duas visões diversas e antagônicas. Isto tem levado, muitas vezes, a ‘pretensas’ soluções de conciliação que se chocam frontalmente com o que têm proposto, nas últimas décadas, os movimentos sociais e ecológicos no país e ao não enfrentamento das reais causas que têm produzido a degradação dos biomas brasileiros, que, em última análise colocam nosso país no incômodo posto de quarto ou quinto maior emissor de gases do efeito estufa (GEE).

1 O AQUECIMENTO GLOBAL, A ESPÉCIE HUMANA E A INJUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL

Autor de um dos livros mais importantes para os ecossocialistas¹, John Bellamy Foster, em artigo recente, intitulado *A Ecologia da Destruição*² nos chama a atenção para o fato de que “é uma característica da nossa época que a devastação global pareça sobrepor-se a todos os outros problemas, ameaçando a sobrevivência da terra como a conhecemos”.

A extraordinária repercussão do quarto relatório do IPCC³, em que milhares de cientistas de praticamente todo o planeta, não só constatarem a relação direta entre fenômenos climáticos intensos decorrentes do aquecimento global com a emissão dos chamados gases de efeito estufa (GEE) pelas atividades industriais, energéticas e agrícolas, mas também apontaram projeções catastróficas para este século, caso não haja uma drástica mudança na matriz energética e no padrão de consumo deu foros de cientificidade ao documentário “A Verdade Inconveniente”, do ex-vice-presidente estadunidense Al Gore, que recebeu o Oscar deste ano e também, juntamente com o próprio IPCC, o prêmio Nobel da Paz.

Por conseguinte, com exceção da minoria dos chamados “céticos”, dentre os quais se encontram evidentemente, de forma involuntária - cientistas sérios⁴ e organizações bancadas pelo Governo Bush e pelas grandes corporações de petróleo e carvão mineral no mundo, há uma ampla maioria de gente da comunidade científica⁵, dos movimentos ambientalistas, de governos e até mesmo de setores

¹ FOSTER, JOHN BELLAMY. “A Ecologia de Marx, Materialismo e Natureza”, Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2005.

² _____. *A Ecologia da Destruição*. In.: Revista Eletrônica O Comuneiro, nº 4, março, 2007. Disponível em: http://www.ocomuneiro.com/nr4_01_artigos_JOHN_BELLAMY.html

³ Sobre IPCC e sobre o quarto relatório, Climate Change 2007, consultar: <http://www.ipcc.ch>

⁴ A exemplo do grande geógrafo brasileiro Aziz Ab’Saber.

⁵ Destacam-se, nesse sentido, brasileiros da maior respeitabilidade, como José Goldenberg, Carlos Nobre e Luis Pinguelli Rosa.

empresariais que, a partir dos dados do IPCC, procuram encontrar saídas para a crise planetária, manifestada hoje pelo aquecimento global que ameaça a vida na Terra.

Penso que, dada à ampla divulgação que a imprensa tem concedido ao tema, não seja mais necessário ter que detalhar, mas, tão somente, listar, em parte, o extenso e impactante elenco de fenômenos climáticos e de suas resultantes sobre a vida no planeta, como o acréscimo da temperatura média da terra, o derretimento das geleiras e calotas polares, a desapareição de espécies, a subida do nível do mar, a desertificação e a intensificação de secas e enchentes e seus profundos impactos sobre a humanidade, que poderá conviver aliás, já está convivendo - com os chamados ‘refugiados ambientais’⁶.

Nas palavras do físico brasileiro, professor da Universidade de São Paulo e membro do IPCC, Paulo Artaxo⁷,

“o que está acontecendo com o nosso planeta é que o homem adquiriu tal predomínio, como espécie dominante que vários dos processos naturais biogeoquímicos que governam a composição da atmosfera e o funcionamento dos ecossistemas, ao longo dos últimos 4,5 bilhões de anos de evolução do nosso planeta, estão sendo profundamente alterados pelo homem. Particularmente nos últimos 150 anos”.

Ou, em outras palavras, “os seres humanos se converteram em força da natureza” (LUBCHENKO apud GONÇALVES⁸, 2006, p. 42).

Essa força (destrutiva) da espécie humana transparece no relatório-síntese sobre o aquecimento global, em que os cientistas do IPCC, reunidos em Valência, fizeram um grave alerta: “as mudanças podem ser rápidas e irreversíveis”. O terceiro capítulo do documento, que trata das “mudanças climáticas e seus impactos em médio e longo prazo, sob diferentes cenários”, se voltou para as prováveis alterações a partir do intervalo entre o cenário otimista de 1°C e o cenário de 5°C de acréscimo na temperatura média da terra (que ainda não é a pior projeção, que é de até 6,4°C), até o final do século XXI. Observem-se os riscos a que o planeta está sujeito, segundo essas projeções (NETTO, 2007):

- **Acréscimo de 1°C:** O derretimento das geleiras ameaçará o suprimento de água para 50 milhões de pessoas; cerca de 80% dos recifes de coral em todo o globo morrerão; aumentam os danos costeiros causados por inundações e tempestades;

⁶ Vítimas de enchentes, tornados, secas, furacões, que, nos últimos tempos, têm atingido populações tão diversas como as asiáticas, as das pequenas ilhas do Pacífico, ou mesmo, nas terras do Império Americano, com o Katrina, em New Orleans, e o incêndio que devastou a Califórnia, ultimamente.

⁷ In.: Revista Caros Amigos, especial “Aquecimento Global”, ano XI, n. 34, set., 2007, p. 4.

⁸ In.: Revista Sem Terra, “Aquecimento Global e Mudança Climática Global”, ano X, n. 36, nov-dez/06, p. 42.

- **Acréscimo de 2°C:** A produção de cereais na África tropical cairá até 10%; até 30% das espécies de seres vivos serão ameaçadas de extinção e a camada de gelo da Groenlândia começará a derreter de forma irreversível;
- **Acréscimo de 3°C:** Entre 1 bilhão e 4 bilhões de pessoas a mais enfrentarão falta de água; entre 1 milhão e 3 milhões de pessoas a mais morrerão de desnutrição e haverá início do colapso da floresta amazônica;
- **Acréscimo de 4°C:** As safras de produtos agrícolas diminuirão entre 15% e 35% na África e até 80 milhões de pessoas a mais serão expostas à malária no continente; até 40% dos ecossistemas no mundo serão afetados;
- **Acréscimo de 5°C:** Grandes geleiras desaparecerão; a elevação do nível dos oceanos ameaçará locais como Londres e Tóquio; o sistema de saúde sofrerá uma sobrecarga com o aumento do número de casos de afetados.

Aquele documento afirmava que todos os países, de forma geral, seriam afetados pelos impactos das mudanças climáticas. No entanto, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ao lançar o “Relatório de Desenvolvimento Humano 2007-2008”, intitulado *Combater a mudança do clima: Solidariedade Humana em um mundo dividido*⁹, adverte para o fato de que:

“o mundo caminha para um ponto em que os países e os cidadãos mais pobres podem ficar permanentemente aprisionados em uma espiral de pobreza, em que centenas de milhões de pessoas terão dificuldades crescentes de garantir sua sobrevivência, escapar da desnutrição, convivendo progressivamente com falta de água e com desequilíbrios ecológicos” (ONU. PNUD, 2007).

Nas palavras de Kemal Dervis, administrador do PNUD:

“Em última instância, a mudança do clima é uma ameaça para o mundo, como um todo. Mas são os pobres, aqueles que não têm responsabilidade pelo débito ecológico em que nos encontramos, que se deparam com os custos humanos mais severos e mais prementes” (ONU. PNUD, 2007).

É o desenvolvimento desigual e combinado do sistema capitalista que acaba por gerar e distribuir, também de forma desigual e combinada, os impactos sociais e ambientais das mudanças climáticas por todo o planeta.

⁹ Disponível em www.pnud.org.br/rdh

A desigualdade saltou evidente e mensurável quando ecólogos e economistas da Universidade de Califórnia, em Berkeley (EUA), liderados por Richard Norgaard, constataram que o:

“dano ambiental que ações de países desenvolvidos causaram aos países em desenvolvimento é maior do que a dívida externa da ala pobre do mundo (...). O consumo e a destruição de recursos da natureza por parte dos ricos entre as décadas de 1960 e 1990 deverá impor ao longo do século 21 uma perda de US\$ 7,4 trilhões da economia de países de renda per capita baixa e média. A dívida externa dos países pobres na mesma época atingiu US\$ 1,7 trilhão”¹⁰.

Essa pesquisa quantificou o dano ambiental que foi causado à humanidade, nesse período, pelos países ricos: a estratosférica quantia de 47 trilhões de dólares, ao serem computados “os custos ambientais de atividades humanas ligadas à mudança climática, destruição da camada de ozônio, expansão da agricultura, desmatamento, pesca predatória e danos a mangues”¹¹.

Portanto, ao abordarmos essa questão em escala planetária, o que se deve buscar, em primeiro lugar, é a compatibilização urgente, urgentíssima, da diminuição drástica de emissão de CO₂ e outros GEE para a atmosfera, com o direito e a necessidade dos países pobres se desenvolverem e atenderem os direitos e necessidades fundamentais de seus povos.

Entretanto, como atender tais necessidades sem tocar no padrão de vida e consumo das classes médias e altas tanto no Hemisfério Norte, onde são majoritárias, como no Hemisfério Sul, onde são minoritárias? Afinal, já gastamos 25% a mais do capital natural da Terra e seria preciso que tivéssemos pelo menos quatro planetas Terra para que todos alcancem o perfil do chamado *American way of life*.

Uma nova ‘utopia’¹² seria possível na atual configuração geopolítica mundial, onde o poder destrutivo da indústria armamentista, petrolífera e minerária se materializa em governos como de Bush, senhor das guerras no mundo? É possível superar a atual crise nos marcos do sistema capitalista?

São essas questões que, se por um lado, estão postas para a humanidade como um todo, por outro, nos compelem a compreender o papel do Brasil quarto ou quinto maior emissor de GEE e detentor da maior floresta tropical do planeta - nesse enfrentamento. De que forma o país contribui e é impactado

¹⁰ GARCIA, RAFAEL. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 22.01.2008, Ambiente.

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u365782.shtml>.

¹¹ Idem.

¹² Caracterizada pela sustentabilidade ambiental, igualdade social e desenvolvimento econômico em escala planetária.

pelo aquecimento global? Quais as políticas de desenvolvimento, meio ambiente e de mudanças climáticas do governo brasileiro? São as questões que pretendemos tratar a seguir.

2 O BRASIL E AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS: CONTRIBUIÇÃO E IMPACTOS

O Brasil, que ainda não tem um plano nacional voltado para a questão das mudanças climáticas, é, atualmente, o quarto (ou quinto, nas novas projeções) maior emissor de GEE do planeta (com 2,5 a 3 % das emissões mundiais). Segundo o Inventário Nacional de Emissão de Gases do Efeito Estufa¹³, 75,4 % dessas emissões decorrem das mudanças do uso do solo (aqui incluídas a conversão de áreas florestais para pecuária e agricultura mediante queimadas e desmatamento); 22,5 % advêm da queima de combustíveis fósseis; 1,6 % da produção industrial e 0,5 % da extração de carvão, petróleo e gás natural.

Esses dados que, por si só, já são preocupantes, para não dizer vexatórios são do primeiro e único inventário já publicado, que, apesar de ter sido divulgado em 2004, é composto de dados colhidos entre 1990 e 1994. De lá para cá, segundo indicadores preliminares que vão integrar o próximo inventário, a situação só fez piorar, com um acréscimo de 45% na emissão de GEE, entre 1994 e 2005, segundo estudo elaborado pela Economia & Energia, contratada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (ANGELO, 2007).

Conforme o estudo, a emissão do setor de geração de energia cresceu de 7,6 milhões de toneladas de carbono, em 1994, para 15,2 milhões, em 2005. Em transporte, as emissões passaram no mesmo período de 25,4 milhões para 36,9 milhões de toneladas de carbono (ANGELO, 2007).

De acordo com Carlos Feu¹⁴, diretor da Economia & Energia, dois fatores responderam pela elevação das emissões: o brasileiro está andando mais de carro e consumindo energia mais suja.

“No primeiro inventário, quase não existiam usinas termelétricas no Brasil. Agora existem e continuarão existindo”.¹⁵ Ainda segundo Angelo (2007), a matriz energética nacional, antes predominantemente hidrelétrica (cujas emissões não são contabilizadas por falta de critério científico), passou a contar a partir desta década com usinas movidas a combustíveis fósseis como gás natural, diesel e carvão mineral.

¹³ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Inventário Nacional de Emissão de Gases do Efeito Estufa, 2004. Disponível em <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/57270.html>

¹⁴ APUD ÂNGELO (2007).

¹⁵ ÂNGELO, Cláudio. Emissão cresce mais que PIB em São Paulo. In.: Folha de São Paulo. São Paulo, 19.11.2007. Caderno de Ciência.

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1911200701.htm>

Para se ter uma idéia do impacto atual e futuro, ainda conforme a reportagem de Ângelo (2007):

“o governo federal já dá como fato consumado que o crescimento futuro do país demandará mais energia fóssil. O **Plano Nacional de Energia**, elaborado pela EPE (Empresa Brasileira de Pesquisas Energéticas), prevê que a participação do gás na matriz nacional em 2030 terá quase dobrado em relação a 2005. A capacidade instalada de usinas a carvão deve quadruplicar no período, de 1.400 para 6.000 megawatts. As estimativas foram feitas antes da confirmação do potencial do campo de petróleo de **Tupi**, na bacia de Santos - que tende a tornar o óleo uma fonte de energia ainda mais importante no país”.

A aposta no carvão como combustível para as térmicas é um retrocesso de repercussões gravíssimas para o clima no Brasil e no planeta. Se levarmos em conta que o carvão contribuiu, em 2002, com 41% da emissão de CO₂ para a atmosfera e que, nos cálculos de Tim Flannery (2007), “sem contar às impurezas que contém, várias das quais (como o enxofre e o mercúrio) são poderosos poluidores, o melhor carvão negro é quase puro carbono. Queime uma tonelada dele e você cria 3,7 toneladas de CO₂”, podemos visualizar um cenário sombrio com a ampliação dessa matriz suja em nosso país (p. 96-97).

O mais grave é que o aumento da liberação de CO₂ não significou um crescimento da renda e da riqueza nacional. “Nesse período, a média de crescimento anual da produção de gases-estufa excluindo o desmatamento foi de 3,4%, enquanto o PIB (Produto Interno Bruto) cresceu 2,6%. Ou seja, o país está poluindo mais do que gerando riqueza” (ANGELO, 2007).

É nesse quadro de crescimento nacional na emissão de GEE, quando em todo o mundo se busca caminhar no que o Greenpeace denomina de “trilha da descarbonização”, que se projetam os cenários mais sombrios para não dizer catastróficos dos impactos de um acréscimo de mais de 2°C na temperatura média da Terra sobre os biomas e regiões brasileiras.

O cientista José A. Marengo (2006, p. 136-137), pesquisador-doutor do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), com vários trabalhos publicados na área de climatologia, em estudo recente, projetou quais seriam os impactos das mudanças climáticas no Brasil, que transcrevemos a seguir:

“**Amazônia** – Se o avanço da fronteira agrícola e da indústria madeireira for mantido nos níveis atuais, a cobertura florestal poderá diminuir dos atuais 5,3 milhões de km² (85% da área original) para 3,2 milhões de km² em 2050 (53% da cobertura original). O aquecimento global vai aumentar as temperaturas na região amazônica, e pode deixar o clima mais seco, provocando a savanização da floresta. O aquecimento observado pode chegar até 8°C no cenário pessimista A2.

Os níveis dos rios podem ter quedas importantes e a seca do ar pode aumentar o risco de incêndios florestais;

Semi-árido – As temperaturas podem aumentar de 2°C a 5°C no Nordeste até o final do século XXI. A Caatinga será substituída por uma vegetação mais árida. O desmatamento da Amazônia pode deixar o semi-árido mais seco. Com o aquecimento a evaporação aumenta e a disponibilidade hídrica diminui. O clima mais quente e seco poderia levar a população a migrar para as grandes cidades da região ou para outras regiões, gerando ondas de “refugiados ambientais”;

Zona Costeira – O aumento do nível do mar vai trazer grandes prejuízos ao litoral. Construções à beira-mar poderão desaparecer, portos poderão ser destruídos e populações teriam que ser remanejadas. Sistemas precários de esgoto entrarão em colapso. Novos furacões poderão atingir a costa do Brasil;

Sudeste e bacia do Prata – Ainda que a chuva tendesse a aumentar no futuro, as elevadas temperaturas do ar simuladas pelos modelos poderiam, de alguma forma, comprometer a disponibilidade de água para agricultura, consumo ou geração de energia devido a um acréscimo previsto na evaporação ou evapotranspiração. A extensão de uma estação seca em algumas regiões do Brasil poderia afetar o balanço hidrológico regional, e assim comprometer atividades humanas, ainda que haja alguma previsão de aumento de chuva no futuro;

Região Sul – A produção de grãos poderá ficar inviabilizada na região Sul do Brasil com o aumento da temperatura, secas mais frequentes e chuvas restritas a eventos extremos de curta duração. As chuvas cada vez mais intensas poderiam castigar as cidades, com grande impacto social nos bairros mais pobres. Ventos intensos de curta duração poderiam também afetar o litoral. Com temperaturas mais altas e extremas em curto espaço, mais doenças seriam registradas;

Agricultura – Culturas perenes, como a laranja, tendem a procurar regiões com temperaturas máximas mais amenas e a produção poderá se deslocar para o Sul. Elevadas temperaturas de verão vão condicionar o deslocamento das culturas como arroz, feijão, soja para a região Centro-Oeste, promovendo a mudança do atual eixo de produção;

Recursos hídricos – A redução de chuvas e a diminuição da vazão nos rios vão limitar os esgotos e o transporte fluvial. Poderá haver transbordamento de estações de tratamento e de sistemas de sanitário. A geração de energia ficará comprometida com a falta de chuvas e altas taxas de evaporação devido ao aquecimento, em algumas regiões;

Grandes cidades – Regiões metropolitanas ainda mais quentes, com mais inundações, enchentes e desmoronamentos em áreas principalmente nas encostas de morro;

Saúde – Os casos de doenças infecciosas transmissíveis poderão aumentar. A dengue pode se alastrar pelo País. A proliferação tende a aumentar nas áreas urbanas”. (MARENGO, 2006, p. 136-137)

Aliás, estudos mais recentes, como o do cientista Daniel Nepstad¹⁶, trazem um cenário ainda mais aterrador: a transformação da floresta em savana num prazo ainda menor, onde, até 2030, perderíamos metade da mata amazônica para os desmatamentos, as queimadas e as secas.

Vejamos, portanto, como se explica a importância do bioma e da floresta no debate acerca das mudanças climáticas. Compreender o significado da preservação da maior floresta tropical do planeta é fundamental no combate ao aquecimento global. É o que vamos abordar a seguir.

3 A AMAZÔNIA NO CENTRO DO AQUECIMENTO GLOBAL: SUMIDOURO E EMISSOR DE CARBONO

Inicialmente, se faz preciso delimitar o conceito de Amazônia, já que ele comporta vários significados. Não é o conceito geográfico ou legal das regiões brasileiras que vai nos interessar, mas sim o ecológico. Portanto, seguindo a classificação do Almanaque Brasil Socioambiental 2008¹⁷ vamos estar mais voltados para o bioma e sua floresta, que assim são definidos:

“Bioma Amazônia (com 5 milhões de km², dos quais 4,2 milhões só no Brasil) corresponde ao conjunto de ecossistemas (além da floresta, mangues, cerrados, várzeas etc.) que formam a Bacia Amazônica (...) presente em nove países da América do Sul (...) No Brasil, o núcleo central de sua paisagem, a hiléia (ou floresta) amazônica, com grande concentração de árvores de grande porte, com até 50 metros de altura, tendo o rio Amazonas (o maior do mundo, com 6.850 km) como eixo que domina 300 quilômetros para cada lado do seu curso, ocupa 3,5 milhões de hectares” (RICARDO e CAMPANILI, p. 100).

¹⁶ NEPSTAD, Daniel. *Os ciclos viciosos da Amazônia: estiagem e queimadas na floresta estufa*. WWF Internacional, Gland/Switzerland, 2007, 24 p.

Disponível em: http://assets.wwf.org.br/downloads/amazonas_27_11_web.pdf

¹⁷ RICARDO, Beto e CAMPANILI, Maura (Organização). INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL *Almanaque Brasil Socioambiental*. Editora Instituto Socioambiental: 2007

Ali, tudo é superlativo. Estima-se que, na Amazônia, habitem mais de um terço de todas as espécies do planeta a maior biodiversidade da Terra (para se ter uma idéia, o número de espécies de peixes catalogadas na Amazônia, mais de 2.000, é mais de que 10 vezes maior que todo o continente europeu) -, um terço de toda a madeira tropical, 12% a 18% de toda a água superficial doce que desemboca nos mares, 170 povos indígenas, com mais de 180 mil indivíduos (RICARDO e CAMPANILI, p.84 e revista AMAZÔNIA¹⁸ Ainda é possível salvar? p. 30).

Do ponto de vista do regime das chuvas em toda a América do Sul, a liberação de 7 trilhões de toneladas de água para a atmosfera, através da evapotranspiração, faz da floresta uma verdadeira “máquina de fazer chuva”, na feliz expressão de Herton Escobar, um dos autores da excelente reportagem especial do Estado de São Paulo já referida. Ali, o meteorologista Gilvan Sampaio, do INPE, afirma: “quando você toma um copo d’água em São Paulo, está bebendo água da Amazônia também”. O que leva à advertência do também pesquisador do INPE, Antonio Nobre, de que se “você tira floresta, o continente inteiro pode virar uma savana” (AMAZÔNIA Ainda é possível salvar? p. 37).

Quando o tema é seqüestro de carbono, não há consenso científico acerca da capacidade que a floresta tem de retirar o CO₂ da atmosfera. São encontradas projeções que variam de 250 milhões de toneladas até a impressionante cifra de 1,5 bilhão de toneladas por ano. No entanto, é fato que ali se encontra um dos maiores e expressivos depósitos de carbono de todo o planeta. O professor Carlos Nobre (2002), do INPE e membro brasileiro do IPCC, afirma que a Amazônia “armazena mais de cem gigatoneladas de carbono em vegetação e solos”¹⁹.

Essa variação é reconhecida por Carlos Nobre (2002) quando faz uma projeção da capacidade de absorção do dióxido de carbono por parte de nossa floresta e afirma, no mesmo artigo:

(...) “estudos sobre os ciclos do carbono do Experimento Biosfera-Atmosfera em Larga Escala (LBA em inglês) e os estudos de inventário florestal (Phillips et al., 1998) indicam que a floresta intacta pode ser um absorvedouro de carbono em taxas que vão de 0,8 até a elevada cifra de 7 toneladas de C/ha-1 anuais (Malhi et al., 1998; Malhi et al., 1999; Araújo et al., 2002; Nobre et al., 2000) “. (apud NOBRE, 2002).

O fato de ser, a um só tempo, sumidouro e emissor de CO₂ é quem explica a importância da Amazônia no tratamento do combate aquecimento global no país

¹⁸ O ESTADO DE SÃO PAULO. Revista Amazônia Ainda é possível salvar? O Estado de São Paulo: nov./dez./2007. Ver: <http://www.estadao.com.br/amazonia/>

¹⁹ NOBRE, Carlos. A Amazônia e o carbono atmosférico. In.: *Scientific American Brazil*, ed. 6, nov. 2002. Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/a_amazonia_e_o_carbono_atmosferico.html

e no mundo. Afinal, se ali é encontrada uma centena de gigatoneladas de carbono, são as queimadas e os desmatamentos quem afinal findam por colocar a questão da preservação das florestas e dentre elas, a maior mata tropical do mundo no centro do debate sobre as mudanças climáticas.

Ainda mais, porque, conforme estudo recente do Greenpeace, *Mudanças do Clima, Mudanças no Campo: impactos climáticos da agricultura e potencial de mitigação*²⁰, elaborado pelo professor Pete Smith et AL., da Universidade de Aberdeen e membro do IPCC, a

“agricultura é atualmente uma das mais importantes fontes de emissão de gases do efeito estufa e mudanças urgentes precisam ser feitas no modo como a atividade é exercida para torná-la ambientalmente sustentável” (GREENPEACE, 2008).

Ali, já se estima que a

“contribuição total da agricultura mundial para as mudanças climáticas, incluindo desmatamento para plantações e outros usos, é estimada em algo entre 8,5 bilhões e 16,5 bilhões de toneladas de dióxido de carbono, ou entre 17% e 32% de todas as emissões de gases do efeito estufa provocadas pelo ser humano” (CORDEIRO, 2008, p.2).

Certamente, grande parte dessa contribuição adveio dos mais de 700 mil quilômetros quadrados de floresta destruídos em cinco décadas o que corresponde a 17% a 19% de sua cobertura original -, dos quais 100 mil Km² só nos últimos 5 anos, uma área maior do que Portugal. Segundo Herton Escobar, “pesquisadores do Instituto do Homem e do Meio Ambiente da Amazônia (IMAZON), em Belém, estimam que só 43% do bioma permanece verdadeiramente intacto, livre de ocupação e da influência de atividades humanas sejam elas legais ou ilegais” (AMAZÔNIA Ainda é possível salvar? p. 45).

Demonstrada a importância da Floresta Amazônica para o equilíbrio do clima no planeta, é que iremos, a seguir, procurar compreender como vem se dando a ocupação predatória daquela região, analisando não só a ação da mão pesada e nada invisível - do mercado, mas também do Estado que, por omissão, ação ou incentivo, tem grande responsabilidade nesse processo.

²⁰ SMITH, Pete ET AL., GREENPEACE, 2008. *Mudanças do Clima, Mudanças no Campo: impactos climáticos da agricultura e potencial de mitigação*. Greenpeace Internacional: 2008. Disponível em: www.greenpeace.org/brasil/greenpeace-brasil-clima/noticias/mudan-asado-clima-mudan-as-no

4 O ESTADO E O CAPITAL, DE MÃOS DADAS, QUASE SEMPRE, NO ATAQUE À FLORESTA

É de todos conhecido que o processo de ocupação massiva da Amazônia se dá, principalmente, nos governos militares (1964-1985), que, embalados pela ideologia da segurança nacional comum a todas as ditaduras do continente sul-americano à época, pregavam a ocupação da floresta, sob o lema “integrar para não entregar”. Afinal, até o começo dos anos 70, só 1% da floresta havia sido destruído; em meados de 1998, ele alcança quase 14% (uma área do tamanho da França), estando, hoje, como já dito, em mais de 17% a área de mata devastada.

É a partir daquela época, que se gestam e se executam os grandes programas de infraestrutura²¹ ao lado da política de incentivos fiscais - levada a cabo pela Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e pelo Banco da Amazônia (BASA) que financiaram projetos agropecuários insustentáveis na região (para não falar na corrupção), até a política de colonização voltada aos pequenos agricultores, que desbravam a mata para a chegada, posterior, de madeireiros, sojeiros e pecuaristas.

Um capítulo à parte seria o estudo dos impactos da mineração e da produção de ferro-gusa para a siderurgia, a partir do uso do carvão vegetal. Para se ter uma idéia do impacto dessa atividade, calcula-se que, em 2006, dos mais de 35 milhões de metros cúbicos de carvão vegetal consumidos no país, 49% (mais de 17 milhões de metros cúbicos) foram obtidos a partir de matas nativas. É no Pará que se encontra a maior jazida de ferro do mundo, no pólo siderúrgico de Carajás.

Já em 1999, o Greenpeace, em sua publicação “Face a Face com a Destruição: Relatório Greenpeace sobre as Companhias Multinacionais Madeireiras na Amazônia Brasileira”, alertava:

“a participação da madeira amazônica no total da produção brasileira pulou de 14% para 85% em apenas duas décadas; dos 36 pontos críticos de desmatamento na Amazônia, 72% estão relacionados à indústria madeireira; 80% da madeira explorada na Amazônia têm origem ilegal”.
(COTTA E ROMINE. GREENPEACE BRASIL, 1999. p. 2)

Ali já se constatava que “a construção de estradas e o desflorestamento realizado por fazendeiros para fins agropecuários são financiados pela venda de madeira tropical destas áreas” (VERÍSSIMO ET AL, 1995, APUD COTTA E ROMINE. GREENPEACE BRASIL, 1999. p. 6).

²¹ Como a rodovia Transamazônica e as grandes hidrelétricas, como a de Balbina, responsável por um dos maiores desastres ambientais da região.

Aliás, essa situação só fez se agravar nos últimos cinco anos do Governo do Presidente Lula. Segundo estudo²², houve um deslocamento da criação de gado do Centro Oeste para a Amazônia Legal, de forma bastante intensa. Na Amazônia, se encontra, hoje, 94% do crescimento do número de cabeças registrado no país entre 2003 e 2006. Das 10.334.668 novas cabeças de gado registradas no Brasil pelo IBGE, no período considerado, 9.680.511 estavam na Amazônia Legal (SMERALDI E MAY, 2008)

O estudo teve uma ampla repercussão em um dos principais veículos da imprensa brasileira, o jornal Folha de São Paulo, que estampou, em sua edição de 13 de janeiro deste ano, a manchete: “Com estímulo oficial, floresta vira capim” (p. A31). Ali, se noticia que o rebanho bovino na Amazônia cresceu de 35 milhões de cabeça em 1994 para quase 74 milhões em 2006.

É uma destruição subsidiada pelos bancos e fundos públicos. A reportagem citada, de Marta Salomon, noticia que:

“a expansão da pecuária de corte na região conta com duas linhas de financiamento operadas pelo Banco da Amazônia, com juros subsidiados, entre 0,5% e 10,5% ao ano - os mais baratos do país. De micro a grandes, os pecuaristas só em um dos estados da região (o Pará) receberam R\$ 80 milhões em empréstimos em 2007 do Pronaf (Programa Nacional de Agricultura Familiar) e do FNO (Fundo Constitucional do Nordeste)” (SALOMON, 2008, p. A31).

Além disso, essa ocupação é facilitada pelo caos fundiário, que torna as terras públicas, ocupadas de forma ilegal, extremamente baratas, e pela ausência dos órgãos de poder estatal, seja na área ambiental, fundiária ou até mesmo policial, dado o grande número de conflitos pela posse da terra na região, o que torna o Estado do Pará o campeão em violência e mortes de trabalhadores rurais no país. Para se ter uma idéia, segundo a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou a situação fundiária do país (CPI da Terra), de 42 mortes no campo em 2003, 19 ocorreram no Pará (MELO, 2006).

Mas, não é só a pecuária. Também a soja passou a ser um dos vetores do desmatamento na região. Entre os anos de 2004 e 2005, incentivados pela instalação ilegal de um porto fluvial em Santarém, no Estado do Pará, pela gigante multinacional Cargill (que, ao lado, da ADM e da Bunge, controlam 60% das exportações de soja proveniente do Brasil), foram plantados no Bioma Amazônia algo em torno de 1,2 milhões de hectares de soja, o que corresponde a 5% do plantio nacional (GREENPEACE INTERNACIONAL, HOLANDA 2006).

²² “O Reino do Gado. Uma nova fase na pecuarização da Amazônia” é o estudo realizado por Roberto Smeraldi e Peter H. May, da ONG *Amigos da Terra - Amazônia Brasileira*. Disponível em: <http://www.amazonia.org.br/arquivos/259381.pdf>

Abram-se, aqui, parêntesis para aduzir que, em face da campanha lançada pelo Greenpeace em toda a Europa, a partir das redes de fast food, como a McDonald's (principais consumidoras da soja produzida na região), a Associação Brasileira da Indústria de Óleos Vegetais (ABIOVE) e a Associação Nacional dos Exportadores de Cereais (ANEC) e suas associadas anunciaram, em julho de 2006, uma moratória de dois anos para a compra de soja proveniente de novas áreas desmatadas na Amazônia, além da exclusão de fazendas que usam mão-de-obra escrava, a partir de então. Experiência que está em pleno andamento, com o acompanhamento de ongs ambientalistas, que passa por fase crítica e decisiva, qual seja, a capacidade de monitorar as áreas desmatadas e a credibilidade das traders, em teste no que concerne à aquisição da soja plantada na região.

Até programas sociais importantes, como a reforma agrária, em sua versão ambientalmente correta como os chamados PDS (Planos de Desenvolvimento Sustentável), criação da religiosa católica Dorothy Stang, assassinada, no Pará, em 2005 - são desvirtuados para atender aos interesses criminosos das grandes madeireiras. Estudo do Greenpeace, intitulado “Assentamentos de Papel, Madeira de Lei²³” denunciou, em agosto do ano passado, um conluio entre governo, através do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (o INCRA), e as empresas madeireiras da região, para esquentar a madeira ilegal e inflar artificialmente o número de assentados pelo programa de assentamentos de trabalhadores rurais sem terra (GREENPEACE, 2007).

Para contornar a exigência da Portaria 10/2004, do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e do próprio INCRA, que exigia o título de propriedade para a liberação de planos de manejo de extração de madeira, acertou-se a criação massiva muitas vezes artificial e até virtual (pois sem trabalhadores efetivamente assentados) - de assentamentos, na região de Santarém/Pará um total de quase 100 em uma área de 30 mil quilômetros quadrados - para serem usados como área regularizada em termos fundiários para atender aos madeireiros (GREENPEACE, 2007).

Nas palavras de Mauricio Torres, o

“madeireiro passou então a ser o ‘cliente da reforma agrária’. O Incra criou assentamentos em áreas com estoques ainda intocados de madeiras nobres, ou seja, nas distantes florestas primárias ainda não saqueadas. Porém, justamente essa condição elimina qualquer chance de famílias se instalarem no local” (*apud* MST, 2007).

²³ Disponível em: http://www.greenpeace.org/raw/content/brasil/documentos/amazonia/greenpeacebr_070821_amazonia_relatorio_assentamentos_incra_port_v2.pdf

Segundo o relatório do Greenpeace (2007, p. 3) “as empresas chegaram, inclusive, a determinar onde os assentamentos deveriam ser criados, escolhendo as áreas com mais disponibilidade de madeira de valor comercial”.

Para barrar o que o geógrafo e professor da Universidade de São Paulo, Ariovaldo Umbelino chamou de “uso criminoso da reforma agrária”, o Ministério Público Federal do Pará solicitou e a Justiça mandou interditar os 99 assentamentos criados ilegalmente na região (In.: Carta Capital, de 31 de outubro de 2007).

O caso acima é um dos mais emblemáticos da política contraditória e insustentável do governo brasileiro para a região, seu bioma, seu povo e sua floresta. O atual governo apresenta indicadores conflitantes: entre agosto de 2003 e agosto de 2004 (nos dois primeiros anos do primeiro governo), foi registrado o segundo maior índice anual de desmatamento da floresta amazônica, em toda a sua história: 26.130 km². Por outro lado, houve uma redução de aproximadamente 50% desde então até meados do ano passado; se verificando, no momento, um recrudescimento do desflorestamento a partir do segundo semestre do ano passado. É essa política contraditória que pretendemos relatar a seguir.

5 GOVERNO LULA: DESENVOLVIMENTISMO INSUSTENTÁVEL *VERSUS* RESISTÊNCIA AMBIENTALISTA (ENXUGANDO GELO EM TEMPOS DE AQUECIMENTO GLOBAL)

No momento em que se escreve este artigo²⁴, os jornais brasileiros estampam em suas manchetes: “Desmatamento na Amazônia dispara e põe governo em alerta. Foram derrubados 3.223 km² de floresta de agosto a dezembro: total pode chegar a 15 mil km² em doze meses”²⁵. A notícia vem em pior hora para o Governo, que vinha comemorando, desde o ano passado, a redução, pelo terceiro ano seguido, do índice de desmatamento, pois este havia chegado a um dos menores números embora ainda extremamente elevado desde que se começou a medição por satélite: 11.224 km², para o período 2006/2007 (DOMINGOS E FRANCISCO, 2008).

O alerta já vinha sendo feito desde meados do segundo semestre de 2007. No dia 23 de setembro, o jornal “O Globo”, em matéria escrita por Rodrigo Taves (2007), estampava: “Devastação da Amazônia volta a crescer: queimadas em áreas de floresta sobem 30% este ano em relação a 2006 e serrarias operam a todo vapor”. Em 16 de outubro, era a vez do “Estado de São Paulo” denunciar, a partir de dados do Sistema de Alerta do Desmatamento (SAD), operado pelas

²⁴ Artigo escrito no final de janeiro de 2008.

²⁵ DOMINGOS, João e FRANCISCO, Nelson. Desmatamento na Amazônia dispara e põe governo em alerta. Foram derrubados 3.223 km² de floresta de agosto a dezembro: total pode chegar a 15 mil km² em doze meses. Jornal O Estado de São Paulo, São Paulo, 24.01.2008, Caderno Vida &. Disponível em: <http://www.estado.com.br/editorias/2008/01/24/ger-1.93.7.20080124.13.1.xml>

ongs Imazon e ICV: “Desmatamento volta a crescer e faz governo rever plano para Amazônia”. Ali, se informa que a devastação no estado de Mato Grosso (ao lado do Pará e de Rondônia, os campeões de desflorestamento), “saltou 107% na comparação de junho/setembro com mesmo período de 2006” (AMORIM, 2007).

A própria Ministra do Meio Ambiente, Marina Silva, segundo reportagem reconheceu que “já é possível dizer que o aumento do preço da soja, o avanço do gado na Amazônia e a derrubada de árvores para as siderúrgicas de ferro-gusa são as causas principais do desmatamento. Seus assessores lembraram que a derrubada da floresta aconteceu principalmente em Mato Grosso, Rondônia e no Pará, Estados onde esses setores da economia têm avançado muito nos últimos anos” (DOMINGOS E FRANCISCO, 2008).

A questão da variação do preço das commodities agrícolas já vinha sendo apontada pelas ongs como uma das causas embora o governo à época não quisesse admitir a queda do desmatamento a partir de agosto de 2004 (após o pico de 26.130 km², verificado entre agosto de 2003 e agosto de 2004). Na publicação “Faltou Ação ao Plano de Ação”, o Greenpeace apontava, dentre os fatores que tinham contribuído para a queda dos índices o “momento desfavorável para as commodities agrícolas brasileiras no mercado internacional. O otimismo dos produtores que estimulou o forte desmatamento do período 2003/2004 foi abalado pela redução dos preços da soja e pela sobrevalorização do Real em relação ao dólar. O faturamento do setor de grãos em geral no país US\$ 47 bilhões na safra 2004/2005 caiu US\$ 13 bilhões em relação à safra anterior” (MARQUESINI ET AL, GREENPEACE, 2005, p. 3).

Evidentemente, que não se desconhece, também, que ações do governo contribuíram para a queda que se verificou de 2004 a 2007. Assim, a criação de grandes áreas protegidas - unidades de conservação e homologação de terras indígenas - numa área aproximada de 287 mil Km²; a realização de grandes operações conjuntas do órgão ambiental federal, o Ibama, com a Polícia Federal, que levaram a apreensão de madeira ilegal e à prisão de servidores públicos corruptos, além de madeireiros e lobistas; dentre outras medidas impactantes algumas delas desencadeadas após o assassinato de Ir. Dorothy, em fevereiro de 2005 - devem ser reconhecidas como medidas importantes no combate ao desmate, à grilagem (aquisição ilegal de terras públicas) e à violência na região amazônica.

No entanto, a retomada vigorosa do desflorestamento mostra que nem a presença de Marina Silva no comando da pasta do Meio Ambiente do governo brasileiro é suficiente para dar conta do desafio que é uma política efetiva para a questão do combate ao aquecimento global. Símbolo da luta ambiental, a ponto de, recentemente, ter sido citada pelo jornal britânico *The Guardian* como uma das 50 personalidades que podem ajudar a salvar o planeta, Marina que tem uma histórica política e pessoal de superação emblemática é herdeira de outro ícone da luta socioambiental brasileira, o seringueiro, como ela, Chico Mendes, assassinado, no século passado, por sua luta em defesa da floresta.

A questão é outra. Ou, para usar um conceito que a própria Ministra gosta de utilizar, falta “transversalidade ambiental” nas ações de governo voltadas para o binômio meio ambiente/desenvolvimento, vis a vis a questão das mudanças climáticas. Basta que se diga que enquanto Marina responsabilizava o gado e a soja pela devastação, outro ministro do governo Lula, Reinold Stephanes, da Agricultura, fazia a defesa enfática do agronegócio. Abram-se, aqui, parêntesis para aludir que esse integrante do governo defende o plantio de cana para o etanol na Amazônia e sua pasta é responsável por todas as políticas do setor que tem sido responsabilizado pela degradação da floresta (em outro enfrentamento com o titular anterior da mesma pasta de agricultura, Roberto Rodrigues, Marina foi derrotada com a introdução das plantas transgênicas no país).

A aliança social e política celebrada pelo governo com o agronegócio, que tem, no parlamento brasileiro, como seu representante, a bancada ruralista, é fundamental para o modelo econômico adotado e para a chamada “governabilidade”. Na economia, a exportação de produtos oriundos da agricultura e da pecuária tem um peso importante para o equilíbrio da balança comercial. No Congresso, a presença na base de sustentação do governo confere à bancada ruralista posição privilegiada na concessão de favores, privilégios quase sempre traduzidos, além de cargos na estrutura de governo, em generosos abatimentos em suas dívidas agrícolas junto às instituições financeiras oficiais para garantir a aprovação de matérias legislativa de interesse do Executivo.

É essa aliança que, com um falso discurso “verde”, incentiva a monocultura da cana-de-açúcar para a produção do etanol combustível, que se tem mostrado insustentável, tanto do ponto de vista social pela superexploração dos cortadores de cana e pela substituição de culturas de subsistência como ambiental, já que sua expansão, além de empurrar a soja e o gado ainda mais para dentro da floresta, é responsável pela degradação de outro grande bioma brasileiro, o Cerrado, que é a savana com maior biodiversidade do planeta.

Estudo do Instituto Sociedade, População e Natureza (ISPNI)²⁶, concluiu que:

“importantes áreas para a conservação e uso sustentável da biodiversidade do Cerrado que deveriam ser protegidas estão sendo tomadas pelas lavouras de cana-de-açúcar para produção de etanol. Isso significa que pode haver comprometimento dos recursos naturais, das populações rurais e da segurança alimentar na região”. (p. 1)

²⁶ Instituto Sociedade, População e Natureza. ISPNI. *Cana de Açúcar avança em áreas prioritárias para conservação e uso sustentável do cerrado*. Disponível em: <http://www.ispn.org.br/LevantamentoSite.pdf>

Ali, se denuncia que o Cerrado, que abrange cerca de dois milhões de quilômetros quadrados já perdeu metade de sua cobertura vegetal, estando as causas do desmatamento “relacionadas à agricultura e pecuária praticadas inclusive sobre áreas que deveriam estar sob proteção e que são a base do estudo do ISPN”. Segundo Nilo Dávila, assessor de políticas públicas da entidade, “apesar de não haver monitoramento oficial, estima-se que o desmatamento na região gire em torno de 1,1% ao ano, o equivale à destruição de cerca de 22 mil km² por ano, sendo maior que o desmate na Amazônia” (ISPN, p. 1).

É essa sólida aliança governo Lula com o capital agropastoril que explica o fato de que, um dos maiores beneficiários do chamado Plano de Aceleração do Crescimento²⁷, na atilada análise de Gerson Teixeira (2007) seja “o agronegócio exportador, em particular, na sua trajetória expansiva na fronteira Norte” (p. 7). Ali, Teixeira constata que, para

“pavimentar, de vez, a expansão do agronegócio na Amazônia, o PAC prevê investimentos de peso no binômio ‘energia e asfalto’, afora em hidrovias, que, entre outros efeitos, romperão as principais barreiras para essa atividade naquela região e da sua transformação em via de acesso a mercados internacionais de produtos de outras regiões” (p. 7).

Ou seja, o mesmo governo que anuncia medidas duras de combate ao desflorestamento, como o recente Decreto 6321/2007²⁸, realiza pesados investimentos públicos em infraestrutura (rodovias, hidrovias, energia) que poderão fazer da Amazônia, segundo ainda a percuciente análise de Teixeira, não apenas a grande fronteira da energia elétrica, mas, também, “a última fronteira do agronegócio brasileiro” (TEIXEIRA, 2007, p. 8).

Além desses impactos sobre a fauna e a flora, o próprio governo reconhece, segundo informações do Conselho Indigenista Missionário, que 201 empreendimentos do PAC interferem em terras indígenas, dessas 21 com povos isolados. Dentre essas obras, se encontram as barragens de Santo Antônio e Jirau, no rio Madeira (RO), que vai impactar grupos de índios isolados que vivem na região; a hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu (PA), que atinge terras dos povos Arara, Xincrin e Juruna; a hidrelétrica de Estreito, no rio Tocantins, que traz impactos sobre as terras indígenas Avá Canoeiro, Kraolândia, Funil, Xerente, Apinayé, Krikati e Mãe Maria; a BR-156 no Amapá, que corta 40 km de terra dos povos Galibi-Marworno, Palikur e Karipuna; a BR 242, no Tocantins, que atinge os povos da Ilha do Bananal: Avá Canoeiro, Javaé, Karajé e Cara Preta.

²⁷ Conjunto de ações, políticas, empreendimentos, que formam o carro-chefe da política desenvolvimentista do governo brasileiro.

²⁸ Decreto n. 6321, de 21 de dezembro de 2007. Dispõe sobre ações relativas à prevenção, monitoramento e controle do desmatamento no Bioma Amazônia.

Em nenhum momento, até agora, houve qualquer consulta prévia a esses povos, o que denota o profundo desrespeito com o direito dos povos indígenas.

A comprovação maior de que não há política ambiental integrada transversalmente com os outros setores do governo é, exatamente, esse Plano de Aceleração de Crescimento, que, efetivamente, é o nome do projeto de desenvolvimento para o segundo mandato do Presidente Lula. Ali, estão previstas, além do que acima foi listado, outras ações que atentam contra o meio ambiente e o clima do planeta, tais como a construção de 77 usinas termoeletricas (a maioria a carvão e a óleo), a retomada do programa nuclear brasileiro, a transposição do Rio São Francisco, a construção das já referidas usinas hidrelétricas do Rio Madeira (cujo parecer inicial do órgão de meio ambiente era contrário, pelos impactos socioambientais causados), o incentivo à siderurgia (com a desoneração do Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI) para o aço) etc.

Portanto, a insustentabilidade da política de desenvolvimento do governo brasileiro não se encontra somente na Amazônia onde o PAC, na contramão das ações do Ministério do Meio Ambiente, incentiva a continuidade do desmate da floresta mas, também, nos outros setores energia, indústria, transportes - causadores da emissão de gases do efeito-estufa. De nada adianta a elaboração, por um ou dois ministérios, apenas, de um plano de enfrentamento às mudanças climáticas em seus aspectos de prevenção, mitigação e adaptação se, no centro das políticas públicas levadas a cabo ou estimuladas pelo governo - com investimentos, créditos, incentivos fiscais e subsídios - se encontra a ideologia do crescimento a qualquer custo, onde a economia se sobrepõe ao social e ao ecológico, onde o governo se rende à lógica do mercado, onde as políticas ambientais ainda estão e como estão! à margem dos grandes processos decisórios.

Nesse quadro, vamos, na parte final, ouvir o que tem a dizer e o que estão fazendo os movimentos sociais, ecológicos e socioambientais, dentro da compreensão de que é, no âmbito da sociedade, que germinam as sementes das transformações que se fazem necessárias para o enfrentamento da crise global em que estamos mergulhados, não só em seu aspecto climático, mas, fundamentalmente, no que concerne aos padrões de apropriação, produção e consumo vigentes. Uma crise que, mais do que ser de um modelo, é de fundo civilizacional. Afinal, são os fundamentos do modo de produção capitalista e de seu *ethos* que são questionados neste momento crucial para o gênero humano.

7 À GUIA DE CONCLUSÃO: UMA VISÃO EM PERSPECTIVA DA LUTA SOCIOAMBIENTAL - AS PROPOSTAS PARA A CRISE E AS NOVAS ALIANÇAS QUE SE TECEM

Nossa visão de mundo (e creio que ficou claro no decorrer deste artigo) é que a atual crise ambiental global - dada a sua gravidade e extensão, em face do atual sistema político-econômico-cultural dominante, o capitalismo, com sua lógica

insustentável de apropriação privada dos bens naturais, que a tudo transforma (inclusive os seres vivos) em mercadoria, com sua busca incessante do lucro, através do incentivo ao consumismo sem limites não se resolverá nos marcos desse mesmo sistema. É preciso, portanto, desde já, organizar o que Bellamy Foster já citado, chama de Revolução Ecológica.

No entanto, esse processo está apenas em construção, tanto no que diz respeito ao que se pretende de um novo sistema econômico e de uma nova sociabilidade, que estabeleça uma outra relação com o seu entorno natural não humano, como no que se refere às alianças, às propostas e aos meios de se chegar a esse objetivo.

Portanto, é preciso ficar atento às propostas que se gestam no seio das ongs, e as novas formas de lutas dos movimentos sociais e socioambientais, como ainda nas experiências comunitárias e de povos tradicionais (como índios, quilombolas, ribeirinhos etc.), que, por dentro da própria sociedade capitalista insustentável, constituem novos (às vezes baseadas em vivências ancestrais) modos de vida, de produção e de consumo.

Aqui no país, as grande ongs ambientalistas já têm apresentado uma gama muito importante de reflexão e de propostas para a solução da atual crise. No que concerne à questão das energias renováveis limpas, o WWF²⁹, em conjunto com pesquisadores da Universidade de Campinas (UNICAMP) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), apresentou a sua “Agenda Elétrica Sustentável 2020: estudo de cenários para um setor elétrico brasileiro eficiente, seguro e competitivo” (WWF-BRASIL, 2007).

Na mesma linha, e com a parceria, dentre outros da Universidade de São Paulo (USP) e do Conselho Europeu de Energia Renovável, o Greenpeace fez publicar, agora, no ano de 2007, a sua “(R)evolução Energética: perspectivas para uma energia global sustentável” (GREENPEACE, 2007). Não se pode, portanto, acusar a sociedade civil movimentos, universidades, ongs de se furtar a apresentar soluções, técnica e economicamente viáveis e ambientalmente sustentáveis para a questão energética que nos livre, definitivamente, da matriz suja que o governo insiste em ampliar.

No que tange à problemática crucial da Amazônia, uma aliança de 9 ONGs (Greenpeace; WWF; IPAM Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia -; ICV Instituto Centro de Vida -; CI Conservação Internacional Brasil -; TNC The Nature Conservancy no Brasil -, Amigos da Terra, IMAZON - Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia - e ISA Instituto Sócio Ambiental)

²⁹ “O WWF-Brasil é uma organização não governamental brasileira dedicada à conservação da natureza com o objetivo de harmonizar a atividade humana com a conservação da biodiversidade e promover o uso racional dos recursos naturais em benefício dos cidadãos de hoje e das futuras gerações.” In.:http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/wwf_brasil/index.cfm

elaborou um alentado e ousado estudo para zerar o desflorestamento em 7 anos, com a adoção de políticas públicas de incentivos, financiamento e de comando e controle, com a criação de mecanismos financeiros, inclusive com a previsão de um fundo público (denominado Fundo Amazônico) para o fortalecimento da gestão florestal e o pagamento por serviços ambientais, com metas quantificáveis ano a ano, que possibilitem “extinguir o desmatamento na Amazônia até 2015, resguardados os usos tradicionais da floresta”³⁰ p. 3.

Vale aqui ressaltar que o que o “Pacto pela Valorização da Floresta e pelo Fim do Desmatamento na Amazônia Brasileira” se sustenta, fundamentalmente, na idéia de ‘governança florestal’ e de incentivos aos ‘atores sociais responsáveis pela conservação da floresta (povos indígenas, comunidades locais, populações tradicionais, agricultores familiares)’, sem, no entanto, esquecer o chamado setor produtivo, desde que assumam “estratégias de redução de desmatamento e de conservação da floresta”³¹.

Também a Via Campesina³² apresentou suas propostas para combater o aquecimento global, a partir da compreensão de que “nenhuma solução tecnológica vai resolver o desastre social e do meio ambiente”, pois “somente uma mudança radical na forma como produzimos, comercializamos e consumimos pode dar terras para comunidades rurais e urbanas saudáveis”³³

Para a Via, que tem uma crítica muito vigorosa à agricultura industrializada, aqui incluído o setor dos agrocombustíveis, a solução para o campo passa, a partir de uma visão agroecológica, pela “agricultura sustentável em pequena escala, um trabalho intensivo e de pouco consumo de energia que podem contribuir para o resfriamento da terra.”³⁴

São essas as sementes do futuro que queremos construir: uma sociedade fundada na sustentabilidade e justiça ambiental, na igualdade social e na democracia política participativa.

Essa relação entre as lutas sociais e ambientais tem uma importância fundamental, não só para os ecossocialistas, mas para o próprio futuro do planeta. Nelas se encontra uma resistência que - partindo da luta concreta por direitos humanos básicos de moradia, cultura, de modo de vida e de produção, e, também,

³⁰ Pacto pela Valorização da Floresta Pelo Fim do Desmatamento da Amazônia. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/raw/content/brasil/documentos/amazonia/pacto-pela-valoriza-o-da-flor.pdf>

³¹ Idem nota de rodapé 31.

³² Organização que reúne milhões de camponeses em todo o mundo e da qual fazem parte no Brasil, dentre outros, o Movimento Sem Terra (MST), o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), o Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA), o Movimento das Mulheres Camponesas (MMC), a Comissão Pastoral da Terra (CPT).

³³ MST. Posição da Via Campesina Internacional sobre o Aquecimento Global e os Agrocombustíveis. MST:2007. Disponível em: <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=4517>

³⁴ Idem nota de rodapé 34.

pelo ambiente saudável - questiona os fundamentos não só do atual modelo econômico, mas, em última análise, investe contra as bases do próprio modo de apropriação privada do sistema capitalista, responsável pelo atual estágio de degradação do ambiente planetário. Nessas lutas, bem como nas experiências de comunidades tradicionais, se contrapõem não só interesses materiais, mas formas de vida e de produção antagônicas.

Entendemos, portanto, que, neste momento (mesmo que ainda de forma não articulada) podem se estar forjando não só as alianças sociais fundamentais para esse processo de transformação urgente e necessário - a Revolução Ecológica - mas, também, as bases sócio-econômico-ecológico-cultural-ético-políticas de uma nova sociedade que possa superar a atual crise ambiental global para se tornar, a um só tempo, ecologicamente sustentável, socialmente justa e igualitária, cultural e etnicamente diversa, e política e radicalmente democrática: a sociedade ecossocialista. Esse é o desafio que se coloca não só para os ecossocialistas, mas para toda a humanidade. Estaremos à altura dele?

7 POSFÁCIO: QUEDA DE MARINA ACENTUA CONTRADIÇÕES

Este texto já estava pronto, quando a então Ministra Marina Silva apresentou, publicamente, seu pedido de demissão do Ministério do Meio Ambiente. Os episódios de sua queda estavam relacionados tanto com o avanço do Ministro Mangabeira Unger sobre as atribuições do MMA (principalmente no que tange à gestão do Plano Amazônia Sustentável, o PAS, uma espécie de contraparte ao PAC), como na pressão dos governadores, Blairo Maggi à frente, contra as medidas tomadas para obrigar fazendeiros a regularizarem suas terras e restringir o crédito bancário para os desmatadores. Sua saída, como ela mesma disse, foi um gesto carregado de simbolismo para constranger o governo que estava propenso a ceder, ainda mais, aos degradadores.

A entrada de Carlos Minc no Ministério que se apresenta diferenças no estilo midiático de abordar a problemática ambiental em contraposição ao trato discreto da ex-Ministra não altera a essência da política de governo. Aliás, foi isso que o próprio Presidente Lula disse quando falou que a política ambiental (?) não mudaria com a troca dos ministros. Pelo contrário, em pouco tempo de Minc, já tivemos as licenças para a Usina Nuclear Angra III e a aprovação de uma medida provisória que legitima a grilagem na Amazônia (o chamado “PAG: Plano de Aceleração da Grilagem”), para não falar em um avanço ainda maior dos transgênicos, da tentativa de diminuição da reserva legal florestal na Amazônia, da imposição das grandes hidrelétricas naquela região etc.

Na verdade, vai ficando mais claro que a visão ideológica do governo, sua aliança com o grande capital, seja ele, do setor financeiro, seja da área de infraestrutura ou do agronegócio desvelam ainda mais a insustentabilidade dessas

políticas, porque enquanto a vela a Deus mingua a olhos vistos, aquela que é acesa para o Diabo tem, infelizmente, sua chama cada vez mais forte. A chama que incendeia e destrói a vida, a megadiversidade, a sociodiversidade que se encontram em nossa grande floresta tropical: a Amazônia.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Cristina. Desmatamento volta a crescer e faz governo rever plano para Amazônia. *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16.10.2007, Vida &. In.: <http://www.estado.com.br/editorias/2007/10/16/ger-1.93.7.20071016.1.1.xml>
ÂNGELO, Cláudio. Emissão cresce mais que PIB em São Paulo. In.: *Folha de São Paulo*. São Paulo, 19.11.2007. *Caderno de Ciência*

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1911200701.htm>

ARTAXO, Paulo. Aquecimento Global. *Revista Caros Amigos*, ano XI, n. 34, set., 2007, p.4

BODAS, Cristina. GREENPEACE. *Assentamentos de Papel, Madeira de Lei* Relatório Denúncia Parceria entre Incra e madeireiros ameaça Amazônia. 2007, 29p. Disponível em: http://www.greenpeace.org/raw/content/brasil/documentos/amazonia/greenpeacebr_070821_amazonia_relatorio_assentamentos_incra_port_v2.pdf

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Inventário Nacional de Emissão de Gases do Efeito Estufa*, 2004. Disponível em www.mct.gov.br

_____. Ministério do Meio Ambiente. Decreto nº 6321, de 21 de dezembro de 2007. Dispõe sobre ações relativas à prevenção, monitoramento e controle do desmatamento no Bioma Amazônia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6321.htm

CARTA CAPITAL. 31.10.2007, ano XII, n. 468.

CORDEIRO, Jorge. *Briefing do relatório* Mudanças do Clima, Mudanças no Campo, que detalha o papel da agricultura nas mudanças climáticas. Greenpeace, 2008. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/greenpeace-brasil-clima/documentos/briefing-do-relat-rio-mudan-as>

COTTA, Catherine; ROMINE Grace. GREENPEACE. BRASIL. *Face a Face com a Destruição: Relatório Greenpeace sobre as Companhias Multinacionais Madeireiras na Amazônia Brasileira*. Greenpeace: Brasil, 1999, 32p. Disponível em: http://www.greenpeace.org.br/amazonia/face_destruicao.pdf

DOMINGOS, João e FRANCISCO, Nelson. Desmatamento na Amazônia dispara e põe governo em alerta. Foram derrubados 3.223 km² de floresta de agosto a dezembro: total pode chegar a 15 mil km² em doze meses. Jornal O Estado de São Paulo, São Paulo, 24.01.2008, Caderno Vida &. Disponível em:

<http://www.estado.com.br/editorias/2008/01/24/ger-1.93.7.20080124.13.1.xml>

FLANNERY, Tim. Os Senhores do Clima. Rio de Janeiro: Record, 2007.

FOSTER, John Bellamy. *A Ecologia de Marx, Materialismo e Natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. A Ecologia da Destruição. In.: *Revista Eletrônica O Comuneiro*, nº 4, março, 2007.

Disponível em: http://www.ocomuneiro.com/nr4_01_artigos_JOHN_BELLAMY.html

GARCIA, Rafael. Jornal *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22.01.2008, Ambiente. Disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u365782.shtml>.

GREENPEACE INTERNACIONAL, HOLANDA. *Devorando La Amazônia*. 2006. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/raw/content/espana/reports/devorando-la-amazonia.pdf>

GREENPEACE. BRASIL (R)evolução Energética: perspectivas para uma energia global sustentável. Geográfica: 2007, p.98. Disponível em:

http://www.greenpeace.org/brasil/documentos/energia/greenpeacebr_070202_energia_revolucao_energetica_brasil_port_v1

_____. *Greenpeace, notícias*, 2008.

Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/greenpeace-brasil-clima/noticias/mudan-as-do-clima-mudan-as-no>

INSTITUTO SOCIEDADE, POPULAÇÃO E NATUREZA. ISPN. *Cana de Açúcar avança em áreas prioritárias para conservação e uso sustentável do cerrado*. Disponível em: <http://www.ispn.org.br/LevantamentoSite.pdf>

LUBCHENKO, Jane. Aquecimento Global e Mudança Climática Global. In.: GONÇALVES, CARLOS Walter Porto, *Revista Sem Terra*, ano X, n. 36, nov-dez/06, p. 42

MARENGO, José A. *Mudanças Climáticas Globais e seus Efeitos sobre a Biodiversidade: caracterização das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2006.

MARQUESINI, Marcelo; MUGIATTI, André; ADARIO, Paulo. GREENPEACE, BRASIL. *Faltou Ação ao Plano de Ação*. Relatório sobre as ações de governo para combater o desmatamento na Amazônia no período de março de 2004 a maio de 2005. Greenpeace, Brasil: 2005.

Disponível em: http://www.greenpeace.org.br/amazonia/pdf/Fata_acao_web3.pdf

MELO, João Alfredo Telles (org.). *Reforma Agrária Quando? CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil*. Brasília: 2006.

MST. *A Reforma Agrária que virou Plano de Manejo*. MST: 2007 In.: <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=4631>

_____. *Posição da Via Campesina Internacional sobre o Aquecimento Global e os Agrocombustíveis*. MST:2007.

Disponível em: <http://www.mst.org.br/mst/pagina.php?cd=4517>

NEPSTAD, Daniel. *Os ciclos viciosos da Amazônia: estiagem e queimadas na floresta estufa*. WWF Internacional, Gland/Switzerland, 2007, 24p. Disponível em www.wwf.org.br/informacoes/index.cfm?unewsID+10881.

NETTO, Andrei. Impacto de mudança climática é ‘irreversível’ In.: *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17.11.2007, Caderno Vida &. Disponível em:

<http://www.estado.com.br/editorias/2007/11/17/ger-1.93.7.20071117.8.1.xml>

NOBRE, Carlos. A Amazônia e o carbono atmosférico. In.: *Scientific American Brazil*, ed. 6, nov. 2002. Disponível em: http://www2.uol.com.br/sciam/reportagens/a_amazonia_e_o_carbono_atmosferico.html

O ESTADO DE SÃO PAULO. Revista Amazônia Ainda é possível salvar? São Paulo: O Estado de São Paulo, nov./dez./2007. Ver: <http://www.estadao.com.br/amazonia/>

ONU. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Relatório de Desenvolvimento Humano 2007-2008 - *Combater a mudança do clima: Solidariedade Humana em um mundo dividido*. GC - Gráfica de Coimbra Lda, 402p. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/rdh/>

RICARDO, Beto e CAMPANILI, Maura (Organização). INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL *Almanaque Brasil Sócioambiental*. Editora Instituto Socioambiental: 2007

SALOMON, Marta. Com estímulo oficial, floresta vira capim. *Jornal Folha de São Paulo*. São Paulo, 13 de janeiro de 2007, Caderno de Ciência. p. A31. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe1301200804.htm>

SMERALDI, Roberto; MAY, Peter H. O. Reino do Gado. Uma nova fase na pecuarização da Amazônia São Paulo: Amigos da Terra Amazônia Brasileira: 2008. 40 p. Disponível em: <http://www.amazonia.org.br/arquivos/259381.pdf>

SMITH, Pete; BELLARBY, Jessica; FOEREID, Bente; HASTINGS Astley. GREENPEACE, 2008. *Mudanças do Clima, Mudanças no Campo: impactos climáticos da agricultura e potencial de mitigação*. Greenpeace Internacional: 2008. Disponível em: www.greenpeace.org/brasil/greenpeace-brasil-clima/noticias/mudan-as-do-clima-mudan-as-no

TAVES, Rodrigo. Devastação da Amazônia volta a crescer: queimadas em áreas de floresta sobem 30% este ano em relação a 2006 e serrarias operam a todo vapor. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 23.09.2007.

TEIXEIRA, Gerson. *O Programa de Aceleração do Crescimento e o Meio Ambiente*, 2007. Mimeo.

VERÍSSIMO A; BARRETO P.; TARIFA R; UHL C. Extraction of a high-value natural resource from Amazon: the case of mahogany. *Forest Ecology and Management* 72: 39-60.

WWF-BRASIL. *Agenda Elétrica Sustentável 2020: estudo de cenários para um setor elétrico brasileiro eficiente, seguro e competitivo*. 2. Ed., Brasília: 2007.

A CANDLE TO GOD, ANOTHER TO THE DEVIL: THE BRAZILIAN GOVERNMENT (UN)SUSTAINABLE POLICY FOR CLIMATE CHANGE AND THE RESPONSE OF CIVIL SOCIETY

Abstract: The article analyses the environmental policy developed by the government of president Lula da Silva, in its interface with the development policy and proposals to the issue of climate change, with emphasis on the question of global warming, from the last report of the Intergovernmental Panel of Climate Change (IPCC) and its impact on Brazil. This approach focuses on the issue of the Amazon, in view of the importance of preservation of the forest, not only for being a huge sink for carbon dioxide, but also to the climate system and the rains across South America. It must not be forgotten, however, that it not longer deserves special treatment, considering the issue of energy matrix, included in the so-called growth acceleration plan (PAC). This also values the proposals of social and ecological movements, as protagonists for the defense of the forest.

Key words: Environment. Climate Change. Environmental Policy. Amazon.

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Rafael Gonçalves Mota

Advogado. Especialista em Processo Penal. Mestrando em Direito Constitucional. Professor da Faculdade Farias Brito e da FA7.
rafaelgmota@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1) Conceito de estado de exceção. 2) Evolução do conceito de estado de exceção nas constituições brasileiras: a. Constituição de 1824; b. Constituição de 1891; c. Constituição de 1934; d. Constituição de 1837; e. Constituição de 1946; f. Constituição de 1967; g. Emenda Constitucional nº. 1 de 1969; h. Emenda Constitucional nº. 11 de 1978; i. Constituição Federal de 1988. Conclusão.

Resumo: O Estado de Exceção pode ser entendido como um conjunto de medidas excepcionais adotadas pelo estado diante de situações críticas, onde a estrutura do Estado está ameaçada, bem como quando colocam em risco a paz e o equilíbrio social. As Constituições Brasileiras sempre trouxeram no seu texto previsões de medidas extraordinárias que poderiam ser tomadas quando da necessidade de enfrentamento de momentos críticos e graves. Na época imperial a regulamentação era ainda muito tímida, recebendo um tratamento mais adequado e completo na primeira carta constitucional republicana. Com a Constituição de 1934, e, sobretudo com a de 1937, temos uma mais centralização do poder estatal, concentrados no Poder Executivo, o que representou a previsão de um estado de sítio com cores mais fortes e intensas. A redemocratização vinda com o fim do Governo de Getúlio Vargas em 1945 trouxe uma nova realidade política, caracterizada pela Constituição de 1946, que trouxe um sistema de enfrentamento de crises mais descentralizado, com atuação mista do Poder Legislativo e Executivo. Novo revés democrático veio em 1964, fazendo com que mais uma vez o conceito de estados excepcionais fosse mais forte, invasivo e enfático, conforme o disposto nos textos constitucionais em 1967, e as emendas constitucionais de 1969 e 1978. Com o fim do período militar, nova onda democrática altera o texto constitucional indicando dupla possibilidade de instrumentos excepcionais: o estado de defesa e o estado de sítio.

Palavras-chave: Democracia; Estado de Exceção; Estado de Defesa; Estado de Sítio; Constituição Brasileira; Evolução Histórica

INTRODUÇÃO

O Estado como estrutura fundamental para a promoção da paz e do equilíbrio coletivo vê-se em consideráveis momentos de sua evolução histórica as voltas com situações críticas, onde medidas excepcionais devem ser tomadas para o restabelecimento pleno da ordem e da legalidade plena.

Tal raciocínio deve ser contextualizado no cenário ideológico, onde as relações institucionais serão influenciadas pelas escolhas políticas que determinarão como o Estado irá agir para manter a ordem constitucional, bem como o próprio conceito de normalidade e equilíbrio social.

A história brasileira é caracterizada pela alternância relativamente constante de poder, o que estimulava o surgimento de momentos de crises institucionais de variadas matizes e intensidades, mas em muitos momentos com significativo comprometimento da ordem pública e jurídica.

Com isso, desde o período imperial imaginou-se um sistema constitucional de enfrentamento e controle de crises, onde, em diferentes graus o Estado Nacional iria intervir com mais vigor na vida social para recuperar a autoridade plena e controlar o movimento crítico.

Iremos iniciar o estudo pelo período imperial, analisando como a primeira carta constitucional brasileira tratava, ainda que de forma embrionária, o assunto, lançando as primeiras bases normativas sobre a matéria.

Com a chegada da república, no fim do século XIX, o texto constitucional vai aperfeiçoar a figura do estado de sítio, instituindo a responsabilidade pessoal da autoridade que cometer ilegalidades neste período e quase sempre indicando quais seriam as medidas autorizadas durante esse momento. Durante a história republicana esse instituto sofreu significativas modificações de conceitos, especialmente ligados à realidade política do momento.

Finalmente analisaremos o conceito constitucional atual do estado de sítio e de defesa, sobretudo considerando a natureza democrática da carta de 1988.

1 CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

O conceito de estado de exceção é imensamente plural, sendo difícil encontrarmos um único significado para tal termo. A doutrina nacional e estrangeira apresenta muitas definições distintas, incluindo nomenclaturas diversas como *estado de sítio*, *estado de emergência*, *estado de defesa*, dentre outros.

Essa dificuldade é bem definida por GIORGIO AGAMBEN (2004, p. 12) que nos ensina:

Entre os elementos que tornam difícil uma definição do estado de exceção, encontra-se, certamente, sua estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência. Dado que é o oposto do estado normal, a guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.

O conceito de situação crítica, aquela que poderia autorizar a utilização de remédio extremo como o estado de exceção é bem vista por GILBERTO BERCOVICI (2004, p. 66), ao afirmar:

A situação excepcional não é, ao contrário do que possa parecer, anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. Não existe uma norma que possa ser aplicada no caos. O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma.

BOBBIO ao considerar tal instituto fala do que chama de *estado de sítio*, não fazendo distinção entre este e outros similares, reforçando a idéia de que não há nenhuma uniformidade entre os conceitos. Com isso afirma (BOBBIO, 2000, p.413):

Com a expressão “Estado de sítio” se quer geralmente indicar um regime jurídico excepcional a que uma comunidade territorial é temporariamente sujeita, em razão de uma situação de perigo para a ordem pública, criado por determinação da autoridade estatal ao atribuir poderes extraordinários às autoridades públicas e ao estabelecer as adequadas restrições à liberdade dos cidadãos.

Em alguns momentos a definição de estado excepcional irá se confundir com o próprio conceito de regime totalitário ou formas equivalentes, isto fica evidente nas palavras de Carl Schmitt (2006, p.7), ao iniciar sua obra *Teologia Política*, quando afirma que o *soberano é quem decide sobre o estado de exceção*. E ainda indica que, ao falar do soberano que, *ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo* (SCHMITT, 2006, p.8).

Um dos pontos e dificuldade sobre a definição do mencionado instituto está em possuir este um caráter essencialmente dinâmico, normalmente ligado a questões políticas de natureza interna e externa ao cenário nacional, bem como a aspectos ideológicos e jurídicos.

Nesse sentido comenta Giorgio Agaben (2004, p.130 /131) que:

O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular, e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia sob a forma da *auctoritas*, da lei vida ou da força-de-lei ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos como na Roma republicana, na contraposição entre o Senado e o povo, ou na Europa medieval, na contraposição entre poder espiritual e poder temporal -, sua dialética embora fundada sobre uma ficção - pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas, quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal.

Com isso, percebe-se que o conceito e a utilização destes estados excepcionais devem ser muito bem definidos nos textos constitucionais, para com isso, evitar que os institutos originalmente concebidos para proteger o Estado e a sociedade se tornem meros instrumentos totalitários, com objetivo a satisfazer interesses pessoais.

Ainda na lição de SCHMITT, podemos lembrar que essas situações excepcionais servem para confirmar a regra, ou seja, reforçar o conceito de normalidade política e jurídica. Nas suas palavras *o que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive de exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição* (SCHMITT, 2006, p.15).

No presente estudo, optamos por utilizar o conceito de estado de exceção conferido por cada Constituição Brasileira, analisando como essas hipóteses foram trabalhadas nas diversas cartas constitucionais, assim, em cada época o conceito deve ser contextualizado, definido e compreendido.

2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE EXCEÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O início da presente análise toma como referência a evolução do tratamento constitucional sobre as situações excepcionais pelas quais o Estado pode passar, desde o período imperial até os dias atuais.

Ao analisar a estruturação dos conceitos existentes sobre situações excepcionais vamos perceber que os dispositivos normativos sobre a matéria guardam uma íntima relação como momento histórico e a realidade política existente a época.

a. Constituição de 1824

A Constituição de 1824, datada de 25 de março deste ano, irá criar as bases e estruturas do Estado Imperial Brasileiro, determinando como o poder estatal deveria ser empregado e exercido naquele contexto específico do período monárquico.

Ao tratar das situações de crise, percebemos ser intenção do legislador constituinte originário deste momento criar o embrião de um sistema de controle diferenciado nesse momento, porém ainda o faz de forma muito tímida.

Não existe neste texto constitucional uma indicação expressa sobre estado de sítio ou similar. Observamos tão somente que a carta irá trazer duas situações excepcionais onde os direitos e garantias fundamentais podem ser suspensos: rebelião ou invasão de inimigos¹.

Tal previsão é encontrada no artigo 179, nº. 34 e 35, da referida carta, que nos indique que:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

...omissis

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebelião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito. (grifo nosso)

Em regra era impedido qualquer espécie de limitação no exercício dos direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, porém admitia-se restrições apenas em duas hipóteses, quais sejam, rebelião e invasão de inimigos.

¹ Aqui devemos lembrar que durante todo o tratamento constitucional do Estado de Exceção não encontraremos um conceito normativo sobre o que deva ser entendido como inimigo, especialmente considerando que a aplicação deste conceito é feita ora numa dimensão externa, ora interna. Com isso, sempre devemos lembrar que a análise do assunto deve ser feita contextualizando-o com a realidade política.

A primeira diz respeito à rebelião interna, ou seja, acontecimento de natureza intestina que venha a comprometer de forma grave a autoridade do estado ou a ordem e a paz sociais. Quanto a segunda hipótese teremos uma dimensão essencialmente externa, ou seja, como ações de inimigos estrangeiros contra o império brasileiro, recém independente.

A iniciativa era legislativa, o que sem dúvida mostra-se relevante ao analisar o momento histórico e a forma através da qual a própria Constituição foi produzida.

Não estando a Assembléia Nacional reunida, poderia o Imperador declarar tal estado excepcional, desde que remetesse imediatamente tal ato ao Poder Legislativo para que este referendasse tão logo fosse possível a medida.

Percebemos ainda características mais do que especiais do regramento constitucional, quando, ao finalizar o inciso XXXV do mencionado artigo, indica que era dever do Executivo enviar a Assembléia à relação das medidas excepcionais tomadas, visando com isso exercer alguma espécie de controle.

b. Constituição de 1891

A primeira constituição republicana, datada de 24 de fevereiro de 1891, inova na ordem constitucional brasileira ao indicar pela primeira vez a expressão *estado de sítio*, previsto no art. 80 do texto, vejamos:

Art. 80. Poder-se-á declarar em **estado de sítio** qualquer **parte do território da União**, **suspendendo-se aí as garantias constitucionais** por tempo determinado quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, nº. 21).

Percebe-se que a Carta de 1891 trouxe as mesmas hipóteses de declaração deste estado excepcional previstas na Constituição Imperial, apenas substituindo a expressão *rebelião* por *comoção intestina*, e a indicação de *agressão estrangeira* no lugar de *invasão de inimigos*. Apesar da diferença de termos o sentido permanece o mesmo, ou seja, proteger o estado de ações agressivas internas e externas, dotando-lhe de instrumentos fortes o suficiente para conter a situação crítica.

A lógica constitucional para a declaração de tal momento reproduz aquela já indicada no texto imperial, qual seja, a iniciativa cabendo prioritariamente ao legislativo, e apenas nos casos onde este não esteja reunido podendo ser tomada por ato de ofício do Presidente da República, conforme dispõe o art. 80, §1º combinado com o art. 48, nº. 15.²

² Art. 80, § 1º - Não se achando reunido o Congresso e correndo a Pátria iminente perigo, exercerá essa atribuição o Poder Executivo federal (art. 48, nº 15) e Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: ...omissis... 15º) declarar por si, ou seus agentes responsáveis, o estado de sítio em qualquer ponto do território nacional nos casos, de agressão estrangeira, ou grave comoção intestina (art. 6º, nº 3; art. 34, nº 21 e art. 80);

Uma característica bem especial do modelo de estado de sítio edificado na Carta de 1891 é que este poderia ser declarado apenas para uma região do país, ou seja, não havia a necessidade de uma declaração nacional, porém em todos os casos era necessário que fosse determinado inicialmente o período no qual o mencionado estado vigoraria.

Neste período constitucional é mantida, ainda que por outra redação, a regra pela qual haveria a responsabilização da autoridade que extrapolasse os limites dos atos, ao indicar no art. 80, §4º que *as autoridades que tenham ordenado tais medidas são responsáveis pelos abusos cometidos*.

De certa forma, a maior contribuição para a regulamentação da matéria pela Constituição de 1891, foi a indicação expressa das medidas excepcionais que poderiam ser tomadas durante a vigência do ato extraordinário. Tais medidas seriam *a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns*³ e *o desterro para outros sítios do território nacional*.⁴

c. Constituição de 1934

Após a chamada *Revolução de 1930*, que trouxe Getúlio Vargas ao poder, inicia-se período absolutamente diferenciado na história brasileira, notadamente marcado por uma crescente centralização política e institucional.

Nos primeiros momentos do novo governo, este se depara com grave situação crítica, qual seja, a chamada *revolução constitucionalista de 1932*, movimento iniciado no estado de São Paulo que lançou o país num quadro de guerra civil ainda inédito na história republicana brasileira e que tinha como principal bandeira a elaboração de uma nova constituição nacional.

Vencido o movimento revoltoso, o governo Vargas acatou a vontade demonstrada pela população paulista e que encontrava simpatia em outros estados da federação. Com isso, temos a Carta Constitucional de 1934.

Ao tratar as situações excepcionais e críticas esta constituição montou um complexo quadro de regulamentação, onde o texto detalhava de forma minuciosa as medidas que poderiam ser tomadas e em que medida.

Merece destaca importante inovação trazida neste momento constitucional. Temos aqui duas dimensões de estados excepcionais: o estado de sítio e o estado de guerra.

O primeiro é disciplinado no art. 175 do texto constitucional, que dispõe:

Art. 175 - O Poder Legislativo, na iminência de agressão estrangeira, ou na emergência de insurreição armada, poderá autorizar o

³ Art. 80, §2º, 1º), Constituição de 1891.

⁴ Art. 80, §2º, 2º), Constituição de 1891.

Presidente da República a declarar em estado de sítio qualquer parte do território nacional, observando-se o seguinte.

Apesar de repetir a nomenclatura do texto constitucional anterior no que diz respeito ao estado de sítio, a Constituição de 1934 traz novas hipóteses que autorizam a decretação da medida.

A primeira delas é quando ocorre iminência de agressão estrangeira. Veja que aqui não é necessária a agressão em si, mas somente a iminência, criando um conceito aberto e indeterminado, e conseqüentemente de aplicação jurídica insegura.

Já quanto à segunda hipótese temos a idéia de *emergência de insurreição armada*, ligada necessariamente a uma dimensão interna, onde a instabilidade pública é causada por ações e acontecimentos internos.

A Constituição de 1934 foi inovadora ao tratar da forma através da qual haveria a declaração do estado de sítio, uma vez que a iniciativa era do Presidente da República⁵, mediante autorização prévia do Poder Legislativo⁶, sendo tal procedimento utilizado igualmente quando da necessidade de renovação deste período⁷.

Outra característica específica desta Carta Constitucional é que havia um limite temporal para esta situação excepcional, já que o art. 175, 1) indicava que *não será decretado por mais de noventa dias, podendo ser prorrogado, no máximo, por igual prazo, de cada vez*.

A atuação estatal é balizada pelo texto constitucional, que vai indicar quais as medidas que podem ser tomadas para o restabelecimento da ordem e paz sociais, indicando que só eram admitidas as indicadas nos art. 175, 2):

- a) desterro para outros pontos do território nacional, ou determinação de permanência em certa localidade;
- b) detenção em edifício ou local não destinado a réus de crimes comuns;
- c) censura de correspondência de qualquer natureza, e das publicações em geral;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de tribuna;
- e) busca e apreensão em domicílio.

A característica essencial do tratamento dado pelo texto constitucional é o rico detalhamento da situação, especialmente quando vai analisar quais seriam as

⁵ . Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: ...*omissis*...; § 13) decretar o estado de sítio de acordo com o art. 175, § 7º, Constituição de 1934.

⁶ Caso o Senado Federal e a Câmara dos Deputados não estejam reunidos, o Presidente da República poderá declarar o Estado de Sítio, porém com aquiescência prévia da Seção Permanente do Senado Federal.

⁷ Art. 175, §9º, Constituição de 1934.

medidas vedadas, especialmente a proibição de *permanência em lugar deserto ou insalubre do território nacional, nem desterro para tal lugar, ou para qualquer outro, distante mais de mil quilômetros daquele em que se achava ao ser atingida pela determinação*⁸.

Em até cinco dias o preso com fundamento em uma dessas medidas excepcionais deveria ser apresentado pela autoridade responsável ao juiz comissionado para o caso⁹.

Seguindo na determinação dos limites de atuação do ente estatal durante o estado de sítio, a Constituição vedava a prisão de algumas autoridades públicas, visando com isso proteger as instituições de um uso indevido das medidas excepcionais¹⁰.

Relevante destaque merece as indicações constitucionais de que, apesar da existência do estado de sítio, em regra o Estado não poderia vedar a circulação de livros, jornais e demais publicações, desde que fossem submetidas à censura prévia¹¹.

Finalizada o estado de exceção todos os efeitos serão cessados¹², e eventualmente poderia haver a responsabilização pessoal, nas esferas penal e civil, das autoridades públicas por abusos cometidos, fórmula reproduzida dos textos constitucionais anteriores¹³. Admitia-se igualmente a possibilidade de buscar a tutela jurisdicional para preservação de direitos¹⁴.

Em paralelo ao estado de sítio a Constituição de 1934 indicava também a possibilidade de utilização do estado de guerra, previsto no art. 161, dispondo que o *estado de guerra implicará a suspensão das garantias constitucionais que possam prejudicar direta ou indiretamente a segurança nacional*.

Este estado é consideravelmente mais amplo e grave do que o Estado de sítio, não se aplicando as limitações e vedações indicadas no art. 175 do citado texto constitucional quando do tratamento do estado de sítio.

Após a chamada *Intentona Comunista*¹⁵, é aprovada a emenda constitucional nº 1, em 1935, que permitia a equiparação da *comoção intestina grave* ao estado

⁸ Art. 175, §1º, Constituição de 1934.

⁹ Art. 175, §3º, Constituição de 1934.

¹⁰ O Art. 175, § 4º indica quem seriam as autoridades protegidas. São elas: os membros da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Corte Suprema, do Supremo Tribunal Militar, do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, do Tribunal de Contas e, nos territórios das respectivas circunscrições, os Governadores e Secretários de Estado, os membros das Assembléias Legislativas e dos Tribunais superiores

¹¹ Art. 175, §5º, Constituição de 1934.

¹² Art. 175, §11, Constituição de 1934.

¹³ Art. 175, §13, Constituição de 1934.

¹⁴ Art. 175, §14, Constituição de 1934.

¹⁵ Movimento pelo qual ficou conhecido a tentativa de golpe contra Getúlio Vargas em novembro de 1935 promovido pela chamada Aliança Nacional Libertadora e comandada pelo Partido Comunista Brasileiro. As ações foram concentradas em principalmente nas cidades de Natal, Rio Grande do Norte e Rio de Janeiro, então Capital Federal.

de guerra, uma vez que este admitia a suspensão de quaisquer garantias e direitos fundamentais que de forma direta ou indireta pudessem colocar em risco a segurança nacional.

d. Constituição de 1937

O ano de 1937 é marcado pelo golpe de estado promovido e capitaneado por Getúlio Vargas, iniciando um período caracterizado pelo totalitarismo, centralização e limitação de direitos, que passa a história como o *Estado Novo*.

Para criar as bases jurídicas do novo regime, temos em 10 de novembro do mesmo ano o surgimento de uma nova carta constitucional, outorgada e de forma inspiração autoritária. Tal texto é criação essencialmente de Francisco Campos, então Ministro da Justiça, e vai ter como essência a busca pela centralização política e o desejo de conferir ao Estado um poder uno, forte e contundente.

No tratamento do chamado estado de exceção, ou seja, no modelo institucional para enfrentamento de situações críticas, temos duas espécies de medidas: o *estado de emergência* e o *estado de guerra*, previstos no art. 166 da citada Constituição.

O art. 166 do texto constitucional inicia o capítulo intitulado *Da Defesa do Estado*, demonstrando de forma efetiva que o desejo fundamental deste dispositivo constitucional é a proteção do ente estatal, objetivo essencial dentro do modelo de estado adotado a partir de 1937.

Dispõe o art. 166 que:

Art. 166. Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência.

Desde que se torne **necessário o emprego das forças armadas** para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o **estado de guerra. (grifo nosso)**

A complexidade deste artigo nos impõe uma análise pontual e detalhada.

Inicialmente percebemos as duas espécies de situações excepcionais que autorizam a utilização do *estado de emergência*. A primeira delas é a *ameaça externa*. Tal hipótese não configura nenhuma novidade no pensamento constitucional brasileiro, uma vez que a preocupação com agressões externas de diferentes matizes sempre esteve presente em nossas cartas constitucionais.

Quanto a segunda situação, esta sim, merece maior análise. Devemos perceber que o texto constitucional indica que é possível a utilização do excepcional estado

quando da *iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos*.

É impossível não associarmos tal previsão com os acontecimentos da história política nacional quando da elaboração de tal carta constitucional. Destes eventos dois merecem destaque. O primeiro deles é a intentona comunista ocorrida em 1935, onde um levante de natureza militar e inspiração comunista visava desestabilizar o governo, ocupando seu lugar. Tal movimento foi rápida e violentamente sufocado, impondo a morte ou detenção da maioria dos envolvidos.

Outro evento que merece registro por sua direta relação é o chamado *Plano Cohen*. Trata-se de um falso plano para sacar do poder o Presidente Getúlio Vargas, que serviu de justificativa política para o golpe de 1937, momento de efetiva centralização do poder e instituição definitiva do modelo totalitário de Estado e Vargas.

Esses eventos facilitam o entendimento sobre o disposto no artigo retro mencionado, sobretudo quando ele indica *concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos*.

Outra possibilidade de estado excepcional a disposição do governo era o *estado de guerra*, caracterizado quando fosse necessária a convocação e o emprego das Forças Armadas para a defesa dos interesses nacionais e do próprio estado.

A iniciativa para impor tal estado era do Presidente da República, independente de manifestação do Legislativo, sendo a atuação deste totalmente alijada no processo conforme rezava o parágrafo único do citado artigo que afirmava que *para nenhum desses atos¹⁶ será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República*.

Tal dispositivo é perfeitamente entendido considerando o momento histórico vivido a época, merecendo destaque as próprias palavras de Francisco Campos ao comentar a atuação do Legislativo afirma que *nada acontecia em nenhum parlamento do mundo, porque um parlamento é, precisamente, o lugar onde nada acontece e nada se decide* (CAMPOS, 2001, p.34).

O art. 168 da Constituição de 1937 indica quais seriam as medidas excepcionais que poderiam ser tomadas pelo estado. São elas:

- a) detenção em edifício ou local não destinados a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir;

¹⁶ Quando o parágrafo único menciona *desses atos* faz referência ao estado de emergência e ao estado de guerra.

- b) censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas;
- c) suspensão da liberdade de reunião;
- d) busca e apreensão em domicílio

Sem qualquer sombra de dúvidas o regramento constitucional previsto na Carta de 37 é o mais radical e totalitário de toda a história constitucional brasileira. Comprovando tal pensamento merece destaque o tratamento dado à possibilidade de responsabilização de membros do Congresso Nacional por atos ligados a planos, ações ou condutas contra o estado.

Prevía o art. 169 que:

Art. 169. O Presidente da República, durante o estado de emergência, e se o exigirem as circunstâncias, **pedirá à Câmara ou ao Conselho Federal a suspensão das imunidades de qualquer dos seus membros que se haja envolvido no concerto, plano ou conspiração contra a estrutura das instituições, e segurança do Estado ou dos cidadãos.** (grifo nosso)

Com isso temos que para responsabilizar qualquer parlamentar por atos contra o Estado o Presidente da República deveria pedir autorização prévia ao Legislativo, através da suspensão as imunidades parlamentares. Somente após isso seria possível impor a devida responsabilização.

Apesar deste potencial prestígio a figura do Legislativo, o texto constitucional previa a seguir regra tipicamente autoritária ao prever no parágrafo 1º (primeiro) do citado artigo que:

§ 1º - Caso a Câmara ou o Conselho Federal não resolva em doze horas ou recuse a licença, o Presidente, se, a seu juízo, se tornar indispensável a medida, poderá deter os membros de uma ou de outro, implicados no concerto, plano ou conspiração, e poderá igualmente fazê-lo, sob a sua responsabilidade, e independentemente de comunicação a qualquer das Câmaras, se a detenção for de manifesta urgência.

Assim caso a Câmara Federal não concedesse a licença pedida ou mesmo não decidisse a matéria poderia o Chefe do Executivo Federal determinar a prisão do parlamentar envolvido, se considerar na sua visão ser essa medida absolutamente excepcional, sem que tenha que comunicar nada ao Legislativo.

A caracterização desde estado como uma situação excepcional é indicada ainda mais pela regra indicada no texto constitucional de que não seria possível levar ao conhecimento do Judiciário eventuais lesões a direito¹⁷.

¹⁷ Art. 170. Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais, Constituição de 1937.

A restrição aos direitos fundamentais é efetivamente uma das mais profundas na história constitucional brasileira, especialmente motivada pela natureza excepcional do regime implementado em 1937. Prova maior disso é o disposto no art. 171 da citada Carta Constitucional que indica que *na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República*.

Com isso, é o Presidente da República que determinará quais dispositivos constitucionais deixarão de ter eficácia durante aquele momento excepcional, podendo tal ato recair sobre qualquer elemento do texto, inclusive direitos e garantias fundamentais, o que considerando a situação crítica era muito comum e constante.

O processo e julgamento de crimes praticados durante este *estado de emergência* deveriam ser submetidos a um rito e a uma justiça especial. Neste contexto podemos citar o chamado Tribunal de Segurança Nacional¹⁸.

Já no caso de crimes praticados *contra a estrutura das instituições, a segurança do Estado e dos cidadãos*¹⁹ durante o *estado de guerra* o julgamento seria por feito por Tribunais Militares.

e. Constituição de 1946

Com o fim do governo Getúlio Vargas e o restabelecimento da democracia no Brasil, surgiu a necessidade de um novo texto constitucional que criasse as bases jurídicas no novo Estado, renovando de forma ampla as regras que estruturavam a atuação do ente estatal durante as situações críticas que de alguma forma comprometessem a ordem interna.

Neste período volta-se a utilizar a expressão *estado de sítio*, abandonando-se as nomenclaturas anteriores.

A iniciativa da decretação do estado de sítio volta ao Legislativo, sendo atribuição do Congresso Nacional²⁰. O Presidente da República só poderá decretar tal medida durante o recesso legislativo²¹, porém deverá em seguida convocar imediatamente Congresso Nacional, que em 15 (quinze) dias deveria decidir pela aprovação ou não do ato.

O art. 206 da Constituição de 1946 indicava em que hipóteses era possível a decretação do citado estado excepcional. Tal medida seria tomada nos casos *de*

¹⁸ Tribunal de exceção criado em setembro de 1936 e que era ativado sempre que o país estivesse sobre o chamado *estado de guerra*. Foi responsável pelos julgamentos de muitos que participaram da chamada *intentona comunista*. Foi extinto em outubro de 1945.

¹⁹ Art. 173, Constituição de 1937.

²⁰ Art. 206, Constituição de 1946.

²¹ Art. 208, Constituição de 1946.

comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar à mesma a irromper e de guerra externa.

Mais uma vez adota-se a formulação dicotômica que autorizava a medida excepcional, qual seja, situações críticas nas duas principais esferas, quais sejam, a interna e a externa.

Uma das mais importantes disposições previstas na Constituição de 46 tratava da importância da lei que decretava tal medida, reservando à dimensão infraconstitucional a regulamentação da medida. Merece destaque o art. 207, vejamos:

Art. 207. A lei que decretar o estado de sítio, no caso de guerra externa ou no de comoção intestina grave com o caráter de guerra civil **estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor.** Especificará também os casos em que os crimes contra a segurança da Nação ou das suas instituições políticas e sociais devam ficar sujeitos à jurisdição e à legislação militares, ainda quando cometidos por civis, mas fora das zonas de operação, somente quando com elas se relacionarem e influírem no seu curso.

Veja que tal dispositivo faz menção a uma situação de comoção interna grave com *caráter de guerra civil*, ou seja, relacionando tal ato necessariamente a uma idéia de compulsão interna de gravíssimas consequências e efeitos.

As medidas passíveis de serem tomadas durante o estado de sítio são elencadas no art. 209, quais sejam:

Art. 209. Durante o estado de sítio decretado com fundamento em o nº I do art. 206, só se poderão tomar contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns;
- III - desterro para qualquer localidade, povoada e salubre, do território nacional.

Parágrafo único – O Presidente da República poderá, outrossim, determinar:

- I - a censura de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro;
- II - a suspensão da liberdade de reunião, inclusive a exercida no seio das associações;
- III - a busca e apreensão em domicílio;
- IV - a suspensão do exercício do cargo ou função a funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público;
- V - a intervenção nas empresas de serviços públicos.

Percebe-se que a indicação das medidas é feita tomando como referência o n°. I do art. 206, ou seja, na hipótese do estado de sítio ser decretado quando do comprometimento da ordem interna, especialmente pelo cenário de convulsão interna.

Quanto ao tempo de duração do estado de sítio, o prazo de duração deste quando for decretado para a preservação da ordem interna é de no máximo de 30 (trinta) dias, não podendo ser prorrogado cada vez por prazo superior a este. Quando a medida é tomada por motivo de guerra externa, poderá perdurar durante todo o período do conflito externo²².

As imunidades parlamentares em regra serão preservadas durante a vigência do estado de sítio, só podendo ser limitadas por decisão do Congresso Nacional por voto de no mínimo dois terços dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal²³.

Finalmente dispõe a Constituição de 1946 que encerrado o período de exceção restarão encerrados os efeitos do estado de sítio²⁴, e que qualquer abuso cometido durante o regime excepcional poderá ser levado ao Judiciário²⁵.

f. Constituição de 1967

Após o golpe militar de 1964, a estrutura constitucional brasileira sofreu significativas alterações no sentido, mais uma vez na história política nacional, de trazer ao executivo toda a iniciativa e condução do processo de utilização deste estado excepcional, marcando de forma significativa a centralização política e institucional.

As mudanças iniciais no tratamento normativo do assunto vieram com os Atos Institucionais n°. 1 e n°. 2 (AI n°. 1 e 2)²⁶. O primeiro mudou a iniciativa de decretação do Estado de Sítio, retirando do Legislativo e transferindo-a para o Presidente da República²⁷.

O art. 13 do AI n°. 2²⁸ ampliou o prazo máximo de decretação do Estado de Sítio para 180 (cento e oitenta dias) prorrogável por igual período.

A Constituição de 1967 incorporou algumas dessas alterações, disciplinando a matéria nos arts. 152 e 156.

A iniciativa é confirmada para o Presidente da República, indicando que o estado será decretado no caso *de grave perturbação da ordem ou ameaça de sua*

²² Art. 210, Constituição de 1946.

²³ Art. 213, Constituição de 1946.

²⁴ Art. 214, Constituição de 1946.

²⁵ Art. 215, Constituição de 1946.

²⁶ Francisco Campos, principal autor da Constituição de 1937 auxiliou na redação desses dois Atos Institucionais.

²⁷ Art. 6, Ato Institucional n° 1, de 9 de abril de 1964.

²⁸ O Ato Institucional n° 2, de 27 de outubro de 1965.

irrupção ou por *guerra*²⁹. Percebemos claramente que este texto constitucional trouxe regras mais abertas e subjetivas. Em primeiro lugar quando existir qualquer perturbação da ordem interna, potencial ou real. Quando a segunda hipótese faz menção apenas a guerra, não necessariamente de natureza externa, compreendendo inclusive um conflito caracterizado como uma guerra civil ou revolucionária.

Prevía o texto constitucional que o decreto que instituiu o estado excepcional deveria indicar em qual a região que seria aplicado, bem como quem deveria exercer as ações relativas a ele.

O parágrafo §2º do citado artigo indicava quais as medidas poderiam ser tomadas, são elas:

§ 2º - O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas:

- a) obrigação de residência em localidade determinada;
- b) detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns;
- c) busca e apreensão em domicílio;
- d) suspensão da liberdade de reunião e de associação;
- e) censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas;
- f) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, assim como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.

Além dessas medidas, era permitido ao Presidente da República que em casos de ameaça a integridade ou a independência do país poderia tomar outras medidas a serem previstas em lei³⁰.

O prazo máximo de duração do estado diferenciado seria de 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período. Tal prazo não seria observado no caso da medida ter sido decretada por guerra.

Para a decretação do estado de sítio, mesmo tendo a iniciativa, o Presidente da República, deveria submeter sua vontade ao Congresso Nacional no prazo de 5 (cinco) dias. Caso o Poder Legislativo Federal não estivesse reunido deveria ser convocado. Ainda em relação ao Congresso, as imunidades de seus membros permaneciam, e só poderiam ser suspensas por voto favorável de mais de *dois terços dos membros da Casa a que pertencer o congressista*³¹.

²⁹ Art. 152, Constituição de 1967.

³⁰ Art. 152, §3º, Constituição de 1967 que dispõe: *A fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá tomar outras medidas estabelecidas em lei.*

³¹ Art. 154, parágrafo único, Constituição de 1967.

Finalmente com a cessação da situação crítica o Presidente da República encaminhará ao Congresso Nacional justificativa as ações, e não existia vedação a busca de tutela jurisdicional em caso de abuso ou limitações.

g. Emenda Constitucional nº. 1 de 1969

A Constituição de 1967 sofreu significativa alteração com a Emenda Constitucional nº. 1 em 1969, que alterou o tratamento do estado de sítio, deslocando a regulamentação dos arts. 152 a 156 para os arts. 155 a 159.

Algumas modificações existiram especialmente a ampliação do prazo máximo de vigência da medida, de 60 (sessenta) dias para 180 (cento e oitenta) dias³². A autorização para o processamento e responsabilização de membro do Congresso Nacional deixa exigir o voto secreto de dois terços dos membros Casa Legislativa, e passa a prever simplesmente deliberação da Casa a que eles pertencerem.

Com a edição do Ato Institucional nº. 5, passamos a ter uma nova realidade política nacional, especialmente caracterizada com imensa concentração de poderes no Executivo, o que tornou se aplicação prática muitas das limitações impostas na norma constitucional.

h. Emenda Constitucional nº. 11 de 1978

O ano de 1978 trouxe significativa novidade no tratamento da regra do estado de sítio com a Emenda Constitucional nº. 11. Neste momento histórico já observamos o início de relativização das ações radicais do Governo, e já se iniciava efetivamente as discussões e movimentos no sentido de redemocratizar o Brasil.

Muitas das medidas adotadas com o Ato Institucional nº. 5 foram revogados, e as hipóteses de decretação e verificação da necessidade de utilização do Estado de Sítio foram alteradas.

O art. 155, com nova redação indica as hipóteses de utilização da medida, in verbis:

Art. 155 - O Presidente da república, para preservar ou, prontamente, restabelecer, em locais determinados e restritos a **ordem pública ou a paz social, ameaçadas ou atingidas por calamidades ou graves perturbações** que não justifiquem a decretação dos **estados de sítio ou de emergência**, poderá determinar medidas coercitivas autorizadas nos limites fixados por § 2º do artigo 156, desde que não excedam o prazo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogado uma vez e por igual período.

³² Art. 156 após a inovação constitucional

Aqui mais uma vez se utilizam duas expressões distintas, quais sejam, o estado de sítio ou o estado de emergência. A diferença fundamental entre as medidas reside no fato de que o primeiro é direcionado a problemas internos, onde a situação crítica ocorra no cenário intestino. Já o estado de emergência refere-se a problemas ligados a conflitos externos, normalmente de natureza bélica.

O prazo de duração máximo continua sendo de 180 (cento e oitenta) dias, salvo no caso de guerra, uma vez que neste o tempo de duração de situação excepcional é mais indeterminado e impreciso.

i. Constituição de 1988

Com a redemocratização do país em 1985, uma nova estrutura constitucional era obrigatória, sendo realizada através de Carta Constitucional de 1988. Os novos valores e princípios que passam a reger a realidade política e jurídica brasileira influenciam também o tratamento constitucional do estado de exceção.

Assim, passamos a enxergar no texto constitucional dois institutos distintos para o enfrentamento das situações críticas, quais sejam, o estado de defesa e o estado de sítio³³.

O estado de defesa poderá ser decretado pelo Presidente da República, depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, desde que tenha como objetivo preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

A decretação do estado de defesa é atribuição do Presidente da República, que deverá submeter tal decisão ao Congresso Nacional, que se não estiver reunido irá ser convocado. Rejeitado o pedido, cessa o estado.

O decreto que determinar a utilização do estado de defesa especificará o tempo de duração da medida (que não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado por mais uma vez se os fundamentos continuarem existindo³⁴) bem como a área de atuação do mesmo³⁵. Poderão ser utilizadas quaisquer das seguintes condutas:

- I - restrições aos direitos de:
 - a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
 - b) sigilo de correspondência;
 - c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

³³ Arts. 136 a 141 da Constituição Federal de 1988.

³⁴ Art. 136, § 2º, Constituição de 1988.

³⁵ Art. 136, § 1º, Constituição de 1988.

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Qualquer prisão durante a vigência do estado deverá ser comunicada a autoridade judicial competente, que deverá ser relaxada quando for ilegal³⁶. As prisões ou detenções feitas não poderão durar mais de 10 (dez) dias, salvo com autorização judicial expressa³⁷. A incomunicabilidade do preso é vedada, tornando com isso não recepcionado o dispositivo do Código de Processo Penal que dispunha tal mandamento³⁸.

O *estado de sítio* tem suas hipóteses de cabimento no art. 137 da Constituição de 1988, especialmente caracterizadas por situações críticas de natureza interna e externa. Reza o art. 137 que:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;
- II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Mais uma vez observamos que o texto constitucional admite a utilização deste sistema excepcional por problemas internos na realidade nacional que comprometam a ordem pública ou a paz coletiva ou diante da ocorrência de problemas de natureza externa ligadas a conflitos bélicos.

O decreto que institui o estado de sítio determinará qual a duração da medida, bem como quais as garantias constitucionais que ficarão suspensas. Interessante observar que diante da indicação do texto de limitação de garantias, e fazer menção só aquelas, não poderemos imaginar em tese limitação de direitos.

Necessário fazer menção as medidas que podem ser tomadas durante a vigência do estado excepcional, indicas no art. 139, que nos indica:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

³⁶ Art. 136, § 3º, I, Constituição de 1988.

³⁷ Art. 136, § 3º, III, Constituição de 1988.

³⁸ Art. 136, § 3º, IV, Constituição de 1988.

- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Durante todo o desenvolvimento das medidas que caracterizam o estado de defesa ou de sítio, haverá a fiscalização das ações pelo Congresso Nacional, que irá determinar uma comissão para fazer o tal controle³⁹.

4 CONCLUSÃO

Após a análise do tratamento constitucional do estado de exceção podemos concluir que a definição normativa deste tem intima ligação com a realidade política vigente à época, especialmente quanto ao modelo de estruturação do poder do estado, se totalitário ou democrático.

Percebemos que a necessidade de limitação de direitos e garantias constitucionais sempre foi visto como um instrumento necessário para promover o restabelecimento da paz e equilíbrio social.

Outro ponto relevante de conclusão está ligado competência para a decretação do estado excepcional, pois de acordo com a intensidade de centralização do poder público a iniciativa alterna-se entre o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Podemos concluir que a proteção estatal e social com meios mais fortes de atuação do Estado é fundamental, uma vez que possuir um modelo constitucional mais enfático de enfrentamento de situações críticas é indispensável para a manutenção do estado de direito, especialmente dentro de um cenário constitucional.

Por fim devemos lembrar que a criação e utilização de um modelo constitucional de estado de exceção dentro de um cenário democrática, ao contrário de um potencial paradoxo, gera é a confirmação da regra, ou seja, como estruturalmente podemos fortalecer a atuação do Estado para a preservação e proteção das instituições democráticas.

³⁹ Art. 140, Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- AGABEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- BRASIL, Constituição (1824). *Constituição de 1824*, Brasília, DF, Senado, 2000.
- _____. *Constituição (1891)*. *Constituição de 1891*, Brasília, DF, Senado, 2000.
- _____. *Constituição (1834)*. *Constituição de 1934*, Brasília, DF, Senado, 2000.
- _____. *Constituição (1837)*. *Constituição de 1937*, Brasília, DF, Senado, 2000.
- _____. *Constituição (1846)*. *Constituição de 1946*, Brasília, DF, Senado, 2000.
- _____. *Constituição (1867)*. *Constituição de 1967*, Brasília, DF, Senado, 2000.
- _____. *Constituição (1888)*. *Constituição de 1988*, Brasília, DF, Senado, 2007.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. *Tratamento Penal do Terrorismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Sistema Constitucional das Crises*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF STATE OF EXCEPTION ACCORDING TO BRAZIL'S CONSTITUTIONAL DOCTRINE

Abstract: The state of exception can be understood as a set of extreme measures adopted by the state during critical situations, when the state's structure is threatened just as when the peace and social order are in serious danger. The Brazilian constitutions have always established textually the possibility of extraordinary measures that can be taken when the need of confronting critical situations is identified. In imperial times the regulation of the matter was still very timid and received a more accurate and complete treatment on the first republican constitutional letter. In the constitution of 1934 and, especially in the following one, in 1937, we can find a strong centralization of state power, concentrated on the Executive, which represented the possibility

of state of emergency in stronger and more intense colors. The re-democratization, that began in 1945, right after the Vargas Government, brought a new political reality symbolized in the 1946 constitution, which established a system of crisis confrontation a lot more decentralized, with the participation of both the Executive and the Judiciary. A new democratic reverse came in 1964 turning the concept of exceptional states stronger and more invasive again, as it was established by the constitutional text in 1967 and the constitutional amendments of 1969 and 1978. At the end of the military period, a new democratic environment changed the constitution text and set two different possibilities of exceptional instruments: the state of defense and the state of emergency.

Key words: Democracy. State of emergency. State of exception. Brazilian constitution. History.

INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PARA A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Eneas Romero de Vasconcelos

Promotor de Justiça. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Professor de Filosofia do Direito da FA7.

eneasromero@hotmail.com

Sumário: 1) Os direitos fundamentais no Brasil 1.1 As influências históricas das Constituições brasileiras 1.2 Os sistemas jurídicos e a justiça constitucional 1.2.1 O sistema anglo-saxão: a Constituição americana e o direito interpretado pelos Tribunais 1.2.2 O sistema romano-germânico: a intervenção e a objetividade metodológica da atividade judicial do direito constitucional alemão. 2) A interpretação dos direitos fundamentais no Brasil: caminhos.

Resumo: O texto trata da interpretação dos direitos fundamentais no Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito. Para compreender o modelo adequado para a interpretação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, inicia-se fazendo um histórico do desenvolvimento do modelo constitucional brasileiro, comparando a influência do modelo Americano (*Common Law e judicial review*) e do modelo alemão (*statute law* e controle concentrado de constitucional). Ao final, trata dos caminhos para a interpretação dos direitos fundamentais no Brasil hoje.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Constituição; Interpretação; Brasil.

“algo de novo está emergindo no Brasil. Talvez algo entre o modelo romano-germânico do Brasil (inspirado no modelo alemão) da tradição de codificação e sistematização da jurídica e o modelo americano do case law, este ‘algo’ irá adquirir a sua forma.”¹

¹ Paráfrase à seguinte afirmação de SCHLINK: “Something new is emerging in Germany. Perhaps somewhere between the German tradition of codified, systemized law and the American idea of case law, this ‘something’ will take its form.” SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, p. 222.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

O jurista NORBERTO BOBBIO denomina a atual fase do Estado de Direito de “Era dos Direitos”. Nesta nova era, direitos humanos, garantidos e protegidos, são pressuposto da democracia e da paz² e passam a integrar os ordenamentos jurídicos estatais (especialmente as Constituições) e as cartas de direitos humanos internacionais, reconhecidas e ratificadas pelas nações ocidentais e orientais.

Mais do que simples textos jurídicos, os direitos fundamentais³ fazem parte do discurso cotidiano de cidadãos, políticos e juristas de países ocidentais e orientais, desenvolvidos e subdesenvolvidos, embora encobertos por enormes divergências, ambigüidades e contradições.

Mesmo entre países do mundo ocidental e desenvolvido (e dentro deles mesmo) ainda existe enorme divergência na prática constitucional, inclusive em temas capitais, como a pena de morte, o aborto, a eutanásia, o racismo.⁴

² O desrespeito sistemático aos direitos fundamentais é incompatível com o Estado Democrático de Direito. A relação de necessidade entre democracia e respeito aos direitos humanos é bem explicitada por Bobbio: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.” BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 1.

³ LUÑO explica com clareza a distinção de positivação entre direitos humanos e fundamentais: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que com la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suele gozar de una tutela reforzada.” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**, p. 46). O termo direitos humanos tem sua origem controvertida, embora possa situar-se, com LUÑO, seu surgimento no início do iluminismo: “Para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la idea de los derechos humanos nace con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre en cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez, hay quien afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, lo más frecuente es considerar ‘la primera aparición de la idea de derechos del hombre [...] tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas’” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 23) Já a terminologia direito fundamentais, embora hoje se aproxime da tradição jurídica alemã em empregar o termo *Grundrechte*, especialmente após a Lei Fundamental de 1949, teve origem, também, na França: “El término ‘derechos fundamentales’, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 em el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión há alcanzado luego especial relieve em Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se há articulado el sistema de relaciones entre el individuo y ele Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido em la *Grundgesetz* de Bonn de 1949. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 30) Na doutrina, direitos humanos são dotados normalmente de cunho mais internacional e direitos fundamentais com cunho mais nacional, constitucional. Autores que tratam, no Brasil, do direito interno usam normalmente a terminologia direitos fundamentais; os que tratam do direito internacional preferem utilizar direitos humanos. Utilizam a expressão direitos fundamentais constitucionalistas, como: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, p. 197-210; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 514-530; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 36. Utilizam a expressão direitos fundamentais internacionalistas, como: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1, p. 17-58.

Situações difíceis (*hard cases*, DWROKIN), como o caso do aborto, seriam tratadas de modo bem diverso por autores com diferentes compreensões do direito pressuposto. As diferentes compreensões dos direitos fundamentais, mesmo quando não reveladas em cada pesquisa, podem, certamente, ser inferidas, o que levou DWORKIN a afirmar que “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos.”⁵

Se no mesmo Estado, diferentes interpretações não são apenas possíveis mas freqüentes, o que se pode dizer da interpretação dos direitos fundamentais nas diferentes nações e especialmente entre aquelas com maiores diferenças culturais?

À semelhança normativa dos textos constitucionais opõem-se as práticas jurídicas e sociais dos países supostamente defensores dos direitos humanos. Se do ponto de vista normativo há grande semelhanças (e por vezes coincidência dos textos, especialmente dos tratados, embora parcialmente, também, das Constituições), na interpretação a situação é diferente.

Neste texto, o objetivo não é discutir as diferenças entre os direitos fundamentais nos diversos países, nem tampouco as diferentes compreensões de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O objetivo é mais modesto: procurar indicar caminhos para a interpretação dos direitos fundamentais no Brasil pelos Tribunais.

No Estado Democrático de Direito, a interpretação dos Tribunais, especialmente das cortes constitucionais adquire especial importância. Na teoria dos direitos fundamentais, o estudo da jurisprudência é tão importante quanto o estudo do texto da Constituição, em razão da natureza aberta, polissêmica e indeterminada destas normas. Os Tribunais Constitucionais acabam determinando, em grande medida, o que são os direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico concreto, como afirma ALEX Y:

*“Lo que hoy son los derechos fundamentales es definido, principalmente, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. La ciencia de los derechos fundamentales - no obstante la controversia de la fuerza de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal - se ha convertido, en una apreciable medida, en una ciencia de la jurisprudencia constitucional.”*⁶

⁴ Nos Estados Unidos da América, por exemplo, autores mais conservadores consideram a decisão que constitucionalizou o aborto uma clara afronta à Constituição. Os juízes que decidiram o *leading case* *Roe vs. Wade* certamente não achavam que estavam desrespeitando a Constituição, mas pensavam sinceramente que o direito à personalidade privada abrange o direito de a mulher decidir, autonomamente, abortar o feto na fase inicial da gravidez. Para a compreensão resumida da constitucionalização do aborto nos Estados Unidos, inclusive nos casos posteriores ao precedente *Roe vs. Wade* ver: LOCKHART, William B. *et al. The American Constitution: cases, comments, questions*, p. 508-575.

⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. p. 113.

⁶ ALEX Y, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 23.

A compreensão da atual situação dos direitos fundamentais no Brasil exige algo mais: o resgate das influências históricas. Em seu desenvolvimento o direito constitucional brasileiro sofreu as seguintes influências mais marcantes: *inglesa e francesa* (notadamente até a Constituição de 1824), *americana* (a partir da Constituição republicana de 1891), espanhola, portuguesa, alemã e outras (especialmente a partir da Constituição de 1988). As influências históricas revelam a existência de dois sistemas jurídicos no Ocidente que influenciam mais diretamente o direito constitucional brasileiro: 1) o sistema americano de controle difuso da constitucionalidade do *judicial review*; 2) o sistema europeu das Cortes Constitucionais e do controle abstrato da constitucionalidade das normas por Tribunais situados fora do clássico sistema tripartite de poderes.

1.1 AS INFLUÊNCIAS HISTÓRICAS DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A compreensão dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito não se constrói a partir da Constituição de 1988, que é apenas o ponto de chegada da pesquisa, mas pressupõe uma história constitucional que a precede e que permeia a compreensão jurídica contemporânea em sua história efetual.⁷

A reconstrução, sucinta e simplificada, das influências históricas do constitucionalismo brasileiro possibilita compreender as influências atuais do direito brasileiro e daí as referências ao direito estrangeiro feitas na presente pesquisa. Neste diapasão, pode-se afirmar com BONAVIDES que:

“Sem uma acurada reflexão acerca desse processo que nem sempre eliminou a maior parte dos influxos recebidos em cada fase ultrapassada senão que os levou na devida conta ou às vezes os incorporou de forma cumulativa, não se pode compreender os rumos constitucionais contemporâneos, presentes à realidade brasileira, sobretudo depois da promulgação da Carta de 5 de outubro de 1988.”⁸

BONAVIDES divide a história constitucional brasileira, sobre a perspectiva das influências estrangeiras em três fases,⁹ a saber: 1) **o constitucionalismo do império**, em que se destaca a presença da inspiração francesa e inglesa; 2) **o constitucionalismo da primeira república**, em que ocorreu adoção do modelo americano, com o federalismo, o presidencialismo e o controle difuso de

⁷ Para a compreensão da história ver: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, p. 449-458.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 327.

⁹ “Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a

constitucionalidade; 3) *o constitucionalismo do Estado social* com influência das Constituições alemãs de Weimar e de Bonn, que perdura até hoje.

No *constitucionalismo do império*, a presença da inspiração francesa e inglesa é indelével. Na organização do Estado, o Brasil adotou o modelo de separação de poderes de BENJAMIM CONSTANT, que, reformulando a proposta de MONTESQUIEU de separação de três poderes, adicionou um quarto poder: o poder moderador, que na prática teve proeminência em relação aos demais.

O Brasil incorporou formalmente à Constituição imperial (inclusive com primazia em relação às demais normas¹⁰) os direitos e garantias individuais e os direitos políticos com inspiração na Constituição francesa de 1791. Neste período, os ideais liberais do constitucionalismo francês, pós-revolução de 1789, e inglês foram marcantes para o constitucionalismo brasileiro, especialmente para a sua Constituição formal.¹¹

No *constitucionalismo da primeira república*, a influência mais evidente do constitucionalismo liberal Europeu foi substituída pela adoção do constitucionalismo liberal americano, com a mudança da forma de Estado (do Estado Unitário para o Federal), da forma de Governo (o Presidencialismo em substituição ao Parlamentarismo) e do sistema de controle entre os poderes com a instituição do controle difuso de constitucionalidade.¹²

No *constitucionalismo do Estado social*, ocorre a incorporação das normas protetoras do Estado social sobre a influência do constitucionalismo alemão das Constituições de Weimar e Bonn. Inicialmente, a influência do constitucionalismo alemão é observada na Constituição de 1934, que foi seguida de sucessivas e graves crises institucionais, marcadas pelo período do Estado Novo e pelo advento de nova Constituição, a Constituição de 1937, conhecida como “a polaca”, por sua inspiração no modelo fascista polonês.¹³

primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 327) .

¹⁰ Os artigos 267 e 268 da Constituição de 1824 dispunham, respectivamente: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais” e “Tudo o que não é constitucional pode ser alterado pelas legislaturas ordinárias, concordando dois terços de cada uma das salas”.

¹¹ Na prática, as promessas do constitucionalismo liberal foram negadas em grande parte nos países de origem, em que os direitos liberais apenas garantiam a proteção de direitos humanos para uma minoria que poderia exercê-lo, visto que a maioria era excluída formalmente (as mulheres não tinham direitos políticos, por exemplo) ou materialmente por um sistema capitalista de exclusão social. No Brasil, a frustração das promessas do constitucionalismo do século XVIII foi ainda mais marcante, especialmente em face da abolição tardia da escravidão. Para a compreensão da história constitucional do Brasil, ver: BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2002.

¹² Nesta fase, de grandes e freqüentes crises políticas, houve freqüentes desrespeitos aos direitos fundamentais com a instituição da censura e freqüentes intervenções nos estados membros.

Golpes, desrespeito aos direitos fundamentais, frequentes crises políticas e rupturas institucionais caracterizam este período. Foram outorgadas duas Constituições (1937 e 1969) e vários atos de natureza constitucional foram emanados do Poder Executivo, como os atos institucionais do período de ditadura militar.¹⁴

No período denominado por BONAVIDES de *constitucionalismo do Estado social* o mesmo autor verifica a ascendência mais marcante do constitucionalismo tedesco, representado pela Lei Fundamental de Bonn de 1949, e pelos seus direitos sociais. O constitucionalista cearense afirma:

“Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949, e até ultrapassa em alguns pontos. Segue e incorpora também a mesma tradição de Weimar em dar proeminência ao social. (...) Abrindo seus primeiros capítulos com a matéria dos direitos e garantias fundamentais, até nessa particularidade a Constituição brasileira de 1988 se avizinhou da Lei Fundamental de Bonn.”¹⁵

Apesar da importância do bem sucedido constitucionalismo alemão após o advento da Lei Fundamental de Bonn, foram, também, muito importantes outras contribuições históricas na Constituição de 1988. Destacam-se, especialmente, a influência do constitucionalismo de Portugal (após a revolução dos cravos e a Constituição de 1976) e da Espanha (após a redemocratização com o advento da monarquia constitucional e da Constituição de 1978), países que possuem semelhança histórica e cultural com o Brasil, além de terem passado por um processo de redemocratização e estabilidade política após um longo e recente período autoritário.

Na verdade, no *período constitucional do Estado Democrático de Direito*, como poderia ser denominado o período posterior à Constituição de 1988, confluem todas as influências históricas anteriores (inglesa, francesa, americana

¹³ Sobre os modelos constitucionais que inspiraram a carta de 1937, BONAVIDES qualifica de exagerada a identificação com a Constituição polonesa, embora identifique um pensamento autoritário: “Atribuem-se a vários fatores e diversas fontes de inspiração a Carta de 1937. Seguramente, a influência maior foi a da Constituição da Polônia, o que permitiu aos críticos e analistas da época denominá-la maliciosamente de ‘A Polaca’. Mas é indispensável acrescentar a essa fonte inspiradora, a influência do fascismo de Mussolini vitorioso na Itália em 1922, do nazismo implantado por Hitler na Alemanha, com desculpa de prevenção da estabilidade econômico-financeira ainda sob o impacto da crise mundial de 1929.” (BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**, p. 345-346).

¹⁴ Para uma compreensão política mais ampla do período militar ver: a) GASPARI, Elio. **O sacerdote e o Feiticeiro: a ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003; b) GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003; c) GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 335.

e alemã), agregando-se outras experiências democráticas, em que a ascendência espanhola e portuguesa são mais marcantes, mas, também, poderia destacar-se a italiana, dentre tantas outras.

Neste novo período, posterior à Constituição democrática de 1988, passou a preponderar o paradigma do Estado Democrático de Direito em substituição aos ultrapassados paradigmas liberal e social. No novo paradigma, ocorre uma reformulação da relação de concorrência entre direitos humanos e soberania e autonomia pública e privada. Os direitos humanos têm sua importância reafirmada no modelo do Estado Democrático de Direito, em que passa a haver uma convergência entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Embora direito interno constitucional e direito internacional continuem a ser disciplinas diferentes, cada uma com um sistema próprio de proteção, a aproximação entre ambas verifica-se, claramente, no âmbito dos direitos humanos internacionais e dos direitos fundamentais constitucionais,¹⁶ com incremento progressivo, o que permite, até mesmo, uma percepção de confluência e de complementaridade entre elas, como sintetiza CANÇADO TRINDADE:

“Afastada, no presente domínio, a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção, é o próprio direito que se enriquece e se justifica, - na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. *No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.* Nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, é alentador ao menos constatar que *o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano.*”¹⁷

No constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, as mesmas questões são discutidas pela sociedade e se revelam no direito constitucional (sendo incorporados na Constituição pelo Poder Constituinte) e na formação do Estado pelos poderes constituídos, especialmente no Poder Legislativo, em que a elaboração de leis que protegem ou restringem direitos fundamentais é uma tônica de seu cotidiano, e no Poder Judiciário, que passou a decidir as questões constitucionais mais relevantes.

¹⁶ Para a compreensão da relação entre direitos humanos internacionais e direitos fundamentais constitucionais na Constituição de 1988 ver: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira**, p. 73-136.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, volume 1, p. 445.

Hoje, questões controversas (como a constitucionalidade do aborto, da pena de morte, da eutanásia, os limites à liberdade de expressão e as ações afirmativas) são decididas pelas Cortes Constitucionais dos diversos Estados Democráticos de Direito. Até mesmo a Suprema Corte americana, tradicionalmente infensa às influências estrangeiras, começa a admiti-la:

“Um sinal do entrecruzamento-fertilizado e do diálogo no direito constitucional é a crescente prática das cortes supremas e constitucionais em citar instrumentos internacionais e decisões estrangeiras. Muitas novas cortes, como a da África do Sul, e muitas outras cortes interpretando instrumentos constitucionais relativamente novos, como no Canadá, citam rotineiramente outras jurisdições constitucionais. Até alguns juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, mais velha e mais insular do que a respiração, citaram casos e exemplos estrangeiros.”¹⁸

Na prática judicial e na doutrina brasileira, percebe-se claramente a influência destes modelos, que refletem em última análise as influências já reveladas na histórica constitucional brasileira, antiga e recente. O estudo dos direitos fundamentais procurou seguir esta linha de influência histórica, embora possam notar-se ausências importantes.¹⁹

Com esteio nestas influências do direito estrangeiro no direito brasileiro, deve-se buscar compreender os direitos fundamentais no modelo de Estado Democrático de Direito no Brasil após a Constituição de 1988.

1.2 OS SISTEMAS JURÍDICOS E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Da exposição dos sistemas jurídicos estrangeiros, percebem-se, claramente, dois modelos mais relevantes seguidos no Ocidente, inclusive para o Brasil: 1) o sistema jurídico romano-germânico, em que a influência da dogmática constitucional alemã e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal destaca-se; 2) o sistema jurídico

¹⁸ DORSEN, Norman *et al.* **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii, no original, “One sign of the cross-fertilization and dialogue in constitutional law is the increasing practices of supreme and constitutional courts to cite to international instruments and foreign decisions. Many newer courts, as in South Africa, and many courts interpreting relatively new constitutional instruments, as in Canada, routinely cite to other jurisdictions. Even some justices of the U.S. Supreme Court, older and more insular than its brethren, have cited foreign cases and foreign examples.”

¹⁹ A prática constitucional em relação aos direitos fundamentais tentou seguir o critério de influências históricas na linha de BONAVIDES, embora não se negue que outros países enriqueceriam a pesquisa e a dificultariam também. Diante da abrangência, foram excluídos os países da América Latina, alguns países Europeus importantes (como a Itália e o leste Europeu, recentemente democratizado), os países da África (a experiência da África do Sul certamente seria útil) e da Ásia. Desde já, pede-se desculpa ao leitor, mas o estudo de outras realidades constitucionais, apesar de sua importância, sobrecarregaria ainda mais a pesquisa.

anglo-saxão, em que sobreleva a prática constitucional americana e a experiência de mais de dois séculos de sua Suprema Corte.²⁰

Ambos os sistemas adotam formas diferentes de pensar o direito. No sistema romano-germânico, prepondera a preocupação com a sistematização doutrinária e a proeminência do direito legislado. No sistema anglo-saxão, os precedentes judiciais possuem maior importância.

A diferença entre os sistemas, revela-se, de igual modo, em seus respectivos modelos de justiça constitucional. Os Estados Unidos possuem um controle difuso de constitucionalidade em que a Suprema Corte é encarregada de dar a última palavra.²¹ A Europa Continental, representada pela Alemanha com seu Tribunal Constitucional, adotou um modelo abstrato e concentrado de constitucionalidade, segundo a formulação kelseniana.²²

Apesar da clara distinção entre a construção dos modelos de Justiça Constitucional, existe hoje uma aproximação entre ambos os modelos, que se revela no fato de a decisão das Cortes Supremas, nos Estados Unidos e na Alemanha, darem a decisão definitiva sobre a constitucionalidade das leis de modo a encerrar a discussão da questão jurídica até que volte a ser enfrentada novamente pelo Tribunal.²³

Na verdade, mais do que uma aproximação entre os modelos, pode-se afirmar que existe uma influência recíproca entre as Cortes Constitucionais dos países com diferentes tradições. O *Bundesverfassungsgericht* utiliza as decisões da Suprema Corte²⁴ e até à Suprema Corte, antes avessa a qualquer influência, já citou decisão da Corte Constitucional alemã.²⁵

²⁰ Sobre a prática constitucional este artigo procura seguir caminho semelhante ao indicado pelo constitucionalista RODRIGO KAUFMANN: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: possibilidades e limites de aplicação no direito constitucional brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado), Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

²¹ O precedente que marca o início da *judicial review of legislation* nos Estados Unidos é o famoso caso *Marbury v. Madison*, que remonta ao ano de 1803. Para compreender o caso ver: LOCKHART, William B. *et al.* **The American Constitution: cases, comments, questions**, p. 1-17

²² Embora o controle de constitucionalidade na Europa já tivesse sido proposto algumas vezes, só foi instituído na Europa a partir do século XX com o modelo kelseniano de controle de constitucionalidade abstrata, que foi adotado inicialmente na Áustria e posteriormente em outros países, como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha. Para compreender a formulação de KELSEN ver: KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995. Para uma comparação entre o modelo Alemão e o modelo brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade ver: MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**, p. 3-44. Para a compreensão do modelo americano e Europeu, sobretudo austríaco e alemão, ver: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**, p. 66-114.

²³ Embora a Suprema Corte decida o caso concreto em última instância, a decisão terá força vinculante para todos os Tribunais do país e acaba por encerrar uma discussão da constitucionalidade da lei em tese em que o caso funciona muito mais como pretexto para resolver a controvérsia jurídica.

²⁴ A doutrina Constitucional alemão estuda com frequência a doutrina a jurisprudência americana, o que leva o constitucionalista alemão BERNARD SCHLINK até mesmo a admitir a possibilidade de que a Alemanha

Inicialmente, o Brasil adotou um modelo de controle difuso de constitucionalidade. O modelo abstrato passou a ser adotado de modo gradativo e cumulativo com o concreto até adquirir proeminência a partir da Constituição de 1988 com a ampliação do rol de legitimados para propor ações diretas de constitucionalidade.²⁶ Com o advento da emenda que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, a sua posterior regulamentação ao lado da ação direta, e a regulamentação da ação de descumprimento de preceito fundamental a ênfase no controle concentrado tornou-se mais evidente.²⁷ A emenda constitucional, conhecida como reforma do judiciário, que instituiu a súmula vinculante e a arguição de relevância tornou a concentração do sistema ainda mais marcante.

Na própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade, inclusive na progressiva concentração do sistema, já se percebem as influências dos modelos alemão e americano. A ascendência estrangeira ultrapassa o modelo de controle de constitucionalidade adotado e se manifesta amplamente na história constitucional brasileira: na construção teórica e doutrinária, na prática jurisprudencial e, de modo mais profundo, na própria formação do *constitucionalismo brasileiro*. Neste contexto, o desvelamento das influências americana e alemã é uma necessidade do direito constitucional brasileiro atual.

As experiências constitucionais, americana e alemã, revelam, mais do que a concorrência entre sistemas judiciais (controle concentrado v. controle difuso;

passee a ter o constitucionalismo americano como a influência decisiva apta a guiar os novos rumos do direito naquele país: “The relationship between constitutional scholarship and the Bundesverfassungsgericht will develop in one of these two directions. The first direction has tradition on its side. In the second, one sees traits of what a European seen in looking at the United States and the relationship between American constitutional scholarship and the Supreme Court. This image of the United States incorporates a view that the American public participates more in the debate on constitutional legal and political questions, constitutional decision making, and appointments to the Supreme Court.” SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives**, p. 222.

²⁵ DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ e BAER citam casos em que a Suprema Corte americana utilizou experiências e decisões estrangeiras: “For example, in his dissent in *Printz v. United States*, 521 U. S. 898 (1997), Justice Stephen Breyer referred to German federalism in discussing the constitutional limits of U. S. federal power. More recently, Justice John Paul Stevens’s opinion for the Court in *Atkins v. Virginia* cited to a brief of the European Union as amicus curiae in a related case, pointing out that ‘within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved.’ 122 Sup. Ct. 2242, 2249 n. 21 (2002).” (DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, preface, p. iii).

²⁶ A ênfase no controle abstrato foi ressaltada por GILMAR FERREIRA MENDES: “A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.” MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**, p. 252.

²⁷ Não só na Constituição de 1988, mas depois dela a tendência a concentração tem acentuado-se, tanto com novas emendas, como com a legislação infraconstitucional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

common law v. statute law), divergências mais profundas na compreensão do direito constitucional e do papel da Constituição.²⁸

Na verdade, as diferentes formas de interpretar a Constituição decorrem de dois Estados com formações diferentes, que se refletiram diretamente nos respectivos modelos constitucionais. Como demonstram SCHLINK e JACOBSON, no direito constitucional americano as disputas constitucionais partem sempre da idéia de superioridade da Constituição elaborada pelos pais fundadores, pois “a revolução americana estabeleceu acima de qualquer desafio prático que o governo somente é concebível como governo constitucional.”²⁹

Já o direito constitucional alemão foi concebido a partir da idéia de limitação do Poder do Estado, pois como afirmam SCHLINK e JACOBSON: “O estado Alemão, por contraste, precede a constituição. Precede historicamente o estado como objeto da vontade e do poder do monarca estava lá muito antes de qualquer constituição estruturá-lo ou fundá-lo o curso da história guiou o pensamento jurídico. Até a República Federal (*Bundesrepublik*) a constituição era entendida não como fundadora ou estruturadora do estado, mas muito mais como formadora e limitadora de poderes hereditariamente ilimitados de uma organização política existente. A constituição derivava sua legitimidade do Estado, não o estado da constituição. Esta compreensão apenas mudou com a República Federal, sob a Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz*).”³⁰

Os diferentes modos de compreensão da relação entre governo e Constituição nestes países moldaram formas diferenciadas de interpretação do direito constitucional, que, por sua grande influência (inclusive no Brasil, como se viu), precisam ser melhor explicadas.

²⁸ ROSENFELD sintetiza a formação do constitucionalismo francês, americano e alemão: “Em resumo, no modelo Alemão a constituição deve dar expressão à identidade nacional prevalecente; no Francês, transformar e redirecionar uma identidade nacionalidade já existente; e no Americano, deve apresentar as características essenciais de uma nação ainda por ser formada.” No original: “In short, in the German model the constitution is supposed to give expression to a prevailing national identity; in the French, to transform and redirect na existing national identity; and in the American, to lay down the essential characteristics of the identity of a nation yet to be formed.” (ROSENFEL, Michel. *Constitution-making, identity building, and peaceful transformation to democracy: theoretical reflection inspired by the spanish example*. In: DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, p.43.

²⁹ “The American Revolution established beyond practical challenge that government is conceivable only as constitutional government.” JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Introduction. Constitutional Crisis. The German and the American Experience**. IN: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**, p. 1.

³⁰ No original: “The German state, by contrast, precedes the constitution. It does so historically the state as object of the monarch’s will and power was there before any constitution could frame or found it and the course of history has guided legal thinking. Until the Federal Republic (*Bundesrepublik*) the constitution was understood not as founding and framing the state, but rather as shaping and limiting the inherently unlimited powers of an already existing political organization. The constitution derived its legitimacy from

1.2.1 O SISTEMA ANGLO-SAXÃO: A CONSTITUIÇÃO AMERICANA E O DIREITO INTERPRETADO PELOS TRIBUNAIS³¹

A história da Constituição americana coincide com a história dos Estados Unidos da América. Ela foi desafiada por três crises sem jamais ter sido abandonada ou mesmo colocada em “cheque”.³² As crises do Estado americano não resultaram em crises constitucionais. Delas a Constituição saiu reafirmada e fortalecida. SCHLINK e JACOBSON resumem esta situação:

“Que a crise do Estado devesse resultar em uma crise da fundação e da estrutura do direito não é algo evidente em si mesmo; certamente a experiência americana demonstra o contrário. Crises no Estado americano nunca levaram as elites políticas a questionar a legitimidade constitucional de seu governo. Até mesmo a extraordinária luta que levou à Guerra Civil não causou dúvidas sobre a legitimidade do governo em si mesma. Elas eram a ordinária, mesmo que ultimamente violenta, luta da interpretação constitucional, mais do que uma tentativa de sustentar princípios de organização política fundamentalmente diferentes.”³³

Na reafirmação da primazia da Constituição sobre o governo a Suprema Corte desempenhou um papel importante na história americana. Desde o caso *Marbury v. Madison*, a Corte tomou para si a responsabilidade de decidir o conflito entre os poderes do Estado e assumiu o poder de dar a última palavra no conflito entre a lei e a Constituição, podendo julgar inconstitucional qualquer lei.

Neste contexto, a Suprema Corte americana transformou-se em uma caixa de ressonância dos conflitos constitucionais que refletiam, na verdade, profundos conflitos sociais e políticos. Alguns dos principais debates políticos americanos eram levados para a Suprema Corte, que desenvolveu um papel chave

the state, not the state from the constitution. This understanding has shifted only in Federal Republic, under the Basic Law of 1949 (*Grundgesetz*).” JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Introduction. Constitutional Crisis. The German and the American Experience**. IN: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**, p. 1-2.

³¹ A Inglaterra, outra representante do sistema do *common law*, possui a democracia constitucional mais antiga e estável do mundo, mas as peculiaridades e complexidade de seu modelo constitucional tornaram difícil a sua transposição para outros Estados Democráticos, razão pela qual não foi analisada, embora se reconheça sua inegável importância.

³² JACOBSON e SCHLINK referem-se a três crises: 1) a primeira, na década de 1780, versava sobre o problema da unidade; 2) a segunda, que resultou na Guerra Civil, ocorreu por conta da escravidão; 3) a terceira, no período do *New Deal*, envolveu o conflito entre liberdade individual e o poder do governo para intervir em favor do povo (JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Introduction. Constitutional Crisis. The German and the American Experience**. IN: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**, p. 21).

³³ “That a crisis of the state should result in a crisis of the law framing and founding it is not self-evident; certainly the American experience is to the contrary. Crises of the American state have never led political elites to question the legitimacy of constitutional government. Even the extraordinary struggles leading

nos principais momentos da história americana: no conflito racial (a escravidão, a segregação e as ações afirmativas), no exercício da liberdade de expressão e da privacidade, nos conflitos federativos, na implementação de políticas públicas, no direito à vida (pena de morte, aborto e eutanásia) *etc.*³⁴

No direito constitucional americano, os problemas jurídicos eram tratados, também, como problemas políticos e sociais e a interpretação constitucional era permeada por fortes tensões em que a Suprema Corte era chamada para dar a última palavra.

Um sistema constitucional formado no contexto de um debate democrático propiciou o surgimento de uma justiça constitucional cujas decisões refletiam as posições expressas na discussão pública. A interpretação constitucional torna-se, então, uma forma de garantia da democracia, pois “em uma democracia deliberativa, uma das principais funções da Constituição é proteger não a regra da maioria, mas a moralidade interna da democracia, vista em termos deliberativos.”³⁵

Justamente por exercer a função de garantia da democracia no exercício da jurisdição constitucional, a Suprema Corte evita enfrentar questões de natureza claramente política e desenvolveu a *doutrina das questões políticas*.³⁶

DWORKIN, por exemplo, defende a realização de uma leitura de moral política da Constituição pela Corte Suprema para garantir a proteção de direitos

up to the Civil War did not cast doubt on the legitimacy of constitutional government itself. They were the ordinary, even if ultimately violent, struggles of constitutional interpretation, rather than a sustained search for a fundamentally different principles of political document.” JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Introduction. Constitutional Crisis. The German and the American Experience.** IN: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**, p. 1.

³⁴ A relevância do papel desempenhado pela Suprema Corte levou DWORKIN a afirmar que: “Os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias.” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 426-427). O mesmo DWORKIN, logo em seguida, esclarece, em nota, que não tem como provar esta afirmação: “Não ofereço nenhum argumento para essa afirmação categórica; para fazê-lo, precisaria escrever outro livro. Teria de levar em conta, entre outras coisas, que os registros da Suprema Corte carecem de regularidade, que as instituições que chamo ‘majoritárias’ nem sempre ou nunca, como diriam alguns representaram as opiniões ou os interesses da maioria dos cidadãos, e que a Corte às vezes exerceu o poder que, como declarou Marshall, tornaria essas instituições mais majoritárias do que teriam sido de outro modo.” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 427, nota 2).

³⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: what constitutions do**, p. 10, no original: “In a deliberative democracy one of the principal purposes of a constitution is to protect not the rule of the majority but democracy’s internal morality, seen in deliberative terms.” Completando esta mesma idéia SUNSTEIN diz que “no seu ponto de vista, o objetivo central de uma constituição é criar as precondições para uma ordem democrática bem-funcionante, em que os cidadãos sejam capazes de governar a si mesmo.” No original: “In my view, the central goal of a constitution is to create the preconditions for a well-functioning democratic order, one in which citizens are genuinely able to govern themselves.” (SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: what constitutions do**, p. 6).

³⁶ “In the U. S., there is one important limitation on the justifiability of constitutional claims, namely, that provided by the ‘political question doctrine.’ Although the contours of the doctrine are hardly clear and certain scholars have strongly criticized its coherence (...), the political question doctrine has been regularly invoked by courts to refuse adjudicating certain types of constitutional claims. It must be emphasized that

individuais (somente deles), como no caso do aborto (*Roe v. Wade*), em que o direito individual à privacidade foi desafiado e resolvido em favor da autonomia individual feminina para decidir sobre a interrupção da gravidez.³⁷

Com efeito, não obstante a Suprema Corte desempenhe uma atividade judicial que se imiscui no debate democrático em uma leitura de moral política da Constituição, questões decisivas são deixadas de lado pelo Tribunal por terem natureza claramente política.

1.2.2 O SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO: A INTERVENÇÃO E A OBJETIVIDADE METODOLÓGICA DA ATIVIDADE JUDICIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO

O constitucionalismo alemão formou-se em torno da questão da proteção de direitos dos indivíduos contra o poder do Estado e da limitação do poder estatal. A teoria dos quatro *status* dos direitos fundamentais de JELLINEK reflete esta situação: todos os *status* (negativo, positivo, ativo e passivo) tratam da relação indivíduo e estado.

Na república de Weimar, o debate constitucional girava em torno, também, da limitação e da proteção dos indivíduos em relação ao Estado. Como a teoria constitucional era formulada em torno do direito estatal, a crise do estado representou o colapso da Constituição.

Com o advento da Lei Fundamental de 1949, a teoria constitucional passa a ser formulada em torno de um debate democrático em que a relação estado e indivíduo permanece importante; não mais a única a ser tratada.

De todo modo, a tradição de ênfase no controle do poder de um Estado intrinsecamente forte continuou a exercer influência no direito constitucional alemão. O debate sobre objetivos e métodos de Weimar transformou-se no debate sobre objetivos e métodos da aplicação judicial do direito pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*). JACOBSON e SCHLINK resumem a evolução do direito constitucional alemão:

the doctrine is not meant to inhibit adjudication of politically charged constitutional issues. For example, the constitutional issues surrounding abortion have been highly politicized for a number of decades in the U.S. (...), but they are justifiable in the same way as all other individual rights issues arising under the Constitution. Instead the 'political question doctrine' must be understood in a more technical sense as defined by its many pronged nature. As the Court stated in *Baker v. Carr* (...)” DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**, p. 137.

³⁷ DWORKIN faz uma enfática defesa do direito individual ao aborto em artigo denominado “Roe Was Saved” (Roe foi salvo), referindo-se ao caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et. al. v. Casey*, em que três juízes nomeados por Presidente contrários ao direito de aborto votaram pela ratificação do precedente *Roe v. Wade*: DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: the moral reading of the American constitution**, p. 117-129. Para a compreensão aprofundada do ponto de vista de DWORKIN em relação ao aborto ver: DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, p. 1- 94, 141-163 e 207-249.

“Dois eventos no século levaram a uma decisiva marca na teoria do direito do estado na Alemanha: ‘a luta sobre métodos e objetivos’ (*Methoden- und Richtungsstreit*) durante o período de Weimar, e a introdução de extenso controle judicial pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) na República Federal.”³⁸

Para garantir a proteção do indivíduo e a legitimidade do Estado, desenvolveu-se um direito constitucional voltado para a existência de um intervencionismo judicial, cuja racionalidade e objetividade são garantidas por um método e por critérios previamente determinados. HÄBERLE, ao defender uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, resume a situação da interpretação na Alemanha:

“A teoria da interpretação constitucional tem colocado até aqui duas questões essenciais:

- a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, e
- a indagação sobre os métodos (processo da interpretação constitucional) (regras de interpretação)”³⁹

Categorias teóricas orientadas para a garantia de objetividade, precisão e segurança na interpretação foram criadas e aprimoradas pela doutrina e pela jurisprudência. O princípio da proporcionalidade (acompanhado de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁴⁰ é um bom exemplo desta pretensão de uma interpretação racional baseada em um critério objetivo.⁴¹

³⁸ “Two events in this century have left a decisive mark on the theory of the law of the state in Germany: the ‘struggle over methods and aims’ (*Methoden-und Richtungsstreit*) during judicial control by the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) in the Federal Republic.” JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. **Introduction. Constitutional Crisis. The German and the American Experience.** IN: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**, p. 3.

³⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 11.

⁴⁰ Para a compreensão aprofundada da proporcionalidade e seus três subprincípios ver: PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador**, 686-798.

⁴¹ Muitos outros exemplos poderiam ser apresentados, como: a lei de colisão (cujo resultado é uma relação de precedência condicionada), os direitos fundamentais na dimensão objetiva e subjetiva, as reservas legais (simples e qualificada), a técnica de interpretação conforme a Constituição, dentre outros. A teoria tridimensional da dogmática dos direitos fundamentais pode ser situada nesta tradição de objetividade e precisão do direito constitucional alemão. Esta teoria, contudo, foi apresentada nesta pesquisa em termos diferentes da formulação de ALEXY não só por abandonar a ênfase na dimensão analítica e propor uma outra compreensão da dimensão normativa, mas por toda teoria ser acompanhada de uma leitura procedimental do direito, baseada no paradigma do Estado Democrático de Direito de HABERMAS em *Faktizität und Geltung*, e na teoria procedimental da interpretação do direito, formulada a partir da teoria do direito como integridade de DWORKIN.

O direito judicial, centrado na intervenção do *Bundesverfassungsgericht* e guiado por critérios técnicos de interpretação, adquiriu proeminência no modelo alemão. A própria teoria dos direitos fundamentais de ALEXY é um bom exemplo de uma teoria voltada para garantir a racionalidade e a objetividade da interpretação dos direitos fundamentais pela Corte Constitucional alemã.

Hoje, o sistema alemão vive um dilema. O direito jurisprudencial adquiriu proeminência, mas a doutrina constitucional interpreta as decisões da Corte Constitucional alemã como se fosse um direito orientado exclusivamente pela tradição sistemática, como bem resume SCHLINK:

“O Tribunal Constitucional Federal desenvolveu o *case law*, e age de uma maneira crescentemente política. Em contraste, acadêmicos constitucionalistas dão continuidade ao estilo tradicional dos juristas dogmáticos germânicos que interpretam e aplicam o direito codificado, e então esperam que os juízes sejam a voz da lei, aplicando nas suas decisões uma lei que não criaram, mas simplesmente encontraram. Não há espaço nesta tradição para a discussão acadêmica com o Tribunal Constitucional Federal que envolvendo argumentos políticos, ou concentrando-se em casos individuais, examine como os problemas sociais do caso surgiram, e orientando se o problema foi corretamente resolvido pelo Tribunal Constitucional Federal. (...) A doutrina prefere canonizar as decisões do Tribunal Constitucional Federal. Ela lê e interpreta estas decisões, e as suas razões, como se fosse direito codificado.”⁴²

Como se pode ver pela sucinta exposição das experiências constitucionais alemã e americana, a internacionalização dos direitos humanos e a influência recíproca das Cortes Constitucionais, não impediu a formação de tradições constitucionais muito diferentes, que refletem modos especiais de ver o direito nos dois mais influentes sistemas jurídicos do ocidente. A compreensão destas tradições é imprescindível para a compreensão do direito constitucional brasileiro que sofre uma antiga e crescente influência do direito constitucional americano e alemão.

⁴² SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives**, p. 220-221, no original: “The Bundesverfassungsgericht has propelled the development of case law forward, and acts in an increasingly open manner politically. In contrast, constitutional scholarship that interprets and applies codified law, and then expects judges to be the voice of the law, applying in their decisions a law that they have not made, but have simply found. There is no place in this tradition for a scholarly discourse with the Bundesverfassungsgericht that involves political arguments, or concentrates on an individual case, examines how the case’s social problem evolved, and addresses whether the problem was correctly solved by the Bundesverfassungsgericht. (...) It rather canonizes the decisions of the Bundesverfassungsgericht. It reads and interprets these decisions, and their reasoning, as though they were codified law.”

2 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: CAMINHOS

Já se demonstrou que o Brasil sempre foi aberto para a influência de sistemas jurídicos estrangeiros (do inglês e do francês, passando pelo americano até chegar para o alemão, apenas para citar alguns dos mais relevantes). Em seguida, verificou-se que no direito constitucional brasileiro atual, o direito constitucional americano (maior representante do sistema do *common law* e do *judicial review*) e o direito constitucional alemão (maior representante do sistema do *statute law* e do controle concentrado de constitucionalidade) são os que possuem ascendência mais determinante.

Por fim, demonstrou-se que ambos os sistemas partem, historicamente, de compreensões diferentes do direito constitucional das quais resultaram dois modos de interpretação da constituição: 1) o americano em que o debate constitucional faz parte do debate público; 2) o alemão voltado para a objetividade na interpretação judicial do direito.

Agora, resta compreender qual o modelo de interpretação constitucional deve ser seguido pelo Brasil: o americano, o alemão ou um outro modelo? Esta pergunta é importante para que se possa encontrar a resposta para outra pergunta que acompanha toda esta pesquisa: qual modelo constitucional deve ser adotado no Brasil para a interpretação dos direitos fundamentais?⁴³

A própria história constitucional brasileira, marcada pela influência de diversos países (a formar quase um “*sincretismo constitucional*”), já demonstra que seria difícil, em nossa realidade, adotar integralmente o modelo americano ou o modelo alemão.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se a influência do direito alemão e das decisões do *Bundesverfassungsgericht* ao lado da influência do direito americano e das decisões da *Supreme Court*. Na doutrina brasileira, há, igualmente, autores influenciados por um ou por ambos os modelos.

Neste contexto, o direito constitucional brasileiro precisa apropriar-se das contribuições americana e alemã, reformulando-as e as adequando para a nossa realidade. Por isso, foi tão importante a exposição, ainda que extremamente sucinta, do direito constitucional alemão e americano.

O direito constitucional alemão enfatiza excessivamente a intervenção judicial e a suposta objetividade de sua interpretação, o que é contestado com veemência na própria Alemanha. HABERMAS, em sua contundente crítica a esta

⁴³ A resposta para estas perguntas não é evidente e certamente mudará de acordo com o direito pressuposto pelo pesquisador. Não se pretende aqui buscar uma resposta definitiva para esta pergunta e uma resposta adequada exigiria a reconstrução do *constitucionalismo brasileiro*, que exigiria a leitura e compreensão dos autores clássicos e contemporâneos da história e do direito constitucional brasileiro. Semelhante empreendimento foge muito do objetivo da presente pesquisa, embora se reconheça a inegável utilidade e necessidade de uma pesquisa desta natureza.

posição, denominou-a de *crítica a uma auto-compreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade*, afirmando que:

“As reservas contra a legitimidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não dependem apenas da mudança de paradigmas, mas também de concepções metodológicas. Na República Federal da Alemanha, a crítica pode referir-se a uma ‘doutrina da ordem de valores’, desenvolvida pelo próprio tribunal, portanto a uma autocompreensão metodológica dos juízes, a qual teve consequências problemáticas para a decisão de importantes precedentes, o que não acontece nos Estados Unidos. A crítica justificada à jurisprudência dos valores dirige-se, muitas vezes de forma *brusca*, contra as graves consequências que resultam do Estado de direito, sem esclarecer que se trata apenas, e em primeiro lugar, de consequências de uma auto-interpretação falsa. Com isso, ela perde de vista a alternativa de uma compreensão correta da interpretação, segundo a qual, direitos não podem ser assimilados a valores.”⁴⁴

O direito constitucional americano negligencia a importância da intervenção judicial na proteção de direitos sociais e em questões políticas para privilegiar o fortalecimento de uma democracia deliberativa em que a interpretação constitucional reflete o debate político.

Apropriando-se das contribuições e das críticas de ambos os modelos, o presente texto pretende compreender os direitos fundamentais utilizando os critérios alemães que guiam a jurisprudência interventiva da Corte Constitucional sem negligenciar a importância da abertura do debate constitucional travada na Corte Suprema para a sociedade, como ocorre nos Estados Unidos e na Suprema Corte, e hoje é reconhecido até mesmo na Alemanha na formulação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de HÄBERLE.⁴⁵ De acordo com HÄBERLE:

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 314-315. Esta questão será rediscutida posteriormente na presente pesquisa.

⁴⁵ GILMAR FERREIRA MENDES, tradutor de HÄBERLE no Brasil e hoje Ministro do Supremo Tribunal, resume a importância desta obra para o direito constitucional: “Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete. (...) Evidentemente, essa abordagem tem consequências para o próprio processo constitucional. Häberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no referente às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação no processo constitucional (notadamente nas audiências e nas ‘intervenções’). Impõe-se, pois, para Häberle, um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.”(HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 9-10)

“O Direito Constitucional material vivido surge de um número enorme de funções ‘corretamente’ exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição. Essa reflexão sobre a interpretação constitucional demonstra que, de uma perspectiva constitucional-processual, correção funcional da interpretação constitucional leva praticamente a uma diversidade da interpretação constitucional. A interpretação correta depende, pois, de cada órgão, do procedimento adotado, de sua função e de suas qualificações.”⁴⁶

A proposta apresentada aqui não pretende ser, contudo, um guia para a compreensão dos direitos fundamentais, mas tão somente se resume a compreender os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, instituído com o advento da Constituição brasileira de 1988.

De todo modo, o modelo escolhido deverá ter a pretensão de superar as deficiências do modelo alemão e americano e ser apto para uma compreensão adequada do direito constitucional brasileiro.

Neste contexto, a interpretação e a intervenção judicial devem ser valorizadas no contexto de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição pois, segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES, ao apresentar a obra de HÄBERLE:

“Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreten*) do complexo normativo constitucional.”⁴⁷

A formação de um modelo constitucional que se situa entre as duas escolas partirá no presente caso da teoria procedimental do Estado Democrático de Direito para a teoria dogmática dos direitos fundamentais em suas três dimensões: analítica (sistemático-conceitual), empírica (centrada no direito positivo legal e jurisprudencial) e normativa (que permite a discussão da dogmática sob a égide do paradigma procedimental e da teoria procedimental).

46 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 52.

47 MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 9.

Um modelo brasileiro somente terá êxito se levar a sério a construção de uma teoria constitucional adequada para a nossa realidade que leve em consideração as vantagens das teorias e dos modelos alemão e americano.

Parafraseando SCHLINK pode-se afirmar, em relação ao direito constitucional brasileiro, que: *algo de novo está emergindo no Brasil. Talvez algo entre o modelo romano-germânico do Brasil (inspirado no modelo alemão) da tradição de codificação e sistematização da jurídica e o modelo americano do case law, este ‘algo’ irá adquirir a sua forma.*⁴⁸

Encontrar este ‘algo’ é a grande tarefa de todos os constitucionalistas e da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Aqui, não pretendo apresentar uma solução para esta grande questão, mas apenas apresentar um caminho possível, pois como afirma MARTIN HEIDEGGER: “No pensamento, o que permanece é o caminho. E os caminhos do pensamento guardam consigo o mistério de podermos caminhá-los para frente e para trás, trazem até o mistério de o caminho para trás nos leva para frente.”⁴⁹

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales de Tradução Ernesto Garzón Valdès. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. *Theorie der Grundrechte*.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: *L’età dei Diritti*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB editora, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

⁴⁸ A frase de SCHLINK é a seguinte: “Something new is emerging in Germany. Perhaps somewhere between the German tradition of codified, systemized law and the American idea of case law, this ‘something’ will take its form.” SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives**, p. 222.

⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. **A Caminho da Linguagem**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schiback. Petrópolis-RJ e Bragança Paulista-SP: Editora Vozes e Editora São F

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. Título original: *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DORSEN, Norman *et al.* *Comparative Constitutionalism: cases and materials*. S. Paul: Thomson West, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: a Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. O Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Life's Dominion*.

_____. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*.

_____. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *A matter of principle*.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Título original: *Wahrheit und Method*.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Título original: *Die offene Gesellschaft der Verfassunsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation*.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*.

_____. Paradigms of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.).

Habermas on Law and democracy: critical exchanges. Translated by William Reg. London, Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1998, p. 13-25.

HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schiback. Petrópolis-RJ e Bragança Paulista-SP: Vozes e São Francisco, 2003, p. 81.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: *Die normative kraft der Verfassung*.

JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard. Introduction. Constitutional Crisis. The German and the American Experience. IN: JACOBSON, Arthur J. & SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Translated by Belind Cooper et al. Berkeley, Los Angeles and London: University of California Press, 2002, p. 1-39.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: possibilidades e limites de aplicação no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado), Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.

LOCKHART, William B. et al. *The American Constitution: cases, comments, questions*. 8. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1996.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

_____. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. *Grundrecht. Staatsrecht II*. Heidelberg: C.F. Müller, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales: El principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ROMERO DE VASCONCELOS, Eneas. Reforma Constitucional, Direitos Fundamentais e Cláusulas Pétreas: análise do art. 60, § 40, IV da Constituição. In: SILVA, Alexandre Vitorino *et al.* *Estudos de Direitos Público: direitos fundamentais e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 213-235.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 197-222.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2. ed. Traducción de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: what constitutions do*. Oxford and London: Oxford University Press, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1.

_____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Editora da Unb, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1995.

INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: WAYS FOR CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS IN BRAZIL

Abstract: The present paper is about the interpretation of human rights in Brazil under the rule of Law. In order to understand the best way to interpret human rights under the Brazilian 1988 Constitution, we focus the historical development of the Brazilian constitutional system, comparing the influence of the American model (common law and judicial review) and the German model (statute law and concentrated constitutional review). In the end, we track ways for interpretation of human rights in Brazil.

Key words: Constitutional Law; Human Rights; Constitution; Interpretation; Brazil

ASPECTOS GERAIS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO PROCESSO POLÍTICO

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor catedrático aposentado da Universidade de São Paulo.

Palestra proferida em 14/fev/2008 inaugurando o semestre letivo da FA7.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário exerce, no Brasil, um amplo controle sobre a atividade política, quer no que tange ao processo eleitoral e partidário, quer no que concerne ao exercício da função governamental. Acumula as funções tradicionais de dirimir os litígios entre particulares e de sancionar penalmente a conduta destes com a de acompanhar a vida dos partidos, promover as eleições, fiscalizar a constitucionalidade, a legalidade e apreciar o próprio mérito de atos governamentais. Na verdade, o Judiciário brasileiro desempenha as funções que, noutros Estados, são exercidas pela Justiça comum, pela Justiça constitucional e pelo contencioso administrativo.

Tal quadro não é uma inovação da Constituição vigente. Desde a primeira Constituição republicana (1891), ele já era incumbido de exercer o controle de constitucionalidade e da correção dos atos governamentais irregulares. Desde 1932 - portanto, antes da segunda Constituição republicana (1934) passou a controlar o processo eleitoral e partidário. Destarte, a referida acumulação já está presente nas Leis Magnas de 1946 e de 1967, não se falando da Carta de 1937 que não teve efetividade.

Entretanto, sob a Constituição em vigor, o fenômeno se intensificou, seja em razão das novidades e características desta, que refletem a tendência mundial à judicialização da política, seja em decorrência de uma nova concepção, e por que não dizê-lo de uma nova atitude dos magistrados.

Neste trabalho, visa-se a desenhar, em traços largos, o panorama do controle jurisdicional da atividade política, segundo a letra e a prática do direito brasileiro na atualidade. Far-se-á isto num enfoque preferencialmente dinâmico, abordando de início o processo político propriamente dito, ou seja, o processo eleitoral e partidário; depois, o processo governamental, aqui compreendido o crivo sobre atos políticos, como as leis, e sobre os atos administrativos.

1 O CONTROLE DO PROCESSO ELEITORAL E PARTIDÁRIO

2. Um dos ramos do Poder Judiciário, no Brasil, é a Justiça Eleitoral (CF art. 92, V). Surgiu ela em 1932, com a missão de gerir o processo eleitoral, desde o arrolamento dos eleitores até a promulgação dos resultados eleitorais, com a diplomação dos eleitos, bem como todo o contencioso que decorra desse processo. Igualmente, está na sua competência desde a origem a supervisão do quadro partidário.

Este duplo papel de controle do processo eleitoral e de controle dos partidos consolidou-se com a Constituição de 1946, foi mantido pela de 1967 e está na Constituição em vigor.

3. No que concerne aos partidos, tem ela um controle sobre a organização e o funcionamento dos partidos.

Hoje, os partidos são associações, cuja instituição é livre e ganham personalidade nos termos da lei civil. Entretanto, precisam obter o registro dos estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, a fim de gozarem das prerrogativas de partido. Ou seja, as de apresentar candidatos, usufruir de tempo gratuito nos meios audiovisuais de comunicação, participar dos recursos do fundo partidário, etc.

4. Este registro é dependente de uma exigência programática. Tem o partido de respeitar como princípios “a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo,(e) os direitos fundamentais da pessoa humana”. Tal condicionamento procede da Constituição de 1946. Esta, preocupada com a defesa da democracia contra a ameaça totalitária, proibiu o partido que, por seu “programa ou ação” contrariasse “o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem” (C 1946, art. 141, § 13, combinado com art. 119, I).¹ Disto resulta evidentemente a possibilidade da cassação do registro do partido que infringir os princípios mencionados.

5. Ademais, a Justiça Eleitoral tem amplo poder fiscalizatório sobre os partidos. Não só pode apreciar a regularidade de suas convenções e atos de decisão, como, por expressa disposição constitucional, tem o poder de examinar suas prestações de contas (CF art. 17, III).

6. É a Justiça Eleitoral também que aprecia a inscrição dos candidatos pelos partidos. Nisto, ela examina não somente o preenchimento pelos mesmos

¹ Em aplicação disto, foi cassado em 1947 o registro do Partido Comunista.

das condições positivas de elegibilidade o gozo dos direitos políticos mas igualmente as eventual ocorrência de inelegibilidades. Estas, que não são poucas, visam essencialmente a impedir candidaturas que possam beneficiar-se de abuso de poder, econômico ou advindo de cargos públicos.

Note-se que a Constituição vigente prevê uma ação de impugnação de mandato (CF art. 14, § 11). Por meio desta, pode ser cassado o mandato do eleito por abuso de poder, seja econômico (inclusive despesas acima do teto), seja da máquina administrativa, no curso da campanha.

7. Relativamente ao processo eleitoral propriamente dito, a Justiça Eleitoral não só arrola os eleitores, toma os votos e os apura, como já se salientou, mas exerce um poder de polícia quanto ao desenrolar da campanha eleitoral. Age então como o árbitro de uma competição.

No exercício dele, pode proibir veiculações, que entender caluniosas ou infamantes, ou retirar do responsável tempo no horário gratuito do rádio ou da televisão, conferindo o direito de resposta ao atingido. Tem isto grande importância, porque, nas eleições nacionais e estaduais, bem como nas municipais nos grandes centros, a propaganda eleitoral é essencialmente feita por esses meios de comunicação. Para tanto, o tempo é repartido entre os partidos, por critérios definidos na legislação, de modo que a sanção irá restringir o período conferido ao infrator, diminuindo-lhe a oportunidade de difundir suas idéias e avaliar seus candidatos.

8. Desdobramento recente veio incrementar o controle jurisdicional sobre as relações entre o partido e os que elegeu.

Com efeito, há poucos meses atrás o mais alto tribunal eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral enfrentou essa delicada questão. Ou seja, a questão da fidelidade e da disciplina partidárias. Estas, aliás, são mencionadas no art. 17, § 1º da Constituição, como devendo fazer parte dos estatutos partidários.

Entendeu ele que, embora a Constituição não disponha sobre a sanção do abandono do partido, esta estaria nela implícita, salvo motivo justo. E isto tanto para os eleitos segundo o sistema de representação proporcional deputados - como para os eleitos em eleição majoritária como senadores.²

Tal orientação já foi corroborada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à questão da perda do mandato dos eleitos pelo sistema proporcional que tinham abandonado o partido pelo qual se haviam elegido.³ Posteriormente a isto, o Tribunal

² Sobre deputados que deixaram o partido pelo qual se tinham elegido TSE Consulta nº 1.398, Relator: Min. César Asfor Rocha. Sobre eleitos em eleição majoritária, TSE Consulta nº 1.407, Relator: Min Carlos Britto.

³ Mandados de segurança MS 26.602, Rel.: Min. Eros Grau; MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604, Min. Carmen Lúcia.

Superior Eleitoral editou uma Resolução dispondo sobre o assunto.⁴ Quanto aos eleitos em votação majoritária os senadores e chefes do Executivo ainda não houve manifestação da Corte Suprema, mas se estima que siga a mesma orientação.

2 O CONTROLE DA ATUAÇÃO DOS PODERES

9. O controle jurisdicional também se estende no Brasil ao campo da atuação política governamental, e tanto do Legislativo, quanto do Executivo. Não só ela é prevista para corrigir a ação destes Poderes, mas, outrossim, para ditá-la, impondo políticas públicas. E, num caso ao menos, é expressamente condição da atuação governamental.

A) O CONDICIONAMENTO DA INTERVENÇÃO FEDERAL

10. Este último caso, na verdade, é atualmente de pouco importância prática, mas significativo no seu contexto histórico e constitucional.

O Estado federal brasileiro prevê que a União intervenha nos Estados para determinadas finalidades de elevado interesse nacional, bem como para impor o respeito a vários princípios considerados essenciais à unidade do País - os chamados “princípios sensíveis”. Este instrumento foi utilizado abusivamente durante a Primeira República (1891-1930), de modo que já na Constituição de 1934 se procurou impor-lhe condições isentas de faccionalismo político. Foi assim que, nessa Carta, pela primeira vez, se instituiu um crivo judicial prévio à sua decretação, isto quando seu fundamento fosse o descumprimento dos princípios sensíveis (art. 12, § 2º). Com efeito, o texto previu fosse ela condicionada pela declaração da constitucionalidade da lei que a decretasse. Tal constitucionalidade importaria evidentemente na verificação da ocorrência dos pressupostos da intervenção, o que exigiria a apuração da inconstitucionalidade do ato estadual que a ensejava.

Na Constituição em vigor, o condicionamento persiste. Com fundamento em violação por ato estadual dos princípios sensíveis ou por recusa da execução de lei federal, poderá ser decretada a intervenção federal, mas apenas depois que o Supremo Tribunal Federal julgar procedente representação do Procurador-Geral da República, assim declarando a inconstitucionalidade ou a recusa (art. 34, III). Entretanto, bastará, nesta hipótese, decreto suspendendo o ato impugnado, “se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade”. Na prática, é isto o que ocorre, sem maiores problemas nem contestações, o que exclui a intervenção federal propriamente dita.

⁴ Resolução nº 22.610.

B) O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

11. Data da Primeira República o controle de constitucionalidade no Brasil, seguindo o dito modelo norte-americano. Ou seja, o controle, *in concreto*, *incidenter tantum*, que pode ser exercido por qualquer juiz, em qualquer pleito, mesmo *ex officio*, cabendo a última palavra na declaração da inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário.

Tal sistema continua presente no direito constitucional brasileiro, mas hoje coexiste com o controle abstrato, principal, em constante expansão. Como se sabe, a Reforma do Judiciário de 1965 (Emenda Constitucional nº 16/1965 à Constituição de 1946) instituiu uma “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”, a ser processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1946, art. 101, I, “k”). Isto se manteve na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1/69, que a reescreveu. Veio essa representação a ser considerada uma ação direta de inconstitucionalidade e com este nome a prevê a Carta vigente (art. 101, I, “a”). Uma grande diferença, porém, se insinua entre a representação de 1965/1967 e ação direta de 1988: é a legitimidade ativa. Aquela somente competia ao Procurador-Geral da República, ao tempo de livre nomeação e de livre exoneração por parte do Presidente da República, esta tem a sua propositura aberta também a várias autoridades e órgãos políticos, bem como ao Conselho Federal da OAB, a partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (CF art. 103). Isto levou, na prática, a uma multiplicação de tais ações.

Acrescente-se que a Emenda Constitucional nº 3/93 trouxe um novo meio de apreciação de constitucionalidade, a dita ação declaratória de constitucionalidade. Esta, cuja legitimidade ativa hoje é estendida a todos que a possuem para a ação direta de inconstitucionalidade, visa, como o nome indica, a declarar a constitucionalidade de um ato normativo federal, o que tem a significação prática de ensejar seja a questão subtraída ao controle *incidenter tantum*.

Enfim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição que previa, “na forma da lei” o art. 102, § 1º da Constituição foi regulamentada em 1999 (Lei nº 9.882). Nela, veio a ser previsto que o Supremo Tribunal Federal possa, em liminar, suspender o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, até que delibere em tese sobre a questão jurídica em debate inclusive questão constitucional tendo a decisão do STF eficácia contra todos e efeito vinculante. Complemente-se que a arguição pode colher controvérsia constitucional sobre ato normativo, não só federal ou estadual, mas igualmente municipal. Ora, como os atos normativos do Poder local não podem ser alcançados pela ação direta de inconstitucionalidade, o texto opera uma extensão do controle que, por esse caminho, chega ao plano dos Municípios.

12. Seguindo literalmente as palavras de Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, uma corrente formalista quis, e quer negar, que o controle de constitucionalidade tenha naturalmente um viés político. Sem dúvida, ele se opera pelo discurso do direito e em face de norma definida pela Constituição, mas por sua significação e efeitos tem sempre uma conotação política. Esta, aliás, é implicitamente reconhecida em sistemas de Justiça constitucional em que órgãos políticos Legislativo e Executivo escolhem os membros da Corte constitucional, de composição temporária.

No direito brasileiro em vigor, essa conotação não pode ser mais ocultada. De fato, duas leis o indicam. São a Lei nº 9.868/99, que regula a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, e a Lei nº 9.882/99 já referida que regula a arguição de preceito fundamental.

Estas duas Leis dispõem, aquela no art. 27 para a ação direta de inconstitucionalidade e para a declaratória de constitucionalidade, esta no art. 11 para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que a decisão que reconhecer a inconstitucionalidade, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, poderá “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, isto pela maioria de dois terços do Supremo Tribunal Federal.

A interpretação deste preceito mostra o abandono da tese da nulidade absoluta do ato inconstitucional, pois restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não é outra coisa senão ensejar que norma inconstitucional não seja anulada (o que importa em modificar a Constituição). E a fixação do termo *a quo*, tem a mesma significação conquanto temporariamente.

Ora, o caráter político de tal restrição, permanente ou temporária, é incontestável. Basta considerar que ela se pode dar, com fundamento na segurança jurídica, não só, mas também em razão de “excepcional interesse social”, o que é uma apreciação subjetivamente aberta e política na sua substância. Com isto, o Supremo Tribunal Federal pode ir além da mera correção de atos inconstitucionais, assumindo um papel de construtor da Constituição. E, como as decisões no controle abstrato têm eficácia contra todos e efeito vinculante, tal construção não passará pelo crivo de outro órgão ou Poder.

13. Este último aspecto se acentua quando se considera que a Emenda Constitucional nº 45/2004 habilitou o Supremo Tribunal Federal a editar *súmulas vinculantes*, sempre pela maioria de dois terços de seus membros (CF art. 103-A). Com efeito, pode ele editar tais súmulas que terão efeito vinculante em relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, a partir de sua jurisprudência, súmulas estas que terão por objetivo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”. Serão elas, portanto, verdadeiras “leis” de interpretação da Constituição.

C) A CORREÇÃO DE ATOS POLÍTICOS E POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS

14. Acresça-se a isto que não prevalece no Brasil o princípio do *judicial restraint* a limitar a intervenção do Judiciário na órbita das questões políticas. Por força do art. 5º, XXXV da Constituição, não pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário “qualquer lesão ou ameaça a direito”. Ora, com base nele, este Poder pode corrigir atos políticos, sejam de índole administrativa ou não.

Assim, o Supremo Tribunal Federal pode interferir, e tem interferido, no plano *interna corporis* do Legislativo, como comprovam suas decisões acerca de Comissões Parlamentares de Inquérito e Medidas Provisórias.

15. Igualmente, tem penetrado na seara do Executivo, exercendo um crivo sobre atos administrativos de execução de políticas governamentais. Este controle é provocado por diferentes remédios, seja por mandados de segurança, ou mandados de segurança coletivos, mas pode sê-lo por outras ações, como o por *habeas corpus*, se for o caso.

Entretanto, merecem destaque dois instrumentos importantíssimos para a efetivação desse crivo: a ação popular e a ação civil pública.

A ação popular está presente no direito brasileiro desde a Constituição de 1934. Na atual, é ela prevista no capítulo sobre os direitos individuais e coletivos, especificamente no art. 5º, LXXIII da Constituição. Segundo este, qualquer cidadão pode propor tal ação para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

A ela se junta a ação civil pública, criada em 1985, mas alargada no seu alcance pela Constituição vigente. Destina-se ela a proteger os interesses difusos da sociedade, nisto incluídos o meio ambiente, os direitos do consumidor, bens de valor estético, histórico, turístico e paisagístico. Pode ela ser proposta por associações civis, pessoas jurídicas estatais e para-estatais, mas também pelo Ministério Público. A competência deste é, aliás, definida na Constituição, como a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

Fácil é imaginar a interferência que ensejam essas ações na condução dos negócios públicos, para corrigir vícios, ou para adequá-los a princípios de que é fértil a Constituição.

D) A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

16. Deve-se acrescentar que os diferentes remédios constitucionais têm sido utilizados, não apenas para corrigir vícios, impondo princípios e regras, mas também para promover ações governamentais e mesmo políticas públicas.

São numerosas as decisões judiciais que, mormente em ações civis públicas e em mandados de segurança coletivos, vem determinando que o Poder público execute determinadas políticas públicas, como criação de vagas nas escolas, melhoramentos em museus, reparo em prisões, etc.

Não raro essas decisões se propõem a efetivar direitos, como o direito à saúde determinando, por exemplo, que a alguém sejam oferecidos certos remédios ou disponibilizados certos tratamentos o direito à educação caso das vagas nas escolas, etc., isto por mandados de segurança individuais.

Esta orientação se arrima, por um lado, no já referido art. 5º, XXXV da Constituição; por outro, no art. 5º, § 1º, conforme o qual “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

E) O SUPLEMENTO DAS OMISSÕES

17. Considere-se mais que a Constituição tem horror às omissões governamentais, por isso prevê remédios para colmatá-las.

Um deles é a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Em decorrência desta, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a ausência de medida necessária para a efetivação de comando constitucional, dando disto ciência ao Poder competente. Se omissão for de Poder, apenas dará disto ciência, mas, em se tratando de órgão administrativo, determinará que a edite em trinta dias.

Outro é o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI. Este dispõe tão somente: “Conceder-se-á mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Assim, o preceito apenas enuncia a hipótese, mas é silente quanto ao mandamento. Isto fez com que a doutrina se dividisse a seu respeito, entendendo alguns que esse mandado daria ao Judiciário o poder de estabelecer as normas regulamentadoras, outros que não poderia ir mais além do que a ação de inconstitucionalidade por omissão e, portanto, conduziria apenas à verificação da lacuna e à ciência disto ao Poder competente. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tomou de início posição cautelosa, mas veio a prever que, findo um certo prazo, o direito se exercitaria independentemente de norma regulamentadora, antes de assumir a posição de que, em face da omissão, o Judiciário definiria as normas a aplicar no caso debatido. Fê-lo, por exemplo, a propósito da regulamentação do direito de greve do servidor público.⁵

⁵ Mandados de injunção MI 670, Rel. para o acórdão, Min. Gilmar Mendes; MI 708, Rel.: Min. Gilmar Mendes; MI 712, Rel.: Min. Eros Grau.

Nota-se, destarte, que o Judiciário abandonou a posição tradicional de apenas corrigir as violações à Carta Magna e à lei, para assumir um papel positivo na construção do ordenamento e na concretização da Constituição, colmatando lacunas e omissões.

F) A ABERTURA PELOS PRINCÍPIOS

18. Este papel do Judiciário não é mero fruto de um ativismo de seus membros, embora este não deixe de existir, mas é consequência da Constituição. Esta o enseja, não apenas pelos instrumentos acima apontados que consagra, mas também por sua índole aberta. É ela uma Constituição que impõe, além de regras, também princípios, e são muitos os princípios que o texto expressamente manda observar e que, portanto, podem e devem ser aplicados pelos juízos e tribunais.

Veja-se, por exemplo, que o art. 37, *caput* da Constituição comanda que “a administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” deva “obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Aí, se torna claro, por exemplo, que a legalidade é apenas um dos princípios regentes da administração e que pode ser posto de lado se conflitar com a moralidade, ou com a eficiência.

Isto leva não raro o Judiciário a substituir sua apreciação do mérito de um ato administrativo em nome, por exemplo, da eficiência ao juízo do Poder Executivo. Igualmente, claro está que a densificação destes princípios dá ao Judiciário um amplo espaço de construção normativa, em concorrência com os dois outros Poderes.

Tudo isto relativiza a separação dos Poderes, sem embargo de a Lei Magna considerá-la “cláusula pétrea” (art. 60, § 4º, III).

3 O JUDICIÁRIO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

19. O panorama registrado corrobora a tese apontada logo nas primeiras linhas deste trabalho, segundo a qual o Judiciário exerce um amplo controle sobre a atividade política.

O termo *controle* parece ser adequado para o registro exatamente porque ele tem duas faces, a de fiscalização e a de comando. O Judiciário brasileiro, e, particularmente na sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal, tem um amplo poder de fiscalização corretiva da atividade política. Tem mais, porém. Possui um poder de comando político, na medida em que pode participar da construção do ordenamento jurídico, não só infraconstitucional, mas também constitucional, em concorrência com o Legislativo, e determinar ações administrativas, inclusive políticas públicas, em concorrência com o Executivo. Assim, atua “negativamente”, corrigindo infrações à Constituição e à lei, e, “positivamente”, desempenhando um papel normativo que se eleva a um verdadeiro poder constituinte derivado.

Ademais, é árbitro do processo eleitoral e partidário, conseqüentemente desempenhando um papel crucial no funcionamento das instituições democráticas.

Tudo isto traduz, numa ampla medida, uma judicialização da política. E obriga ao reconhecimento do Judiciário como um Poder político (no melhor sentido do termo). Não pode isto ser ignorado na interpretação do sistema brasileiro de “separação” dos poderes.

20. Tal judicialização suscita uma preocupação. Não terá ela a contrapartida de uma politização (no mau sentido) do Judiciário?

O risco é grande.

Os meios de comunicação de massa já parecem encarar o Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, como um ente politizado, cujas posições são apreciadas como favorecendo a correntes políticas, o mais das vezes numa bipolarização *Governo v. Oposição*.

Isto, sem dúvida, é favorecido pelo sistema de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que, embora seja feita em observância a elevados critérios de seleção, enseja a suspeição de intuítos político-partidários. E acresce a esta suspeita o fato de serem vitalícios os Ministros, de modo que partido poderia, em tese, assegurar a maioria na Corte Suprema por longo período.

Observe-se, ademais, que a utilização de instrumentos como a ação civil pública e a ação popular têm servido a propósitos que nem sempre coincidem com o zelo pelo direito e pela justiça. Indubitavelmente, a elite dos doutores se tem servido dessa judicialização para procurar impor seus elevados ideais ou prioridades. Nisto, inspiram-se orientações como a do neoconstitucionalismo ou a da “constitucionalização” do direito privado.

Existe, ainda, um ativismo da parte de certos magistrados que pretendem batalhar pela democracia e pelo social. Entretanto, não se pode dizer que seja este fator subjetivo o prevalecente no posicionamento do Judiciário brasileiro como Poder político de controle. Há, como se assinalou, suficientes elementos objetivos para ditá-lo.

21. A judicialização, por outro lado, provoca uma meditação sobre a natureza do regime de governo que funciona no Brasil. Sim, porque, se a democracia implica que “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, conforme está no art. 1º, parágrafo único da Constituição brasileira, o Poder Judiciário não emana do povo, nem é integrado por representantes eleitos. Estaremos diante de um regime misto? Com um elemento monárquico, o Executivo presidencial, um elemento representativo, o Legislativo, ambos, sim, de fonte, democrática, e um Judiciário aristocrático (no melhor sentido do qualificativo)?

A colocação certamente é polêmica. Trata-se, contudo, de uma indagação objetiva, científica. Não envolve qualquer *parti pris*, seja para denegrir a atuação política do Judiciário, seja para enfraquecer a democracia. Muito menos visa ela a propor a eleição dos juízes que certamente provocaria a prevalência da demagogia sobre a justiça.

É certo, porém, que tal questionamento merece ser examinado, pois dele depende um juízo não apenas sobre os rumos tomados, e sua eventual correção, como, outrossim, sobre pontos controversos, como a instituição, no Brasil, de uma Justiça constitucional independente do Judiciário.

São questões a serem enfrentadas pelos mais sábios.

SP, janeiro 2008.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PORTUGUÊS NA FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

António Santos Justo

Professor catedrático da Universidade de Coimbra.

Palestra proferida em 26/ago/2008 inaugurando o semestre letivo da FA7.

1 NOTA PRÉVIA

Quando, em 22 de Abril de 1500, a armada portuguesa comandada por Pedro Álvares Cabral chegou à Terra de Vera Cruz, o Direito Português penetrou no Brasil, onde, durante vários séculos, teve vigência e, hoje, conserva uma influência particularmente importante que permite afirmar, sem a mínima ousadia, que partilhamos, Portugueses e Brasileiros, do mesmo direito: o direito luso-brasileiro¹.

Este fenómeno nada tem, alias, de surpreendente se recordarmos a sábia lição dos juristas da Escola Histórica, para os quais o Direito é componente de uma cultura que distingue e individualiza². No nosso caso, a cultura lusíada construída superiormente por gentes de Portugal e do Brasil, com as aventuras e desventuras que marcam as nossas vidas; e cantada, em versos inapagáveis, pelo imortal Luís de Camões.

Durante muitos anos, Coimbra foi o palco da nossa cultura e aí, na vetusta Universidade do século XIII, conviveram e formaram-se juristas portugueses e brasileiros que edificaram o edifício jurídico que é nosso e nos distingue. Depois, quando em 1 de Março e 15 de Maio de 1828 foram criados os cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, respectivamente, nos Mosteiros de São Francisco e de São Bento, os estudantes do Sul e do Norte não deixaram de estudar o mesmo direito, preparados com igual formação jurídica por Mestres iluminados pela *lucerna iuris* que, no século XII atraiu Portugueses a Bolonha e a partir do século XVI serviu de atracção a Brasileiros que até 7 de Setembro de 1822 partilhavam a mesma nacionalidade.

¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *O direito brasileiro: raízes históricas* na RBDC 20 (Rio de Janeiro, 2002) 131.

² Vide A. CASTANHEIRA NEVES, *Escola histórica do direito em Digesta* 2^o. (Coimbra Editora / Coimbra, 1995) 206; e SANTOS JUSTO, *Nótuas de história do pensamento jurídico (história do direito)* (Coimbra Editora / Coimbra, 2005) 57-59.

Com a fundação de Portugal por volta do ano 1140, o velho direito do reino de Leão vigente no Condado Portucalense tornou-se português: a História do nosso Direito começou aí, embora os seus antecedentes remontem a um passado por vezes remoto, como o direito dos celtas e iberos, dos invasores romanos, germânicos e muçulmanos e dos povos que lutaram pela reconquista cristã³. A ciência jurídica dos Romanos jazia, há muito, numa situação de esquecimento profundo que só não é total porque nos Conventos, Catedrais e Igrejas se conservou o velho *Corpus Iuris Civilis* que alimentava a chama que teimosamente não se apagava na expectativa de um dia poder reacender e iluminar a ciência jurídica⁴.

E foi assim que, um século depois de o direito romano ter renascido em Bolonha⁵, aquela *iuris scientia* penetrou em Portugal para transformar o velho direito empírico, rude e grosseiro, num direito novo, capaz de satisfazer as exigências duma sociedade agitada pelo progresso⁶. Assinala-se, em 1211, nas Cortes de Coimbra, o início do movimento legislativo que libertou a prática jurídica de costumes obsoletos e injustos. Na Universidade, fundada por volta de 1290, a ciência jurídica afirmava-se e o direito progredia: o debate jurídico, iniciado pelos Glosadores e continuado pelos Comentadores⁷ decorria igualmente em Coimbra, com base nas mesmas fontes. E o Estado ia-se construindo à volta da figura do *princeps*, cuja *voluntas* se manifestava na lei, instrumento forte de moralização do direito.

A velha *vindicta privata* desaparecia paulatinamente no mesmo ritmo em que o Estado se afirmava, espalhando os seus tribunais. E a economia, de base agrícola, florescia com novas leis e contratos que, importados do direito romano, voltavam a ter um ambiente propício para se dinamizarem: referimos, a propósito, a enfiteuse, a complantação, a consignação de rendimentos, o penhor imobiliário e a compra e venda de rendas⁸.

Neste ambiente, marcado pelo progresso que tornava cada vez mais pequeno o solo português, entrámos na época das Ordenações e dos Descobrimentos.

Primeiro, as Ordenações Afonsinas, aprovadas em finais de 1446 ou princípios de 1447, mandadas elaborar por D. João I, o Rei da Boa Memória, e promulgadas, mais tarde, pelo seu neto, D. Afonso V, o Africano. Aí se consagram,

³ Vide Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *História do direito português*³, 2ª. reimpressão (Almedina / Coimbra, 2000) 67-168 e 173-180.

⁴ Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução. Fontes*⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 91-94.

⁵ Sobre a Escola de Bolonha, vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 210-218; Sebastião CRUZ, *o.c.* 96-97; e SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico*, cit. 26-28.

⁶ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 223-236.

⁷ Sobre a Escola dos Comentadores, vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 236-241; Sebastião CRUZ, *o.c.* 97-99; e SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico*, cit. 28-31.

⁸ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 196-200.

como fontes do direito português, a lei, o costume e o estilo da corte: aquela expressa a vontade do rei; o costume traduz uma prática constante e reiterada acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade jurídica; e o estilo da corte impõe-se como jurisprudência constante dos tribunais superiores⁹. Na sua ausência, abre-se um espaço para o direito subsidiário que integrará as lacunas: direito romano, direito canónico, glosa de Acúrsio, opiniões de Bártolo e vontade do rei¹⁰. A influência da ciência jurídica leccionada em Coimbra é inequívoca. Estas Ordenações vigoraram cerca de 60 anos e, portanto, o tempo suficiente para ainda vigorarem no Brasil.

Depois, em 1521, D. Manuel I, o Rei Venturoso, promulgou as Ordenações Manuelinas que actualizaram as Afonsinas. Mantêm-se as fontes do direito pátrio e o direito subsidiário é alterado: passa a recorrer-se à *opinio communis doctorum* para filtrar a glosa de Acúrsio e as opiniões de Bártolo, afastando a sua aplicação, se lhe for contrária¹¹. A ciência jurídica portuguesa revela-se actual, acolhendo ideias defendidas na Escola de Bártolo. Foram sobretudo estas Ordenações que os Portugueses introduziram no Brasil, embora não devamos esquecer os direitos locais com que necessariamente conviveram. Durante esses tempos, assistimos a duas inovações profundas do direito português: referimo-nos ao instituto dos *assentos* e à consagração do regime geral da comunhão de bens como supletivo.

Peço vénia para os abordar.

Os *assentos* consubstanciam interpretações autênticas das leis, que o rei Venturoso ordenou fossem feitas pelo Tribunal Superior do Reino, a Casa da Suplicação. Perante dúvidas sobre o sentido normativo de um preceito legislativo, os tribunais deviam pedir-lhe que fixasse o que devia ser observado no Reino. O Regedor convocaria os Desembargadores e, fixado esse sentido, era registado num livrinho e, daí, o nome de *assentos*. Assim se garantiria a segurança do comércio jurídico numa época particularmente importante. No entanto, porque as várias Relações (do Porto, de Goa, do Rio de Janeiro e da Baía) começaram, sem autorização régia, a emitir assentos, criou-se o caos com diferentes interpretações, só mais tarde, no século XVIII, afastado pela Lei da Boa Razão¹².

Quanto ao regime supletivo da comunhão geral dos bens, a sua história merece também referência. Como sabemos, o problema da pertença dos bens levados e adquiridos na constância do matrimónio depende da concepção da família e, por isso, variam de país para país¹³.

⁹ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 273-281 e 304-308.

¹⁰ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 308-317.

¹¹ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 281-288 e 314-316.

¹² Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 300-304 e 367-369.

¹³ Vide SANTOS JUSTO, *Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro em El derecho de familia. De Roma al derecho actual* (Universidad de Huelva, Publicaciones / Huelva, 2004) 323.

Esta dependência é também visível no direito de Roma. Nos primeiros tempos, dominados pelo entendimento da família como um conjunto de pessoas e bens sujeitos ao poder de um chefe, os bens que a mulher levasse para a nova família eram adquiridos pelo *paterfamilias* que tanto podia ser o marido como o sogro. Estávamos perante o regime da absorção de bens. Depois, com a afirmação da independência da mulher casada (matrimónio sem a *conventio in manum*), aquele regime foi substituído pela separação de bens¹⁴.

Na Idade Média, o Cristianismo foi-se afirmando, impondo-se paulatinamente a ideia de comunhão geral de bens. Entretanto, em Portugal, dominaram, nos primeiros tempos, o regime denominado casamento por arras (ou dote *ex marito*) e a comunhão de adquiridos. Oriundo do direito visigótico, o casamento por arras traduzia-se numa espécie de separação de bens, embora o marido administrasse os bens (arras) da mulher e pudesse dispor mesmo livremente dos seus bens móveis. Tratando-se de alienação de bens imóveis, exigia-se o consentimento dos dois cônjuges. O regime de comunhão de adquiridos (ou *ganâncias*, *gaanças*) aparece consagrado nos costumes de diversas localidades. Um e outro não afastavam, no entanto, a comunhão geral de bens se os nubentes a desejassem ou a lei canónica determinasse¹⁵.

Todavia, se a comunhão de *ganâncias* é dominada pela ideia de igualdade (embora ressalvado o papel de direcção e administração do marido) e pela comunhão dos bens adquiridos, estavam criadas as condições para desabrochar o novo sistema da comunhão geral de bens. Já aparece no século XII no foral de Ferreira de Aves e surge consagrada numa lei de D. Afonso III, embora como regime convencional ao lado do supletivo “casamento por arras”. As nossas Ordenações falam, a propósito, de Carta de Metade¹⁶ e informam que esta prática obedece ao costume da Estremadura¹⁷. Também se apresenta como regime supletivo no foral de Sabadelhe e nos costumes de Santarém¹⁸.

No Reinado de D. Manuel I, este regime é praticado, como supletivo, por força do costume, na Estremadura, no Alentejo e no Algarve, ou seja, no Sul de Portugal, enquanto no Norte revestia carácter convencional. Porém, com o tempo a sua dimensão supletiva alastrou-se ao Norte, impondo-se universalmente como regime regra nas Ordenações Manuelinas, que determinam: “*Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reinos e Senhorios, se entendem ser feitos por carta de metade*”¹⁹. Como explicação, afirma-se que “*tenderia a brotar em meios conjugais humildes, onde as fortunas se equilibravam numa apagada mediocridade,*

¹⁴ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 323-331.

¹⁵ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 341-345.

¹⁶ Cf. Ordenações Afonsinas IV,12.

¹⁷ Cf. Ordenações Afonsinas, IV,14,4.

¹⁸ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 344-345.

¹⁹ Cf. Ordenações Manuelinas IV,7pr.

onde a vida decorria num contacto permanente e num relativo desapego de preocupações egoístas, onde a colaboração efectiva da mulher reclamava uma franca participação". Esta situação económica localizava-se no Sul, enquanto, no Norte, *"a grandeza das propriedades servia de base ao predomínio de famílias nobilitadas (que viviam com) mais apego ao regime tradicional do casamento por arras, restringindo a comunhão às gaanças conjugais"*²⁰.

Na base desta evolução parece estar a mensagem cristã que começou por ser ouvida no Sul, povoado por gente pobre e oprimida, que nada tinha a perder no mundo dos bens materiais. Mensagem aquela que se adapta ao rigor do *"duo in carne"* de que fala o Evangelho de S. Marcos (XIX,5) e que, alastrando para todo o nosso País, explica a afirmação da comunhão geral de bens como regime regra, sem afastar a liberdade de os nubentes optarem pela comunhão de adquiridos ou pela separação de bens²¹.

Como veremos, este regime manteve-se, em Portugal, até 1966 e, no Brasil, até à Lei nº. 6.515, de 26 de Dezembro de 1977.

Em 1580, Portugal perdeu a sua independência e, volvidos 23 anos, no reinado de D. Filipe II, iniciaram a sua vigência as novas Ordenações, ditas Filipinas, mandadas elaborar por Filipe I. Repetem-se as fontes do direito português e do direito subsidiário²², que se mantiveram em vigor, em Portugal e no Brasil, até aos Códigos Civis, respectivamente, de 1867 e de 1916. Ou seja, vigoraram, no Brasil, quase 50 anos mais do que em Portugal e passados pouco menos de 100 anos do Grito de Ipiranga.

Durante estes tempos, o pensamento jurídico sofreu uma transformação profunda. Primeiro, com o Humanismo jurídico da Renascença e, depois, com a Segunda Escolástica.

Vindo do século XV, o Humanismo jurídico manteve-se na centúria seguinte. A liberdade de interpretação constituiu uma bandeira de combate à *communis opinio doctorum*; e o método de ensino histórico-crítico opôs-se ao velho método escolástico. O direito romano foi, pela primeira vez, seriamente abalado, havendo quem defendesse a sua substituição pelo direito natural ou a sua redução às normas e princípios que se mantivessem actuais: é a primeira versão do *usus modernus pandectarum* que viria a impor-se decisivamente mais tarde, no século XVIII. Mas houve também quem, mantendo-se fiel à necessidade do estudo do direito romano, sustentasse que o direito justinianeu devia ser substituído pelo direito da época clássica. Esta orientação tipicamente renascentista impôs-se na famosa Escola Culta, Humanista ou cujariana que se desenvolveu em França²³, contribuindo

²⁰ Transcrevemos Manuel PAULO MERA, *Evolução dos regimes matrimoniais II* (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1913) 110-113.

²¹ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 345-347.

²² Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 288-293.

²³ Sobre o Humanismo Jurídico e a Renascença, vide Sebastião CRUZ, *o.c.* 99; ALMEIDA COSTA, *o.c.* 319-324; e SANTOS JUSTO, *Nótuas de história do pensamento jurídico*, cit. 37-39

decisivamente para o florescimento da cultura jurídica francesa a que, em grande parte, é devido o famoso Código de Napoleão de 1804: sem grandes juristas não se fazem códigos, sobretudo da envergadura do *Code Civil*. Também em Portugal o Humanismo jurídico se fez sentir, embora a sua história continue por fazer.

Particularmente importante foi, no entanto, a Segunda Escolástica que teve por palco a Península Ibérica e, por isso, também é conhecida por Escola Peninsular do Direito Natural. Decorreu nos séculos XVI e XVII num ambiente em que os espíritos mais representativos da cultura se dividiam em duas classes: a que, embora herdeira do humanismo, procurava reatar a sua mais íntima ligação com a Idade Média, olhando como que para trás; e a que procurava tirar do Humanismo as últimas consequências, olhando como que para a frente²⁴.

Foi a primeira linha que predominou em Espanha e Portugal, onde se destacaram juristas de grande envergadura que constituem a glória do pensamento jurídico ibérico. Salientamos Francisco de Vitória, a quem alguns autores atribuem a paternidade do direito internacional público; Francisco de Molina, atento aos problemas económicos; Serafim de Freitas, que defendeu a doutrina do *mare clausum* contra Hugo Grócio; e sobretudo Francisco Suarez, defensor da doutrina política da soberania popular inicial e alienável, que viria, pouco tempo depois, a ser invocada para justificar a Restauração da Independência de Portugal, em 1640²⁵.

Fora da Ibéria, impôs-se uma nova corrente do pensamento jurídico: falamos da Escola Racionalista do Direito Natural que, nos séculos XVI e XVII desenvolveu a sua actividade na Holanda, na Inglaterra e na Alemanha. O entendimento do direito transformou-se radicalmente: a fonte do direito natural deixa de ser Deus, para ser a razão dos homens. Estamos perante uma orientação laica que vê no homem não uma obra divina, mas um ser natural; por isso, liberta-se da Teologia e defende a autonomia científica do direito natural como ciência dos princípios supremos da convivência social. Como fonte do direito, a razão humana constrói normas que derivam logicamente de outras e têm, nas tendências psicológicas da natureza empírica do homem, a sua base e ponto de partida: a sociabilidade, a felicidade, o egoísmo ou a bondade. Depois, a razão recolhe essas normas em sistemas que se consideram perfeitos, completos, acabados e, portanto, sem lacunas. Afinal, são obra da razão que se afirma perfeita, capaz de tudo resolver²⁶.

E vem, logo a seguir, o Século das Luzes. Recordemos que o Iluminismo é um movimento cultural cuja importância justifica que o constituamos marco temporal que divide duas grandes épocas: um antes e um depois. Marcado pelo racionalismo cujas sementes a Renascença tenha semeado dois séculos antes

²⁴ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 39-41.

²⁵ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 342-348; e SANTOS JUSTO, *Nótuas de história do pensamento jurídico*, cit. 39-41.

²⁶ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 353-356; e SANTOS JUSTO, *Nótuas de história do pensamento jurídico*, cit. 41-43.

e só agora florescem, o Iluminismo tem como grandes marcas o laicismo, o naturalismo, o cientismo, o individualismo, o estatismo e o economismo, que rompem com o passado e perspectivam um mundo novo. O Homem volta a ser a medida de todas as coisas, quer compreender os fenómenos naturais, afirmar os valores da liberdade, da igualdade e da propriedade, construir um Estado que garanta a segurança das pessoas e bens num ambiente de paz económica dirigido por uma mão invisível que fará convergir a actuação de todos na realização do equilíbrio económico²⁷.

No plano jurídico, defende-se a lei como única fonte do direito porque, além de expressão da razão e, por isso, geral e abstracta, é segura, certa e clara e constitui um instrumento poderoso de transformação social. Afasta-se o costume porque é incerto e comprometido com o passado que urge transformar. A crença na onipotência da razão justifica o afastamento da velha *opinio communis doctorum*, da Glosa de Acúrsio e das opiniões de Bártolo porque não passam de meras probabilidades e a razão pensa que tem acesso à verdade. E, finalmente, afirma-se o direito natural e submete-se o direito romano ao crivo da razão, pelo qual só passa o direito do *usus modernus pandectarum*²⁸.

E especificamente no direito penal e no direito processual penal impôs-se o Humanitarismo com contributos notáveis: a explicação religiosa da pena como expiação é substituída pelas ideias de necessidade e utilidade com expressão na prevenção de todos (prevenção geral) e do próprio delinquent (prevenção especial). As penas corporais são substituídas pela pena de prisão, considerada a *regina poenarum*. Afirma-se a ideia de proporcionalidade da pena à gravidade do delito. E o respeito pela dignidade humana justifica os princípios *in dubio pro reo* e *nullum crimen sine lege* e determina a estrutura acusatória do processo penal. Com base na teoria do contrato social, considera-se que a pena de morte não é necessária nem justa. E combate-se a tortura porque leva à condenação de inocentes débeis e à absolvição de celerados fortes²⁹.

É neste ambiente de racionalismo que o Marquês de Pombal realizou as suas reformas que actuaram no direito positivo, na ciência jurídica e no ensino do direito.

Assim, em 1769 a famosa Lei da Boa Razão afastou o costume *contra legem* e reduziu o direito subsidiário ao direito romano do *usus modernus pandectarum*³⁰ e, em matéria de carácter político, económico, mercantil e marítimo, às leis das nações cristãs, polidas e civilizadas. Ferindo gravemente o costume, aquela lei abriu o caminho para a afirmação da lei como a única fonte do direito³¹.

²⁷ Vide ALMEIDA COSTA, o.c. 359-361; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 47-48.

²⁸ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 48.

²⁹ Vide ALMEIDA COSTA, o.c. 362-364; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 52-53.

³⁰ Sobre o *usus modernus pandectarum*, vide ALMEIDA COSTA, o.c. 356-358; e SANTOS JUSTO, *ibidem* 53-54.

³¹ Vide ALMEIDA COSTA, o.c. 364-371

Volvidos escassos 3 anos, foram promulgados os Estatutos da Universidade de Coimbra que trouxeram uma aragem de progresso ao ensino do direito, introduzindo novas matérias e o método sintético-demonstrativo-compendiário que afastou o velho método escolástico. Doravante, estuda-se mais direito nacional e passaram a ser leccionados o direito natural e a história do nosso direito. Os lentes são obrigados a escrever manuais, breves e claros, para auxiliar os alunos na preparação dos seus estudos, substituindo as velhas *postillas*, também denominadas *sebentas* feitas por autores desconhecidos, com erros que importava afastar³². A ciência jurídica portuguesa recupera o elevado nível que a distingue e torna credora de admiração. Nível a que não são alheias as lições de grandes Mestres do saber jurídico, de que destacamos Pasqual José de Mello Freire dos Reis, a quem o famoso advogado Manuel de Almeida e Sousa chamou “*o nunca assaz louvado Papiniano do nosso Reino*”³³.

Simplesmente, o Iluminismo tinha lançado ideias muito fortes. A Revolução francesa constitui um exemplo bem significativo. Em Portugal, país de costumes mais brandos, triunfou a Revolução Liberal de 1820 a que se seguiu, dois anos depois, a Independência do Brasil. A história do direito português bifurcou-se, seguindo duas vias: a portuguesa e a brasileira.

Porém, o labor científico não estancou: a doutrina portuguesa ia preparando e facilitando o caminho que António Luís de Seabra iria percorrer na elaboração do primeiro Código Civil Português. E a ciência jurídica brasileira, que durante alguns anos continuou a difundir-se em Coimbra enquanto não se instalou nas jovens Universidades do Brasil, não deixou de pensar numa colectânea que actualizasse as velhas Ordenações Filipinas. Foi o tempo de jurisconsultos da envergadura de CORREIA TELLES, de COELHO DA ROCHA, de TEIXEIRA DE FREITAS e de Cândido MENDES DE ALMEIDA, a que se outros se seguiram, elevando a ciência jurídica de Portugal e do Brasil à excelência que lhe é reconhecida.

2 A CIVILÍSTICA LUSO-BRASILEIRA DO SÉCULO XIX

2.1 PRELIMINARES

Como referimos, as Ordenações Filipinas continuaram em vigor depois da independência do Brasil, por determinação da Lei de 20 de Outubro de 1823. No entanto, as necessidades impunham que se fizessem novas compilações, mas a feitura de um Código não é tarefa fácil: é mesmo impossível sem uma ciência jurídica de nível elevado que prepare o campo árduo em que os seus autores vão

³² Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 372-377.

³³ Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 47-48 e 377-380.

trabalhar. Por isso, e sem esquecer a sábia lição do Padre Antônio VIEIRA de que a omissão é o pior dos pecados, não hesitamos em convocar dois eminentes civilistas de Portugal e do Brasil. Referimo-nos a Manuel Antônio COELHO DA ROCHA e a Augusto TEIXEIRA DE FREITAS.

Ao primeiro, que se doutorou na Faculdade de Leis em 1818³⁴, e a TEIXEIRA DE FREITAS, que concluiu o Bacharelato em 1837 na Academia de Ciências Sociais e Jurídicas de Olinda³⁵, não têm faltado elogios, embora tardios. Em relação a COELHO DA ROCHA já se disse que é “*um jurisconsulto de grande envergadura, mesmo no plano mundial*”, um “*Grande Mestre*” e um “*Sábio*”³⁶. E a TEIXEIRA DE FREITAS chamaram “*o Cujácio brasileiro*”³⁷, “*o grande lidador*”³⁸ “*o maior dos jurisconsultos do tempo*”³⁹ e “*uma gigantesca figura*”⁴⁰.

Une-os a mesma cultura jurídica fortemente apoiada no direito romano⁴¹, difundida em Coimbra e Olinda; e a circunstância de terem tido um papel decisivo na codificação portuguesa⁴² e brasileira⁴³. E separa-os a defesa de posições originais e inovadoras, que a independência dos seus espíritos e as diferentes sociedades justificam.

Impõe-se, ainda, a referência a um aspecto particularmente importante: TEIXEIRA DE FREITAS integra-se na dogmática da Escola Histórica, “*com os prestígios de mentalidade e rigor da herança kantiana*”⁴⁴. Quanto a COELHO DA ROCHA, embora desconhecesse HUGO, HEISE e SAVIGNY, “*preparou, à distância, a própria recepção do pandectismo*”⁴⁵.

³⁴ Vide Fernando José Gautier LUSO SOARES, *As instituições de Coelho da Rocha: contributo para a formação do direito civil português moderno. Alguns aspectos* (E. do Autor / Lisboa, 1996-1997)14.

³⁵ Vide Levi CARNEIRO, *Estudo crítico-biográfico em Código Civil. Esboço, por A. T. de Freitas I* (Ministério de Justiça. Departamento de Imprensa Nacional / Brasília, 1983) X; e Sílvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do império. Vida e obra*² (Brasília, 1983) 39.

³⁶ Vide LUSO SOARES, *ibidem* 14-15.

³⁷ Vide Sílvio MEIRA, *Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do império. Vida e obra*² (Brasília, 1983) 179; e Haroldo Valladão, *Teixeira de Freitas, jurista excelso do Brasil, da América, do Mundo no Código Civil. Esboço*, cit. XLVIII;

³⁸ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 179.

³⁹ Vide Levi CARNEIRO, *o.c.* XXXVII.

⁴⁰ Vide Orlando de Carvalho, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no BFD LX* (1984)3 e 5.

⁴¹ Em relação a TEIXEIRA DE FREITAS, quando o “*taxaram de “nimamente romanista”, acentuou que lhe não poderiam fazer honra maior que essa e que “nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito”*. Vide Levi CARNEIRO, *o.c.* X-XI. E quanto a COELHO DA ROCHA, basta consultar as suas *Instituições de direito civil português*⁸ I e II (Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira (Lisboa, 1917), onde o Autor manifesta, com frequência, conhecimentos profundos de direito romano. Vide também: Sílvio MEIRA, *o.c.* 29 e 46.

⁴² Vide Antônio MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral do direito civil. Relatório*, na *RFDL* (1988) 115; e Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *o.c.* 410.

⁴³ Vide Aloísio SURGIK, *O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil em Roma e América. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani* (CEDAM / Pádua, 1988) 445.

A. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o direito ibero-americano no BFD LXXI* (1995) 54-55.

⁴⁴ Transcrevemos Orlando de CARVALHO, *o.c.* 73.

⁴⁵ Transcrevemos MENEZES CORDEIRO, *o.c.* 115.

Constrangidos pelo tempo inevitavelmente escasso e pela amplitude do tema seleccionado, justifica-se que limitemos a nossa intervenção a algumas figuras dispersas pelas diferentes áreas das ciências jurídico-civilísticas.

2.2 PESSOA POR NASCER

TEIXEIRA DE FREITAS define “*pessoa por nascer*” aquela que, não tendo ainda nascido, já se encontra concebida, ou seja, vive já no útero materno⁴⁶.

Esta figura jurídica foi tutelada no direito romano; e, embora os jurisconsultos romanos entendessem que o *conceptus* não é ainda pessoa, porque não está “*in rerum natura*”⁴⁷ ou “*in rebus humanis*”⁴⁸, sendo apenas “*mulieris portio vel viscerum*”⁴⁹, não deixaram de dispensar atenção especial à sua futura humanidade. Assim, a pedido da mãe, podia ser nomeado um *curator ventris* para defender os interesses do *conceptus*⁵⁰; a sucessão *mortis causa* era suspensa até ao nascimento; o testamento em que não fosse instituído herdeiro nem deserddado era inválido; o *pater* podia nomear-lhe um tutor no seu testamento; e o pretor concedia a posse dos bens hereditários à mulher grávida em nome do concebido⁵¹.

A partir da casuística romana que remonta à época clássica⁵² foi, na época justinianeia⁵³ elaborada a regra *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*⁵⁴. E foi com base nestes textos que os jurisconsultos medievais elaboraram o princípio *conceptus pro iam nato habetur*⁵⁵.

TEIXEIRA DE FREITAS distingue pessoas por nascer de pessoas futuras: aquelas existem, porque vivem já no ventre materno; estas, ainda não são pessoas, porque não existem⁵⁶. Depois, insistindo na existência real do *conceptus*, considera que

⁴⁶ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço I*, cit. 37.

⁴⁷ Cf. D. 30,24pr.; GAIUS 2,203.

⁴⁸ Cf. D. 38,9,1pr.; -44,2,7,3.

⁴⁹ Cf. D. 25,4,1,1. O aborto era punido como lesão do *corpus matris* ou privação da *spes prolis* do *pater*. Vide SANTOS JUSTO, *A “Fictio iuris” no direito romano (“Actio ficticia”)*. Época clássica I no suplemento XXXII do BFD (1988) 556.

⁵⁰ Cf. D. 26,5,20pr.

⁵¹ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 555-556.

⁵² Esta época decorre entre os anos 130 a.C. e 230 e caracteriza-se pela perfeição e rigor da ciência jurídica romana, denominada *iurisprudencia*. O direito romano atinge o seu esplendor, tornando-se um direito-modelo. Vide SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano no volume comemorativo do 75º. tomo do BFD* (Coimbra, 2003) 53-61.

⁵³ Esta época situa-se entre os anos 530 e 565 e caracteriza-se pela influência da filosofia helénica (helenismo), pela tendência para imitar o clássico (classicismo) e, sobretudo, pela elaboração do *Corpus Iuris Civilis*. Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 67-68.

⁵⁴ D. 1,5,26: “*Quem está no ventre materno é considerado, em quase todo o direito civil, como nascido*”.

⁵⁵ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*³ em *Studia Iuridica* 50 /Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 108-109.

⁵⁶ Vide *Esboço I*, cit. 37.

as palavras têm sido infiéis ao pensamento, transformando-se a realidade em ficção. E fiel ao seu entendimento de que “*não há ente com susceptibilidade de adquirir direitos sem que haja pessoa*”, considera que o *conceptus* já existe. Ademais, é representado por um *curator* denominado *ventris* e o nada não se representa, mesmo que se diga que a curatela “*é mais de bens, que da pessoa*”⁵⁷.

Por isso, propõe a seguinte redacção no art. 221: “*Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas*”. No entanto, propõe, no artigo seguinte: “*Esses direitos porém só ficarão irrevogavelmente adquiridos se os concebidos nascerem com vida, isto é, se a manifestarem, ainda que por instantes, depois de completamente separados de sua mãe*”. E, para clarificar este aspecto, escreve, no art. 225: “*Reputar-se-á como certo o nascimento com vida, quando testemunhas presentes ao parto tiverem distintamente ouvido a respiração dos nascidos, sua voz; ou tiverem observado quaisquer outros sinais de vida*”. Finalmente, TEIXEIRA DE FREITAS entende que não se deve distinguir entre o nascimento espontâneo e o que for obtido por operação cirúrgica; e, como bom romanista, invoca a grande importância desta *quaestio* que dividiu os jurisconsultos romanos, em virtude dos privilégios atribuídos “*à fecundidade das mulheres*”⁵⁸.

Manifesta-se, em TEIXEIRA DE FREITAS, a doutrina de SAVIGNY segundo a qual os direitos ficam suspensos até que o nascimento se efectue, embora não aceite a ideia de que “*o nasciturus não tem capacidade para adquirir por não ser ainda pessoa*”⁵⁹. Depois, afasta a teoria da vitalidade, porque “*o filho, uma vez nascido, tem a capacidade de direito a mais completa*”, não sendo necessário prolongar a sua vida: “*se o filho não vital deve(sse) ser reputado como morto, (seria) forçoso reconhecer (...) que não poderia ser objecto de algum delito*”⁶⁰.

Dando agora a voz a COELHO DA ROCHA, afirma que pessoa física é o homem, nascido ou embrião (*nasciturus, venter, embrio*). No entanto, “*estes, em tudo o que é do seu interesse, são pelas leis equiparados aos nascidos, e conservam até o nascimento todos os direitos, que lhes competiriam, se estivessem já nascidos no momento em que os adquiriram (...) contanto que nasçam capazes de viver*”. E considera incapaz de viver “*não só o feto, que nasceu morto, ou monstruoso, como também o abortivo, isto é, aquele que nasceu vivo, mas antes do período suficiente da gestação, e que por esta causa não pode continuar a viver*”. Depois, fala das “*questões, que se suscitaram sobre ser ou não vital o feto que morreu logo depois de nascido (as quais) só poderão ser decididas por alguns indícios e, na falta d’estes, por exame de peritos*”. E, finalmente, refere “*o sábio Autor do*

⁵⁷ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 84-85.

⁵⁸ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 86.

⁵⁹ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 85.

⁶⁰ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 86.

Digesto Português (isto é, José Homem CORR A TELLES), que seguiu a regra estabelecida na lei de Touro, segunda a qual “*se tinha por abortivo o feto, que morreu dentro em 24 horas depois de nascido*”. No entanto, “*como neste espaço podiam sobrevir outras causas de morte além do defeito de aborto*”, deixa-nos a sua opinião: “*Preferimos a disposição da lei Romana: licet illico decessit*”⁶¹.

Cotejando agora estas posições, logo observamos alguns encontros e desencontros que aproximam e afastam os nossos juristas.

Observa-se, em TEIXEIRA DE FREITAS, a formação pandectística pelo rigor, assinalada já por Orlando de CARVALHO quando refere a *mentalidade* e o *rigor da herança kantiana*⁶². A distinção entre “*pessoas por nascer*” e “*pessoas futuras*” constitui um exemplo claro. Depois, as consequências lógicas são irrepreensíveis: aquelas já existem e, por isso, têm direitos e os seus bens podem ser tutelados por um *curator ventris*; estas não existem. E, se as “*pessoas por nascer*” já existem, a ficção medieval que os considera como se já tivessem nascido com vista à protecção dos seus direitos é um absurdo. Outra ideia forte é a de que deve considerar-se nascido quem mostrou sinais de vida, ainda que durante um tempo muitíssimo breve: uma simples respiração, um gemido ou outro sinal; e a consequência lógica é igualmente implacável: a recusa da doutrina da vitalidade que exigia que a vida se prolongasse o tempo necessário. TEIXEIRA DE FREITAS parte do direito romano, mas está atento ao tempo em que vive e, por isso, recusa e censura soluções que considera ultrapassadas. Aqui se revela, também, o seu “*espírito progressista*” que o levou “*muitas vezes a desbastar o antigo direito reinicola*”, nas palavras de Haroldo VALLADÃO⁶³.

COELHO DA ROCHA parte da mesma ideia de homem físico sujeito de direitos. Todavia, parece aderir à ideia de ficção, por via da qual o *conceptus* é equiparado a quem já nasceu e, assim, desencontra-se de TEIXEIRA DE FREITAS. Depois, para ultrapassar as dificuldades de morte por causa diferente do “*defeito de aborto*”, manifesta a sua preferência pela regra romana que afasta a vitalidade (“*licet illico decessit*”) e encontra-se com TEIXEIRA DE FREITAS.

Resta saber que tipo de ficção SAVIGNY viu no brocardo *conceptus pro iam nato habetur*. Entendemos, como UNGER, que não é por se fingir nascido que o *conceptus* goza de protecção jurídica, mas é por gozar dela que se pode assimilar quem vai nascer a quem já nasceu. Por isso, estamos perante uma linguagem comparativa que evita repetições necessariamente fastidiosas, cansativas e susceptíveis de serem incompletas. E se persistirmos ainda a chamar-lhe ficção, diremos que é puramente dogmática e não histórica⁶⁴.

⁶¹ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* I, 30-32.

⁶² Vide *supra*, nota 44.

⁶³ Vide Haroldo VALLADÃO, *o.c.* XLIV

⁶⁴ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 559-561.

Resta terminar com a advertência de DEMOGUE: a humanidade actual deve trabalhar para a humanidade futura e, por isso, os sujeitos de direito devem ser tanto as pessoas que vivem como as que vierem a nascer⁶⁵. Separado pelo grande rio a que chamam Oceano Atlântico, TEIXEIRA DE FREITAS parece ter ouvido estas palavras, mas soube evitar excessos, partindo da consideração de que o *conceptus* é já um ser que vive, embora ainda e somente no ventre materno.

2.3. MORTE CIVIL

TEIXEIRA DE FREITAS repudia a morte civil que, no seu entendimento, não passa de simples expressão metafórica ou “*um nome sem sombra de realidade*”⁶⁶. A sua formação romanista e o conhecimento do direito das nossas sucessivas Ordenações, permitem-lhe chegar a esta conclusão. Na verdade, observa que a referência *morte civil* não aparece nas fontes romanas e refere que foram os intérpretes que a inventaram por dedução da teoria da *capitis deminutio*. Depois, percorrendo as nossas Ordenações, o Autor nota que aparece nas Ordenações Filipinas⁶⁷ e foi repetida na Carta Régia de 16 de Dezembro de 1615, falando-se de morte natural ou civil “*sem que se saiba se uma é consequência da outra ou se são duas penas diversas*”. E conclui, afirmando que “*o mais que se lê em nossos Juristas é obra d’ eles e não das nossas leis, salvo o caso da confiscação de bens da Ord. L. 2º., Tit. 26 § 28, que fala da perda da vida, ou estado, ou liberdade, e o da Ord. L. 4º., T. 81 § 6º. que fala da servidão da pena, privando do direito de testar aos condenados à morte*”. No entanto, “*a confiscação de bens foi abolida pelo art. 20 da Constituição, e assim ficou mutilada aquela Ord. L. 4º. T. 81 § 6º. e despojada do seu complemento*”⁶⁸.

TEIXEIRA DE FREITAS não dispensa a menor simpatia à *morte civil* e, por isso, no seu Esboço, escreveu, no art. 240, que “*termina a existência visível das pessoas pelo seu falecimento*”. Não surpreendem, portanto, as palavras de Haroldo VALLADÃO que pedimos vénia para transcrever: “*Espírito progressista, salientou, ainda, que a legislação civil modelada para uma Monarquia absoluta, sob o domínio das outras ideias, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo. E, por isso, teve muitas vezes que desbastar o antigo direito reinícola, quase a machado, qual fez, por exemplo, com a escravidão, e também com a morte civil*”⁶⁹.

⁶⁵ Vide René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé* (Paris, 1911) 351-352.

⁶⁶ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, cit. XCIV-XCV²²⁸.

⁶⁷ Cf. V,120pr.; -V,126pr.; -V,126,3.

⁶⁸ Transcrevemos TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* XCIV-XCV²²⁸.

⁶⁹ Vide Haroldo VALLADÃO, *o.c.* XLIV. Sobre a posição de TEIXEIRA DE FREITAS perante a escravatura, vide Aloisio SURGIK, *O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil em Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (CEDAM / Pádua, 1988) 428-431 e 442.

Estas ideias não são partilhadas por COELHO DA ROCHA que discorda também de MELLO FREIRE. Questionando se “*os direitos das pessoas acabarão pela morte civil*”, invoca a Ord. L. 4, tit. 81 § 6 que “*expressamente declara que os condenados à morte ficam servos da pena e, portanto, privados de todos os direitos, isto é, mortos civilmente*”. Nota, depois, a concordância com a Ord. L. 2, tit. 56 § 28 e refere a opinião contrária de MELLO FREIRE que, “*levado pela sua filantropia e ódio à servidão, julga aquela Ordenação antiquada e inexequível, excepto no caso de ter sido na sentença expressamente declarado que o réu fique privado de todos os direitos, ou morto civilmente*”. E manifesta a sua opinião: “*Apesar de tão respeitável autoridade, nós não achamos inconveniente em sustentar a disposição genérica da Ord., não só por ser terminante e expressa, mas porque achamos ainda a morte civil no art. 818 do novíssimo Código Comercial*”, além de que é “*também admitida na legislação francesa*”⁷⁰.

O jurisconsulto português não ignora que a *capitis deminutio maxima* do direito romano foi abolida pelo Imperador Valentiniano e, depois, por Justiniano; e sabe que a morte civil foi afastada em muitos códigos modernos. Conhece as discussões que tem suscitado, mas questiona: “*Quem quer sujeitar-se aos deveres impostos pelas leis sociais, e com os seus crimes perturba a boa ordem da sociedade, com que fundamento se tem de queixar, se o privam das vantagens que lhe eram prometidas pelas leis que ele ofende?*” No entanto, declara que “*não queremos defendê-la, senão nos termos razoáveis*” e, por isso, “*não defendemos o efeito da dissolução do matrimónio que o direito francês lhe atribui (...) não só por atacar o vínculo religioso, mas por lançar a nota de impureza sobre o amor dos esposos e a ilegitimidade sobre os seus frutos*”.

Olhando para estas posições que revelam um profundo desencontro entre os dois jurisconsultos, há, em TEIXEIRA DE FREITAS, uma atitude reveladora de um jurisconsulto a quem o futuro iria dar razão. Não devemos, porém, ignorar o palco social em que ambos actuavam: o Brasil vivia dias pacíficos, bem longe das perturbações francesas que tinham chegado a Portugal. Por isso, talvez se compreenda a posição de COELHO DA ROCHA que, no entanto, procura afastar-se do rigor do direito francês, sustentando que os efeitos da morte civil não devem atingir o santuário das relações familiares.

⁷⁰ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* I, 247.

2.4 LEGITIMAÇÃO POR MATRIMÓNIO SUBSEQUENTE

No direito romano da época pós-clássica⁷¹ foi criada esta modalidade de legitimação com a finalidade de reduzir o número de concubinatos. Mais rigorosamente, foi instituída pelo Imperador Constantino no ano 335, com carácter transitório: apenas para legitimar os filhos naturais nascidos (de relações (estáveis) de concubinato) nesse ano. Mais tarde, no ano 517, por efeito de uma *constitutio* de Anastácio adquiriu carácter geral: passaram a poder ser legitimados todos os filhos naturais nascidos em qualquer ano. No direito de Justiniano, esta forma de legitimação dependia dos seguintes requisitos: a) a mãe devia ser livre; b) no momento da concepção, o matrimónio dos pais devia ser possível; c) o filho devia consentir ou, pelo menos, não se opor; d) o casamento devia ser registado⁷². De fora, ficavam os filhos de ligações proibidas, denominadas *coito danado*, como o incesto, o adultério e o estupro.

O direito canónico seguiu fundamentalmente o direito romano, mas estendeu a legitimação *per subsequens matrimonium* aos filhos de estupro e de adultério, se entre os pais não houvesse o impedimento *criminis*.

Os nossos praxistas do século XVII seguiram esta posição, enquanto, na Alemanha, se tinha estendido aquela forma de legitimação a todos os filhos de *coito danado*, desde que os pais obtivessem autorização para casar. A doutrina alemã manteve esta orientação no século XVIII, acolhida, entre nós, por MELLO FREIRE e LOBÃO, que a consideraram “*mais favorável aos filhos (e) mais própria a emendar os erros dos pais*”⁷³.

Anos depois, COELHO DA ROCHA aderiu a esta doutrina. Todavia, perante o obstáculo literal das Ordenações Filipinas (“*com tanto que este filho fosse tal, que com Direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio*”)⁷⁴ que exclui a generalidade da legitimação *per subsequens matrimonium*, “*dando a entender que há filhos que podem ser legitimados e outros que não*”, o nosso jurisconsulto entende que “*não levamos contudo o escrúpulo até ao ponto de respeitar como decisivo o argumento tirado das palavras incidentes de uma lei antiga, enunciadas conforme as ideias desse tempo*”, além de que “*poderemos ainda desculpar-nos com a incúria dos Filipistas*”. E, finalmente, invoca o respeito pelas providências e cláusulas pontifícias nestas matérias, “*onde o espiritual está tão intimamente ligado com o civil, que não é fácil extremar os limites de um e outro*”⁷⁵.

⁷¹ Esta época decorre entre os anos 230 e 530 e caracteriza-se pela confusão (de terminologia, de conceitos, de instituições e até de textos) que se acentua, no Ocidente, a partir do ano 395 com a divisão definitiva do Império, vulgarizando o direito romano. Vide SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit. 61-67.

⁷² Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano IV (Direito da família)* 30-31. Aguarda-se, para breve, a sua publicação em *Studia Iuridica*.

⁷³ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 269-270.

⁷⁴ Cf. Ordenações Filipinas II,35,12.

⁷⁵ Transcrevemos COELHO DA ROCHA, *o.c.* 270.

Por sua vez, TEIXEIRA DE FREITAS, escreveu, no art. 215 da *Consolidação das Leis Civis*, que “o filho legitimado por seguinte matrimónio entre seu pai e mãe depois do nascimento, feito em face da Igreja, ou fora dela por licença do Prelado, reputa-se perfeitamente legítimo, como se ao tempo do nascimento já o matrimónio fosse celebrado”. E, no art. seguinte, escreveu: “Verifica-se a legitimação por subsequente matrimónio, quando o filho é tal, que por Direito pode ser assim legitimado”. Questionando, depois, sobre “quais são esses filhos que podem ser legitimados por seguinte matrimónio”, o jurista brasileiro aponta o silêncio das Ordenações Filipinas e a divergência dos intérpretes e entende que “a Ord. exclui a generalidade e não se lhe pode atribuir a amplitude do Direito Canónico”. E justifica: “Se a lei, em favor do casamento e da legitimidade, pode cobrir o vício do nascimento de um filho e oferecer meio de repará-lo, não deve contudo sancionar a obra do adultério, e do incesto”. E termina: “Que serviço matar esta famosa questão com um rasgo de pena !”⁷⁶.

A opinião de TEIXEIRA FREITAS mantém-se no *Esboço*, em cujo art. 1601, escreve: “Proíbe-se que filhos de coito danado⁷⁷ sejam reconhecidos por seu pai ou mãe e também se proíbe que a respeito da paternidade ou maternidade deles se provoque em juízo qualquer investigação especial”. Há, no entanto, uma ligeira excepção, consagrada no art. 1602: “Todavia, se houver sentença passada em julgado que faça certa a filiação de coito danado, esses filhos só terão direito para exigir de seu pai, ou mãe, a prestação de alimentos e nenhum outro direito lhes competirá”. O Autor tinha em vista o filho de casamento contraído de má fé posteriormente anulado por bigamia ou incesto; quando o filho de mulher casada não fosse considerado filho do marido; e quando uma sentença, insusceptível de ser reformada, tivesse, por erro de facto ou de direito, admitido investigação de paternidade de que resultasse a verificação de uma filiação de coito danado⁷⁸.

Estamos perante a possibilidade de um matrimónio subsequente legitimar os filhos nascidos anteriormente: é fundamental, que o matrimónio seja celebrado e, portanto, que não haja impedimento. Afastada está, assim, a possibilidade de um filho incestuoso poder ser legitimado por esta via.

Nos casos em que o matrimónio é legalmente possível, estamos perante posições desencontradas: COELHO DA ROCHA é, nesta matéria delicada, mais progressista, estendendo a legitimação *per subsequens matrimonium* a todos os filhos de coito danado. Segue a orientação já perfilhada por MELO FREIRE e LOBÃO que procurava não penalizar esses filhos por erros dos pais. Já TEIXEIRA DE FREITAS

⁷⁶ Transcrevemos TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, cit. 160-162.

⁷⁷ Art. 171 do *Esboço*: “São filhos de coito danado somente os adulterinos, os incestuosos e os sacrílegos (filhos de pai clérigo de ordens maiores ou de pessoa, pai ou mãe, ligada por voto solene de castidade em Ordem Religiosa aprovada pela Igreja Católica).

⁷⁸ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço I*, cit. 323.

é intransigente, enfatizando a obra do adultério que não deve ser reparada. O primeiro privilegia o interesse dos filhos; o segundo, os valores que condenam o adultério. Dir-se-á que, nesta matéria, o futuro deu razão a COELHO DA ROCHA.

2.5 PRESCRIÇÃO AQUISITIVA TRINTENÁRIA

No direito romano, o Imperador Constantino concedeu ao possuidor a faculdade de contestar, por *exceptio* (denominada *longissimi temporis praescriptio*), a acção de reivindicação do proprietário, no caso de a posse durar, pelo menos, 40 anos, dispensando o justo título e a boa fé. Aquele expediente tinha, apenas, a função de paralisar esta acção. Mais tarde, no ano 424, Teodósio II reduziu o tempo para 30 anos e atribuiu-lhe uma dupla função: extintiva da acção; e aquisitiva de um direito, sem necessidade de título. Depois, Justiniano manteve a dispensa do título, mas exigiu a boa fé no início da posse⁷⁹.

O direito canónico seguiu o direito romano, mas exigiu que o possuidor estivesse de boa fé, porque lhe pareceu ofensivo da moral que pudesse adquirir a propriedade de uma coisa sabendo, ou pelo menos desconfiando, que não lhe pertencia; e determinou que a boa fé devia existir não só no início, mas também durante todo o tempo da posse⁸⁰.

As nossas Ordenações acolheram a orientação do direito canónico. Com a devida vénia, transcrevemos:

Ordenações Afonsinas (II,9,1): “*E acontecendo que, acerca de tal caso as Leis Imperiais sejam contrárias aos Cânones, mandamos que assim nas coisas temporais como espirituais, se guardem os Cânones, se o caso for tal que guardando as Leis Imperiais traga pecado; pode-se pôr exemplo no possuidor de má fé que, segundo as Leis Imperiais, por trinta anos possuindo sem título, prescreve a coisa alheia, e segundo o Direito Canónico o possuidor de má fé não pode prescrever por nenhum tempo; se, em tal caso, se guardassem as Leis Imperiais, guardando-as, necessariamente traria pecado ao possuidor; o que não devemos consentir; maiormemente que em tal caso devemos necessariamente obediência ao Padre Santo e à Santa Igreja, de que os Cânones procedem, a qual não devemos em nenhum caso aos Imperadores, de que as Leis Imperiais procedem (...) e no caso temporal, que a guarda das Leis Imperiais não traga pecado, elas devem ser guardadas, não embargante que os Cânones sejam em contrária disposição*”.

Ordenações Manuelinas (II,5pr.): “*...E quando o caso de que se trata não for determinado por Lei, Estilo ou Costume do Reino, mandamos que*

⁷⁹ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano III (Direitos reais)*, reimpressão, em *Studia Iuridica* 26 (Coimbra Editora / Coimbra, 1997) 88-89.

⁸⁰ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c* II, 602-603.

seja julgado, sendo matéria que traga pecado, pelos Santos Cânones; e sendo matéria que não traga pecado, mandamos que seja julgado pelas Leis Imperiais, posto que os Sacros Cânones determinem o contrário, as quais Leis Imperiais mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas”.

As Ordenações Filipinas repetem literalmente esta disposição e, por isso, justifica-se que as não transcrevamos⁸¹.

Pode, assim, concluir-se que os nossos tribunais não aplicavam subsidiariamente o direito romano na integração destas lacunas; recorriam, sim, ao direito canônico, por força do qual o possuidor de má fé não adquiria a propriedade da coisa possuída, mesmo que a sua posse durasse 30 anos.

Entretanto, a Lei de 18 de Agosto de 1769, crismada de *boa razão* por CORR A TELLES⁸², ordenou que a “*suposição de pecado, como motivo das leis pátrias, se haja por não escrita*”⁸³, permitindo que COELHO DA ROCHA sustentasse que “*necessariamente havemos de dar por antiquado, e sem execução, o último período da mesma Ordenação sobre a má fé, como disposição sem fundamento*”⁸⁴.

Quanto a TEIXEIRA DE FREITAS, observamos o que escreveu no art. 1321 da *Consolidação das Leis Civis*: “*O possuidor de má fé em tempo nenhum poderá prescrever*”. É um efeito lógico da sua opinião sobre a boa fé: “*é a alma do comércio, que não pode subsistir sem ela*”.

Se o jurisconsulto brasileiro não mudou de opinião, poder-se-á dizer que, também aqui, o futuro deu razão a COELHO DA ROCHA.

2.6 EFEITOS DA COMPRA E VENDA

No direito romano da época clássica⁸⁵, o contrato de compra e venda (*emptio-venditio*) criava para o vendedor a obrigação de transferir, ao comprador, a posse livre e pacífica da coisa vendida e de lhe assegurar o seu gozo pacífico; por sua vez, o comprador obrigava-se a pagar ao vendedor o preço em *pecunia* determinada. Garantida a posse, o comprador tornar-se-ia proprietário por usucapião, decorridos dois ou um ano, respectivamente, se a *res* fosse *mancipi* ou *nec mancipi*. Antes, porém, a propriedade poder-se-ia transferir através de negócio jurídico idóneo, como a *mancipatio* ou a *in iure cessio*. Entretanto, se o comprador fosse demandado por terceiro que afirmasse ser proprietário da coisa vendida, o vendedor respondia

⁸¹ Cf. Ordenações Filipinas III,64,pr.

⁸² Vide ALMEIDA COSTA, *o.c.* 366¹.

⁸³ Cf. § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769.

⁸⁴ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 605.

⁸⁵ Vide *supra*, nota 52.

por evicção se recusasse participar no processo ou o comprador fosse condenado a entregar a coisa ao demandante. Esta responsabilidade, calculada no dobro do valor da *res*, cessava depois da usucapião, porque, permitindo a aquisição ao comprador, implicava a perda da propriedade do antigo proprietário⁸⁶.

Enquanto o vendedor não entregasse a *res* ao comprador, este respondia pelo risco (*periculum*), apesar de aquele ser o proprietário: não podendo invocar a regra *res suo domino perit*, invocava-se outra: *debitor rei certae eius interitu liberatur*.

Entretanto, na época pós-clássica⁸⁷, mais precisamente no ano 293, os Imperadores Constâncio e Maximiano determinaram que o domínio das coisas se transfere por tradição e por usucapião e não por simples pacto⁸⁸. Ou seja, a tradição, que o vendedor se obrigava a realizar, deixava de transferir a posse, para transferir a propriedade. Na base deste sistema (modernamente denominado) do título e do modo está a ideia de que o domínio só por abstracção se pode separar da posse⁸⁹.

Ainda nessa época, foi introduzido, por influência dos direitos de algumas províncias do Oriente, o princípio de que a propriedade se transfere por efeito do contrato de compra e venda. Este princípio terá sido inicialmente consagrado pelo Imperador Constantino e sucessivamente reafirmado, primeiro em situações específicas e, depois, com alcance geral. Ao mesmo tempo, impôs-se o princípio de que o *pretium* devia ser pago como condição da transferência da propriedade: na sua *ratio* está a circunstância de se viver num período de acentuada desvalorização monetária que sugeria que o vendedor fosse imediatamente pago⁹⁰.

Finalmente na época justinianeia⁹¹, observa-se um regresso ao regime clássico: a compra e venda volta a produzir efeitos obrigacionais, cumprindo o vendedor a sua obrigação de transferir o domínio da *res* vendida através de uma *traditio* que substituiu os velhos negócios jurídicos da *mancipatio* e da *in iure cessio*. No entanto, manteve-se o requisito pós-clássico que impôs a necessidade do pagamento do preço⁹².

Passando ao nosso direito, verificamos que as sucessivas Ordenações seguiram o regime jurídico romano da compra e venda da época justinianeia. Transcrevemos as Ordenações Filipinas:

⁸⁶ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano II (Direito das obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 49-63.

⁸⁷ Vide *supra*, nota 71.

⁸⁸ C. 2,3,20: “*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*”.

⁸⁹ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 649.

⁹⁰ Vide Antônio A. VIEIRA CURA, *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português* em *Studia Iuridica* 70 Colloquia 11. *Jornadas romanísticas* (Coimbra Editora / Coimbra, 2003) 81-95.

⁹¹ Vide *supra*, nota 53.

⁹² Vide VIEIRA CURA, *o.c.* 95-101.

IV,7pr. “*Se o que for senhor de alguma coisa a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega dela será dela feito verdadeiro senhor; se dela pagou o preço por que lhe foi vendida...*”.

IV,7,1: “*E se o senhor da coisa a vendesse a alguém por preço certo e lha entregasse logo, sem dele receber preço algum e depois o vendedor recuperasse a posse dela e a vendesse a outro e lha entregasse recebendo dele o preço, este segundo comprador será feito cumpridamente senhor dela*”.

IV,7,2: “*E se o senhor da coisa a vendesse a alguém, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem e lha entregasse, recebendo dele o preço, ou havendo-se dele por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor dela e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro que lhe pagou por a compra da dita coisa com seu interesse, pois lhe não entregou a coisa que lhe vendeu, de que recebeu o dinheiro, e a vendeu a outrem e o fez dela senhor pela entrega que dela fez...*”.

Quanto ao risco, as nossas Ordenações voltam a consagrar a doutrina do direito romano. Voltamos a transcrever as Ordenações Filipinas:

IV, 8pr: “*Tanto que a venda de qualquer coisa é de todo perfeita, toda a perda e perigo que daí em diante acerca dela aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça antes que a coisa seja entregue...*”.

Ou seja, se a coisa vendida for destruída ou perecer, o vendedor fica liberado da sua obrigação, mas conserva a acção contra o comprador pelo preço, “*por ser devedor duma quantidade e esta nunca perece*”⁹³.

Apreciando os primeiros textos das Ordenações Filipinas, COELHO DA ROCHA refere que “*é necessário reconhecer que na praxe as mais das vezes (a exigência da traditio) não se poderá aplicar: porque em tais contratos entre nós, quando são feitos por escrito, costuma geralmente inserir-se a declaração de que o vendedor transfere desde logo ao comprador todo o domínio (...) e esta cláusula não é uma simples redundância tabeliôa; tem o efeito importante de não deixar o domínio para a tradição o qual se deve atender e respeitar*”⁹⁴.

Esta posição manifesta alguma simpatia pelo modelo francês da transferência da propriedade por efeito do contrato de compra e venda. Igual simpatia se observa quando, pronunciando-se sobre o risco que onera o comprador mesmo antes da *traditio* da coisa vendida, COELHO DA ROCHA afirma que “*é mui dura e injusta, enquanto neste caso liberta o vendedor da sua obrigação e não o comprador*”. E, por isso, considera “*muito mais razoáveis, neste ponto, as disposições dos*

⁹³ Transcrevemos COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 651.

⁹⁴ Vide COELHO DA ROCHA, *O.C.* II, 556.

*códigos alemães (...) que adoptaríamos se tratássemos de iure constituendo”, pois, segundo estes, “se a coisa certa pereceu antes da entrega, fica sem efeito a compra e, portanto, o comprador pode repetir o preço, se já tinha pago”*⁹⁵.

Posição diferente é a de TEIXEIRA DE FREITAS que se insere na orientação romanista acolhida nas nossas Ordenações. Com efeito, os artigos que escreveu na *Consolidação das Leis Civis* e no *Esboço* e os comentários que fez não suscitam dúvidas. Transcrevemos:

1. *Consolidação das Leis Civis*:

- art. 534: “*Vendida a mesma coisa a duas diferentes pessoas, prefere o comprador a quem primeiro se fez a entrega; se a esta acedeu o pagamento do preço ou o vendedor se deu por pago*”;

- art. 535: “*O primeiro comprador, que chegou a pagar o preço ao vendedor e que é preferido pelo segundo comprador a quem a coisa foi entregue tem direito para demandar a restituição do preço pago e seus juros e para acusar o vendedor por estelionato*”.

2. *Esboço*:

- art. 1971: “*Haverá compra e venda, quando, para o fim de transferir domínio, uma das partes se tiver obrigado a entregar uma coisa com valor por si, e a outra parte a pagar-lhe por essa coisa um preço em dinheiro*”;

- art. 2023: “*Fica obrigado o vendedor: 1º.- a conservar a coisa vendida até que a entregue ao comprador...; 2º.- a entregar ao comprador a coisa vendida no tempo ajustado ...*”

Estes artigos são corroborados com os seus comentários. Destacamos: “*sem a tradição não há transferência de domínio*”. Porém, se a venda for de imóveis, “*transcrita no Registo Geral (...), a tradição se reputa feita para o comprador produzindo a venda seus efeitos a respeito de terceiros desde a data da transcrição*”⁹⁶.

Na mesma época, TEIXEIRA DE FREITAS defendeu intransigentemente a nossa velha tradição jurídica, censurando o Autor do Código Civil português de 1867 por, seguindo o modelo francês de que a propriedade se transfere apenas por efeito do contrato, ter descaído num mundo fictício⁹⁷. O juriconsulto brasileiro foi particularmente contundente, afirmando que “*o rápido exame que logo fizemos do Projecto do Código Civil Português foi para nós uma decepção tremenda*”; e fala mesmo do “*abandono de todas as tradições, de todos os costumes e hábitos nacionais*”⁹⁸.

⁹⁵ Voltamos a transcrever COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 651.

⁹⁶ Vide *Consolidação das leis civis*, cit. 303.

⁹⁷ Vide SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o direito ibero-americano*, cit. 41.

⁹⁸ Vide Silvio MEIRA, *o.c.* 171-175.

Quanto ao risco, onera o comprador, se a coisa vendida for certa e individualmente determinada⁹⁹. Ou seja, mantém-se acriticamente a solução romana consagrada nas nossas Ordenações.

É fácil observar, aqui, um grande desencontro de ideias que afasta TEIXEIRA DE FREITAS de COELHO DA ROCHA: o primeiro defende, por vezes com entusiasmo desmedido, a nossa longa tradição jurídica; o segundo sacrifica-a, *de iure constituendo*, optando por outro regime jurídico.

2.7 O PRINCÍPIO *NEMO PRO PARTE TESTATUS*

pro parte intestatus decedere potest

Segundo o direito romano, uma das condições de validade dos testamentos era a instituição de herdeiro, exactamente por ocupar o lugar deixado vago pelo *de cuius*¹⁰⁰. Em consequência, e exceptuando os militares, ninguém podia falecer em parte com testamento e em parte sem testamento, ou seja, não podia haver concurso de herdeiros testamentários e legítimos: aqueles afastavam estes; e se o testamento fosse nulo por falta de herdeiro, a herança considerava-se legítima.

Este sistema foi acolhido nas Ordenações Filipinas que, com a devida vénia transcrevemos:

IV,82pr.: “Se o pai ou mãe fizerem testamento e, sabendo que tem filhos ou filhas, tomarem a terça de seus bens e a deixarem a quem lhes aprouver ou mandarem distribuir depois de suas mortes, como for sua vontade, posto que no testamento não sejam os filhos expressamente instituídos herdeiros ou deserdados, mandamos que tal testamento valha e tenha efeito. Porquanto, pois, tomou a terça de seus bens no testamento e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quis deixar aos filhos e os instituiu nelas posto que delas não faça expressa menção e assim devem ser havidos por instituídos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento”.

Como se observa, para salvar a validade de um testamento feito sem a instituição de herdeiro, o legislador filipino considera-o tacitamente instituído. Todavia, a lei de 18 de Agosto de 1769 (Lei da Boa Razão)¹⁰¹ determinou que, na integração das lacunas, se devia recorrer ao direito romano somente se estivesse de acordo com a boa razão e afastou expressamente, no seu preâmbulo, a regra

⁹⁹ Cf. arts. 537 e 538 §§ 2º. e 3º. da *Consolidação das leis civis*; e art. 2024 do *Esboço*

¹⁰⁰ Cf. I. 2,23,2; GAIUS 2,248. Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano*, cit. 228.

¹⁰¹ Vide *supra*, a nota 49.

nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Portanto, foi revogado o sistema romano consagrado nas nossas Ordenações¹⁰².

COELHO DA ROCHA acolheu a nova orientação¹⁰³ que abalou a nossa tradição jurídica. Entretanto, no Brasil, TEIXEIRA DE FREITAS redigia a sua *Consolidação das Leis Civis*, dispondo:

- art. 1009: “Se o testador, sabendo que tinha herdeiros necessários, não os instituir expressamente nem deserdar, dispondo somente da terça, há uma instituição tácita e valerá o testamento quanto à disposição da terça”;
- art. 1010: “Se o testador dispuser de toda a herança preterindo os herdeiros necessários, de cuja existência sabia, o testamento será nulo quanto à instituição, mas serão válidos os legados que couberem na terça”.

As referências a *herdeiros necessários*¹⁰⁴, e à *terça*, quota disponível oriunda do direito muçulmano, mostram a formação romanista e o conhecimento da nossa história jurídica por parte de TEIXEIRA DE FREITAS. A sua posição, coincidente com a de COELHO DA ROCHA, revela igualmente que estava atento à necessidade de transformar o direito para resolver problemas que reclamam outras soluções. Há, aqui, um encontro de posições.

2.8 LOCAÇÃO DE COISA

No direito romano, a locação de coisa (*locatio-conductio rei*) era um contrato consensual, por efeito do qual o locador se obrigava a pôr à disposição do locatário a *res* prevista para ser usada durante determinado tempo, mediante o pagamento de uma renda denominada *merces*. Quanto ao risco, se entrassem na sorte normal do contrato, onerava o locatário; tratando-se de acontecimentos anormais, era suportado pelo locador, mas o locatário era liberado do pagamento da renda.

Considerava-se risco normal uma tempestade que destruiu os frutos ou a afectação grave de uma colheita por inundações, aves (gaios, estorninhos), incursões de inimigos, carvão, calor anormal, terremotos, incêndios, etc. Nestas situações, o locatário podia ser dispensado do pagamento da renda, mas se, nos

¹⁰² Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 479. Segundo o Autor, “suposto que grande número dos §§ desta Lei foram suspensos pelo Decreto de 17 de Julho de 1778, nesta suspensão não foi compreendido o preâmbulo nem, por conseguinte, os princípios gerais que nele se contém”.

¹⁰³ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 478-479.

¹⁰⁴ No direito romano, os herdeiros necessários não podiam recusar a herança; por isso, a própria morte do *de cuius* os fazia herdeiros. Eram herdeiros necessários os *heredes sui* (filhos, filhas, esposa sujeita ao poder marital (*uxor in manu*) e os netos e netas, filhos ou filhas de um filho pré-falecido) e os escravos libertados no testamento e nesse testamento instituídos herdeiros. Vide Sebastião CRUZ, *o.c.* 229.

anos seguintes, houvesse colheita abundante, o locador seria compensado, podendo exigir a parte da renda que não recebeu no ano anterior. Do mesmo modo, se a colheita de um ano fosse gravemente afectada por aqueles acontecimentos, mas, nos anos anteriores tivesse sido satisfatória, o locatário nada poderia reclamar, porque os anos bons compensam os maus¹⁰⁵.

Se a coisa locada fosse vendida, o comprador não estava vinculado a manter a relação locatícia estabelecida entre o vendedor-locador e o locatário. Trata-se do célebre princípio *emptio tollit locatum* que se apoia na natureza obrigacional da *locatio-conductio*: sendo terceiro, o comprador é estranho à locação que, por isso, não o vincula¹⁰⁶. O regime jurídico romano foi consagrado nas nossas Ordenações que, no entanto, o restringe a locações com menos de 10 anos¹⁰⁷.

Perante estas disposições legais, COELHO DA ROCHA observa: “*Não negamos que a este rigor do sistema se sacrificou, neste caso, o respeito à boa fé, debaixo do qual o condutor (locatário) contraiu*”. Por isso, acrescenta: “*Se tratássemos de iure constituendo, não duvidaríamos estabelecer a regra inversa, como se acha no Código Civil Francês*”¹⁰⁸.

Por seu lado, TEIXEIRA DE FREITAS escreve, na *Consolidação das Leis Civis*, que “*o comprador da coisa alugada ou arrendada não é obrigado a respeitar a locação feita pelo vendedor e pode despejar o locatário*”¹⁰⁹. Recusa esta faculdade “*se o comprador se obrigou, no contrato de compra e venda, a respeitar a locação ou se, depois, consentiu na conservação do locatário por qualquer modo*”¹¹⁰. Quanto ao risco, tratando-se de prédios frutíferos, “*o arrendatário fica desobrigado de pagar a renda anual, se os frutos se perderem completamente por caso insólito, como o de inundação, incêndio, seca, invasão de inimigos e outros semelhantes*”¹¹¹. Porém, “*se nos outros anos do arrendamento, antes ou depois do ano estéril, a produção for extraordinariamente abundante, guardar-se-á o disposto no Direito Comum*”¹¹² ou seja, no direito romano.

Mais tarde, no Esboço, o jurisconsulto brasileiro escreveu, no art. 2477 § 6º. que “*resolve-se a locação de tempo determinado pela alienação total que dela fizer o locador, ou transferência que fizer de seu direito real sobre ela ou por constituir*

¹⁰⁵ Cf. C. 4,65,8. Vide SANTOS JUSTO, *A locatio-conductio rei (direito romano)* no BFD LXXVIII (2002) 27.

¹⁰⁶ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 31.

¹⁰⁷ Outras excepções, agora romanas, são também consagradas: não ter sido acordado entre o vendedor e o comprador em que este cumpra a locação; ou se, depois da venda, o comprador outorgou ou consentiu que fosse cumprido o contrato de locação; ou se o vendedor, no contrato de locação obrigou a coisa locada em relação ao cumprimento do contrato. Cf. Ordenações Filipinas IV,9.

¹⁰⁸ Transcrevemos COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 570.

¹⁰⁹ Cf. art. 655.

¹¹⁰ Cf. art. 656 §§ 1 e a 3.

¹¹¹ Cf. art. 657.

¹¹² Cf. art. 659.

ela algum direito real incompatível com o uso ou gozo do locatário, se também o adquirente não for obrigado a respeitar a locação e não respeitá-la”.

Embora conheça a solução contrária do direito francês em relação à venda da coisa locada, TEIXEIRA DE FREITAS não se afasta da tradição portuguesa. Por isso, se compararmos a sua posição com a doutrina de COELHO DA ROCHA, a simpatia deste pelo direito francês afasta os dois juristas. Será que o futuro deu razão a COELHO DA ROCHA? A resposta não pode deixar de ser afirmativa em relação ao direito português. Mas também não é inteiramente negativa se nos referirmos ao direito brasileiro. Todavia, as diferentes condições sociais e económicas reclamavam soluções e pontos de vista diferentes.

2.9 RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CÔNJUGES: O REGIME DE COMUNHÃO GERAL DE BENS

Já referimos, em traços mui breves, a história dos regimes patrimoniais de bens dos casamentos celebrados em Portugal e no Brasil. Mas, porque ficámos nas Ordenações Filipinas, é tempo de prosseguir.

No século XIX, época fortemente marcada pelo Código Civil francês que consagrou como regime regra, a comunhão de adquiridos¹¹³, importa não ignorar as posições coincidentes de COELHO DA ROCHA e de TEIXEIRA DE FREITAS que manifestam, nesta área particularmente sensível, o respeito pela nossa tradição jurídica.

Com efeito, na sua *Consolidação das Leis Civis*, o insigne jurista brasileiro escreve que “os esposos podem excluir a comunhão de bens, no todo ou em parte; e estipular quaisquer pacto e condições, devendo-se guardar o que entre eles for contratado”¹¹⁴. Ou seja, defende-se, como supletivo, o regime da comunhão geral de bens que, observa TEIXEIRA DE FREITAS, constitui “o costume geral do Império”¹¹⁵. Todavia, “estes contratos só podem ser feitos antes do casamento”¹¹⁶; e se “os cônjuges, (...) contrata(ram) antes do casamento em contrário ao regime da comunhão recíproca de bens (, podem) resilir de suas preexistentes estipulações”¹¹⁷. Como suporte desta doutrina, TEIXEIRA DE FREITAS invoca que “a comunhão tácita universal de bens no casamento representa neste a perfeita unidade dos casados”. Prossegue, citando RIBAS: “O homem solteiro é um ente incompleto, é pela união com a mulher que ele se completa”. E, invocando LAFFAYETTE, refere

¹¹³ Cf. arts. 1400 e ss.

¹¹⁴ Cf. Art. 88.

¹¹⁵ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, cit. 80¹⁶.

¹¹⁶ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 80-81¹⁷.

¹¹⁷ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 81¹⁷.

que “a comunhão universal de bens reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos cônjuges”¹¹⁸.

Encontramos a mesma posição em COELHO DA ROCHA, embora, pensamos, sem o entusiasmo do jurista brasileiro. Na verdade, o jurista português limita-se a invocar as Ordenações Filipinas e alguns Códigos modernos. Refere que “o fim do matrimónio pode muito bem obter-se seja qual for o regime, isto é, a forma, por que se regule a fortuna dos cônjuges; porque não tem com ela relação, senão indirecta, e mui remota”¹¹⁹. Mas não deixa de observar, na comunhão legal dos bens entre os cônjuges, uma “sociedade universal (que é) mais análoga à união e intimidade característica do matrimónio”¹²⁰; e, na presunção que estabelece, a lei é “coerente com o princípio da igualdade”¹²¹.

Numa brevíssima apreciação, poder-se-á dizer que os dois juristas tinham razão no seu tempo que durou mais no direito brasileiro: em Portugal, o velho regime foi afastado no Código Civil de 1966; no Brasil, a sua vigência prolongou-se até à Lei nº. 6.515, de 26 de Dezembro de 1977¹²². No entanto, bastou uma década para que os nossos direitos convergissem porque razões, como o *golpe de baú*, não são exclusivas de nenhum país.

Voltaremos, no entanto, a este tema.

2.10 PLANTAÇÃO E FRUTOS DE ÁRVORES SITUADAS PERTO DA LINHA DIVISÓRIA

No direito romano, influenciado pelas leis de Sólon, o proprietário de um *fundus* devia recuar 9 ou 5 pés, se quisesse plantar, respectivamente, oliveiras e figueiras e outras árvores¹²³. Mesmo assim, se os frutos caíssem, por acção da chuva ou do vento, no prédio vizinho, a Lei das XII Tábuas¹²⁴ concedeu ao *dominus arboris* a faculdade de aí penetrar para os recolher. Posteriormente, o pretor determinou que a entrada podia ocorrer em dias alternados. O vizinho não podia impedi-la, mas gozava da faculdade de exigir uma caução (*cautio damni infecti*) que garantia os danos que eventualmente fossem causados¹²⁵.

Por outro lado, aquela lei concedeu ao proprietário, prejudicado pela sombra dos ramos de uma árvore plantada no prédio vizinho, o direito de exigir o

¹¹⁸ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *ibidem* 82¹⁷.

¹¹⁹ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 142.

¹²⁰ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 142.

¹²¹ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 142.

¹²² Vide Orlando GOMES, *Direito de família*¹¹ (Editora Forense / Rio de Janeiro, 1999) 175.

¹²³ Cf. D. 10,2,13.

¹²⁴ Esta lei terá sido aprovada nos meados do século V a.C. Vide Sebastião CRUZ, *o.c.* 182.

¹²⁵ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano III (Direitos reais)*, cit. 34.

corte dos ramos até à altura de 15 pés e de os cortar se o *dominus arboris* recusasse. O vizinho podia também cortar e apoderar-se das árvores inclinadas sobre o seu prédio, se o dono as não cortasse¹²⁶.

Nas suas *Instituições*, COELHO DA ROCHA ensina que o proprietário de um prédio “*pode fazer as plantações que quiser*”. Todavia, “*plantando junto aos confins do prédio vizinho, deve deixar o interstício de dois palmos, enquanto às árvores de pequeno tronco (...) e de nove, sendo a árvore de grosso tronco, excepto se outro for o costume do lugar*”. Quanto às raízes, entende que as pode cortar “*dentro dos limites do seu prédio, assim como obrigar o vizinho a que corte os ramos que sobre ele propendem*”.

Depois, questionando se o vizinho pode pedir uma indemnização pelas perdas resultantes da sombra das árvores ou o seu corte quando estão situadas à distância legal, COELHO DA ROCHA refere que “*em alguns lugares assim se pratica em favor da agricultura*”. Porém, entende que “*não será fácil achar lei em que se funde esta prática*” porque “*se a agricultura merece ser favorecida, não o merece menos a cultura das árvores*”¹²⁷.

TEIXEIRA DE FREITAS segue a mesma orientação. No seu *Esboço*, escreve que “*é proibido plantar as árvores de grande copa ou de longas raízes, se entre o lugar da plantação e a linha divisória do imóvel contíguo não mediar a distância de três metros ao menos*”¹²⁸, distância que, tratando-se de outras árvores e arbustos, é reduzida para metro e meio¹²⁹. Se estas distâncias não forem guardadas, “*o dono do imóvel contíguo poderá demandar para que as plantações sejam arrancadas*”¹³⁰. E “*ainda que plantadas ou nascidas fora das mencionadas distâncias, se alguma árvore lançar ramos ou raízes para o imóvel contíguo, o dono deste poderá desbastar ou cortar a parte que lhe for nociva, contanto que não ultrapasse a linha perpendicular divisória*”¹³¹.

Quanto aos frutos, os dois juristas afirmam que pertencem ao dono da árvore, salvo se esta se situar numa coisa possuída de boa fé, situação em que pertencem ao possuidor¹³².

A imposição de uma distância que afaste as árvores da linha divisória dos prédios é uma marca romana destinada a evitar a conflitualidade nas relações sempre frágeis da vizinhança. Os nossos juristas não a questionaram, embora, anos mais tarde, os dois legisladores se tenham afastado: o português

¹²⁶ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 34.

¹²⁷ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* II, 408-409.

¹²⁸ Cf. art. 4247, 1º.

¹²⁹ Cf. art. 4247, 2º.

¹³⁰ Cf. art. 4248.

¹³¹ Cf. art. 4249.

¹³² Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 311-312; e TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço* II, cit., 580.

porque, não querendo ou não podendo afastar o minifúndio, difundido sobretudo no Norte de Portugal, permitiu que as árvores, salvo as gravemente lesivas da agricultura, das fontes ou de prédios urbanos, sejam plantadas até à linha divisória¹³³; o brasileiro, porque não fixou, segundo cremos, espaço algum e, por isso, foi necessário determinar que “*a árvore, cujo tronco estiver na linha divisória, presume-se pertencer em comum aos donos dos prédios confinantes*”¹³⁴; e que “*as raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido*”¹³⁵.

Todavia, se os dois legisladores permitem que as árvores sejam plantadas até à linha divisória, importa observar uma diferença que os separa. Referimo-nos à propriedade dos frutos caídos no prédio vizinho. Segundo o direito português, pertencem ao proprietário da árvore; por isso, é-lhe reconhecido o direito potestativo de invadir o terreno do vizinho, para os recolher, sem prejuízo de o dever indemnizar se causar danos¹³⁶. Porém, o direito brasileiro atribui esses frutos ao “*dono do solo onde caírem, se este for de propriedade particular*”¹³⁷.

Neste aspecto, o direito português não se afastou do direito romano que a nossa tradição jurídica acolheu. A influência dos direitos alemão e italiano impôs-se no direito brasileiro, podendo questionar-se por que título o proprietário do prédio vizinho adquire a propriedade de frutos produzidos em árvores alheias¹³⁸.

3 Os CÓDIGOS CIVIS BRASILEIROS

3.1 PRELIMINARES

Não se ignora o contributo importantíssimo de TEIXEIRA DE FREITAS na elaboração do primeiro Código Civil brasileiro. A *Consolidação das Leis Civis*, publicada em 1858 constitui trabalho preparatório e mereceu de Sílvio MEIRA as seguintes palavras: “*é um monumento legislativo ante o qual se inclinam, com respeito, juristas de várias nações*”¹³⁹. Seguiu-se o *Esboço do Código* publicado alguns anos mais tarde, onde TEIXEIRA DE FREITAS se antecipou, com a parte geral, quarenta anos ao famoso Código Civil alemão, como observa René DAVID¹⁴⁰.

¹³³ Cf. art. 1366º. do Código Civil português.

¹³⁴ Cf. arts. 556 e 1282 dos Códigos Civis, respectivamente, de 1916 e de 2002.

¹³⁵ Cf. arts. 558 e 1283 dos Códigos Civis, respectivamente, de 1916 e de 2002.

¹³⁶ Cf. art. 1367º. do Código Civil.

¹³⁷ Cf. arts. 557 e 1284 dos Códigos Civis, respectivamente, de 1916 e de 2002.

¹³⁸ Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais* (Coimbra Editora / Coimbra, 2007) 249.

¹³⁹ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 109.

¹⁴⁰ Vide René DAVID *apud* Sílvio MEIRA, *ibidem* 455; e J. G. B. CÂMARA, *Subsídios para a história do direito pátrio* III (Rio de Janeiro, 1966) 162.

Não surpreende, portanto, que o Código Civil brasileiro de 1916 seja uma obra notável que CORDEIRO ALVAREZ sintetizou eloquentemente, escrevendo: “*C’est la plus haute expression du droit civil américain, et une des œuvres législatives les plus remarquables du monde*”¹⁴¹. E se à *auctoritas* de CORDEIRO ALVAREZ juntarmos a douda opinião de MOREIRA ALVES para quem, no Tratado de ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, o Código Civil brasileiro é considerado “*a mais independente das codificações latino-americanas*” porque “*se funda em ideias dos juristas brasileiros e recolhe o direito consuetudinário*”¹⁴², ficaremos tranquilamente desobrigados de outras considerações e do risco duma apreciação provavelmente deficitária.

No entanto, importa esclarecer que há, no Código Civil brasileiro, influências francesas, alemãs e argentinas. Como simples exemplos das primeiras, destacamos os deveres conjugais¹⁴³ e a fixação proporcional de alimentos de acordo com as necessidades do alimentando e os recursos da pessoa obrigada¹⁴⁴; das segundas, a relevância do erro sobre as qualidades pessoais na anulação do casamento¹⁴⁵ e a extensão do direito de propriedade só à altura ou profundidade que interessem ao proprietário¹⁴⁶; e das últimas, o âmbito da indemnização no caso de homicídio¹⁴⁷.

Porém, não ofuscam as influências da tradição jurídica luso-brasileira que reflectem a preocupação da doutrina brasileira, na linha de TEIXEIRA DE FREITAS. Referimos tão-só alguns aspectos:

- o regime supletivo da comunhão geral de bens¹⁴⁸;
- a compra e venda que, só por si, não transfere a propriedade¹⁴⁹;
- a regra de que o comprador de coisa locada pode despedir o locatário se o contrário não tiver sido convencionado¹⁵⁰.

No entanto, sempre que se julgou necessário, aquela tradição foi afastada. Constituem inovações, *v.g.*:

¹⁴¹ Vide E. CORDEIRO ALVAREZ, *Amérique latine em Travaux de la semaine internationale de droit* (Paris, 1954) 744.

¹⁴² Vide José Carlos MOREIRA ALVES, *A contribuição do antigo direito português no código civil brasileiro em Estudos de direito civil brasileiro e português* (I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito Civil) (São Paulo, s/d) 38.

¹⁴³ Cf. arts. 231º. e 203º. e 212º., respectivamente, do Código Civil brasileiro e do *Code Civil* francês.

¹⁴⁴ Cf. arts. 400º. e 208º., respectivamente, do Código Civil brasileiro e do *Code Civil* francês.

¹⁴⁵ Cf. artº. 219º. I do Código Civil brasileiro.

¹⁴⁶ Cf. art. 526º. do Código Civil brasileiro.

¹⁴⁷ Cf. arts. 1537º. e 1084º., respectivamente, do Código Civil brasileiro e do Código Civil argentino.

¹⁴⁸ Cf. art. 258º.

¹⁴⁹ Cf. art. 1122º.

¹⁵⁰ Cf. art. 1197º.

- a admissão da usucapião trintenária com base na posse de má fé¹⁵¹;
- o abandono da regra romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*¹⁵².

Filho do seu tempo, não surpreende que o Código Civil brasileiro tenha sido criticado por ser individualista, reflectindo a estrutura agrária da sociedade brasileira e uma economia dominada pelo binómio da exportação de matérias-primas e de géneros alimentares e da importação de artigos fabricados. Por isso, e embora não deixe de ser obra progressista em inúmeros passos como reconheceu Orlando GOMES¹⁵³, o progresso social começou a reclamar um novo Código, tornando insuficientes as diversas alterações por obra de leis avulsas, sobretudo no domínio do estatuto familiar da mulher¹⁵⁴.

Em 1969 foi nomeada uma Comissão para elaborar um projecto do novo Código Civil, elevado, em 1975, a Projecto de Lei nº. 634. Presidiu a uma ilustre plêiade de juristas o Prof. Miguel REALE cuja *auctoritas* é desnecessário invocar. Merecem eco as suas palavras, que pedimos vénia para transcrever: “*Não tivemos a preocupação de mudar, mas a vaidade de conservação*”; e “*não elaboramos um Código, enfileirando sobre a mesa os códigos estrangeiros, para a escolha do melhor dispositivo. As estruturas verdadeiras são aquelas que brotam ab imis fundamentis. É grande a lição de Roma: o direito desenvolve-se à medida que a necessidade vai exigindo e os factos vão ditando*”¹⁵⁵.

E, na verdade, trata-se dum Projecto que concilia sabiamente o respeito pela tradição jurídica luso-brasileira com a necessidade de inovar. Por exigência do tempo, referimos apenas alguns aspectos:

- a recusa da unificação, num só Código, dos direitos civil e comercial;
- a consagração duma secção aos direitos de personalidade¹⁵⁶;
- a admissão das responsabilidades subjectiva e objectiva, constituindo aquela a regra¹⁵⁷;
- a estrutura familiar com base na igualdade dos cônjuges¹⁵⁸;
- o regime supletivo da comunhão de adquiridos¹⁵⁹;

¹⁵¹ Cf. art. 1574º.

¹⁵² Vide *supra*, nº. 2.6.

¹⁵³ Vide Orlando GOMES, *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro* (Baía, 1958), 40, 42., 46, 48, 56, 57, 66, 71 e 72.

¹⁵⁴ Cf. a Lei nº. 4121 de 27 de Agosto de 1962, que consignou o *estatuto da mulher casada*. Vide T. A. LOPEZ DE MAGALHÃES, *O papel da mulher na sociedade* na RFDSP 75 (1980) 127-128.

¹⁵⁵ Vide Miguel REALE, *Considerações gerais sobre o projecto de código civil (Projecto de lei nº. 634, de 1975)* na RFDSP 71 (1976) 57-58.

¹⁵⁶ Cf. arts. 70º. a 81º.

¹⁵⁷ Cf. artº. 483º. nº. 2.

¹⁵⁸ Cf. arts. 1671º. a 1677º.

¹⁵⁹ Cf. art. 1717º.

- a não distinção entre filhos legítimos e ilegítimos na sucessão dos seus ascendentes¹⁶⁰;
- a vocação sucessória do cônjuge supérstite como herdeiro legítimo em posição privilegiada¹⁶¹;

Porém, a sociedade brasileira não deixou de evoluir com a celeridade que marca os nossos tempos. A aprovação do Projecto de 1975 tardava e ia-se tornando desactualizado. Em 17 de Maio de 1984, a Câmara dos Deputados aprovou a nova versão desse Projecto, mas o novo Código Civil não foi aprovado. A sua reestruturação impunha-se, sobretudo em virtude de recentes modificações legislativas, e foi confiada aos Profs. Miguel REALE e José Carlos MOREIRA ALVES, consagrado romanista e Ministro. Finalmente, em 10 de Janeiro de 2002, foi aprovado o novo Código Civil brasileiro pela Lei nº. 10.406 e entrou em vigor em Janeiro de 2003.

Cumpre-nos, agora, apreciar alguns institutos que, estamos certos, mantêm actuais as palavras de Guilherme BRAGA DA CRUZ: “*Portugal e Brasil continuam a ser, no direito, duas pátrias irmãs que se orgulham da sua ascendência comum*”¹⁶².

3.2 PARTE GERAL

A parte geral do novo Código contém um capítulo (o II) dedicado aos *direitos de personalidade*, com regras que tutelam os valores da subjectividade, a imagem e a intimidade e até o direito sobre o corpo para fins de transplante. Trata-se duma inovação de grande alcance, sobretudo nos nossos dias em que é enorme a tentação de violar a vida privada no que tem de mais elevado e nobre. O legislador brasileiro revela-se atento, mostrando-se, também aqui, uma aproximação ao direito civil português¹⁶³.

Depois, destacamos o instituto da lesão enorme a que o novo Código consagra uma secção específica (a V) integrada no capítulo IV *dos defeitos do negócio jurídico*. Ignorada no Código de 1916 e mais tarde introduzida no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº. 8.078 de 11 de Setembro de 1990)¹⁶⁴, a lesão, a que os Glosadores de Bolonha chamaram *laesio enormis* ou *ultra dimidium* com base em duas *constitutiones* do direito romano¹⁶⁵, começou

¹⁶⁰ Cf. arts. 2133º., 2139º., 2140º., 2157º. e 2159º.

¹⁶¹ Cf. arts. 2157º. a 2161º.

¹⁶² Vide Guilherme BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro* em *Scientia Iuridica* (Braga, s/d) 37.

¹⁶³ O Código Civil português consagra uma secção aos *direitos de personalidade*, onde contém normas sobre a tutela geral e tutela especial. Cf. artºs. 70º. a 81º.

¹⁶⁴ Cf. art. 6º.

¹⁶⁵ Cf. C. 4,44,2; -4,44,8.

por ser considerada um desequilíbrio de prestações sem que o *animus* das partes assumisse qualquer relevo, justificando a rescisão do contrato se fosse superior a metade do preço da coisa vendida. BÁRTOLO, *caput scholae* dos Comentadores e considerado um dos maiores, senão o maior jurisconsulto de todos os tempos¹⁶⁶, estendeu-a a qualquer tipo de contrato, influenciando o direito canônico que considerou pecaminoso todo o proveito exagerado obtido por um dos contraentes à custa do outro.

Nos séculos XVI e XVII, o valor da lesão fixou-se em 1/3 e denominou-se *enormissima laesio* ou desequilíbrio superior a metade¹⁶⁷. As nossas Ordenações Filipinas determinaram que “*se fôr achado que o vendedor foi enganado além da metade do justo preço, pôde desfazer a venda por bem do dito engano ainda que o engano não procedesse do comprador, mas sómente se causasse da simpleza do vendedor*”. Quanto ao comprador, “*poderá isso mesmo desfazer a compra, se foi pela dita maneira enganado além da metade do justo preço*”¹⁶⁸. Se o vendedor “*desfazer o contracto (...) ficará a escolha no comprador, ou tornar-se a coisa, e receber o preço, que por ella deu, ou refazer-lhe o justo preço (...) E querendo o comprador desfazer o contracto (...) ficará a escolha ao vendedor, ou tornando-lhe o preço, que houve, e cobrar a coisa vendida, ou tornar-lhe a maioria que delle recebeu, além do que a coisa justamente valia ao tempo do contracto*”¹⁶⁹. E “*todo o dito he, ha lugar não sómente nos contractos de compras e vendas mas ainda nos contractos dos arrendamentos, e foramentos, escaimbos, transacções, e quaesquer outras avanças, em que se dá, ou deixa huma coisa por outra*”¹⁷⁰. Mais adiante, as mesmas Ordenações falam, sem definir, de engano enormíssimo para efeitos da restituição da coisa e dos frutos produzidos após a venda¹⁷¹. Nos primeiros textos, consagra-se a *laesio enormis* e justifica-se com o erro em que a parte prejudicada pode incorrer seja por obra da contraparte, seja de si próprio; e no último, surge a *laesio enormissima* reconhecida por COELHO DA ROCHA¹⁷² e por TEIXEIRA DE FREITAS¹⁷³ e que, segundo CORREIA TELLES, ocorre “*quando alguém recebo sómente a terça parte do justo valor da coisa*”¹⁷⁴.

¹⁶⁶ Vide Sebastião CRUZ, *o.c.* 98.

¹⁶⁷ Vide Jorge Eustácio da Silva FRIAS, *Da “laesio enormis”*. Algumas considerações no BFD LXXVII (2002) 765-767.

¹⁶⁸ Cf. Ordenações Filipinas, IV,13pr.

¹⁶⁹ Cf. Ordenações Filipinas, IV,13.1.

¹⁷⁰ Cf. Ordenações Filipinas, IV,13.6.

¹⁷¹ Cf. Ordenações Filipinas, IV,13,10.

¹⁷² Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 509.

¹⁷³ Vide TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, cit. art. 359º., nota (2).

¹⁷⁴ Vide J.-H. CORREIA TELLES, *Digesto portuguez ou tatado dos direitos e obrigações civis accomodado às leis e costumes da Nação Portuguesa para servir de subsidio ao novo código civil* I³ (Imprensa da Universidade / Coimbra, 1845) 253.

O Código Civil português de 1867 não consagrou a lesão como figura autónoma, preferindo considerá-la sob a perspectiva do erro “*que annulle o consentimento*”¹⁷⁵. Acolheu, portanto, a crítica que a considerava desnecessária, porque bem podia incluir-se entre o erro, dolo ou coacção, ou seja, entre os vícios da vontade. No entanto, o Código de 1966 afastou-se desta posição e considerou a lesão um negócio usurário com contornos objectivo e subjectivo¹⁷⁶.

Quanto ao direito brasileiro, a *laesio enormis* e *enormissima* vigorou até 1916, por força das Ordenações Filipinas e da Lei de 20 de Outubro de 1823. Surge ainda na *Consolidação das Leis Cíveis* de TEIXEIRA DE FREITAS, mas, como sucedeu no Código Civil português de 1867, o Código Civil brasileiro de 1916 não a considerou figura autónoma. Em 1990, a Lei Federal nº. 8078 introduziu-a no Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁷ e o actual Código Civil consagra a sua autonomia e dota-a de requisitos objectivo e subjectivo: a prestação “*manifestamente desproporcional*”; e a necessidade ou inexperiência do prejudicado¹⁷⁸.

Podemos concluir, portanto, que os actuais Códigos Cíveis português e brasileiro consagram o mesmo instituto, embora com nomes diferentes: negócio usurário e lesão.

3.3 PARTE ESPECIAL

3.3.1 DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

3.3.1.1 COMPRA E VENDA

Já referimos a sua natureza no direito romano e nas sucessivas Ordenações de Portugal; e assinalámos a sua evolução na doutrina portuguesa e no Código Civil de 1867.

A alteração do efeito obrigacional para real constituiu um dos temas da notável polémica que opôs TEIXEIRA DE FREITAS ao Autor daquele Código, António Luís de SEABRA.

Em causa estava a questão nuclear do método que, segundo o jurisconsulto brasileiro, só podia partir da distinção entre direitos pessoais e reais. Por isso, fiel à sua formação romanística e coimbrã que recebeu em Olinda, TEIXEIRA DE FREITAS sustentava que o contrato de compra e venda só podia criar direitos pessoais, jamais reais, como pretendia SEABRA por influência do seu jusracionalismo e do *Code Civil* francês.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Cf. artº. 1582º.

¹⁷⁶ Cf. artº. 282º.

¹⁷⁷ Cf. art. 6º.

¹⁷⁸ Cf. art. 157º.

¹⁷⁹ Cf. arts. 715º. e 1583º., respectivamente, do Código de Seabra e do *Code Civil* francês.

Talvez ambos tenham tido a razão pelo seu lado por se apoiarem em pensamentos jurídicos diferentes: SEABRA era jusracionalista e TEIXEIRA DE FREITAS, pandectista. Mas esta polémica permite compreender as diversas soluções que os Códigos Cíveis de Portugal e do Brasil consagraram. E justifica a afirmação de BRAGA DA CRUZ de que, em vários aspectos, o direito civil brasileiro é mais português do que o direito civil português, embora não deixemos de registar, no direito brasileiro, um pequeno desvio da tradição jurídica romano-portuguesa: para esta, os riscos da coisa vendida correm por conta do comprador, mesmo que ainda não tenha adquirido a sua propriedade; pelo contrário, para o Código Civil brasileiro há uma repartição do risco: “*até ao momento da tradição, correm por conta do vendedor e os do preço por conta do comprador*”¹⁸⁰.

3.3.1.2 LOCAÇÃO DE COISA

Também já referimos o contrato de locação de coisa, desde o direito romano até ao século XIX.

De novo por influência de TEIXEIRA DE FREITAS, o Código Civil brasileiro de 1916 acolheu substancialmente o regime das nossas Ordenações Filipinas, com destaque para o princípio *emptio tollit locatum*¹⁸¹. Porém, na linha do Código Civil português de 1867, afastou-se da tradição romana luso-brasileira quando determina que “*salvo ajuste em contrário, nem a esterilidade, nem o malogro da colheita por caso fortuito autorizam o locatário a exigir o abate no aluguer*”¹⁸². Ou seja, os Códigos Cíveis português de 1867 e brasileiro de 1916 confluíram no afastamento da solidariedade medieval que tinha penetrado em Portugal e no Brasil. Por isso se compreende a posição crítica de Orlando GOMES que, com a devida vénia, transcrevemos: “*(A economia baseava-se) na exploração da terra e a renda dos fazendeiros só poderia ser obtida mediante a desumana exploração do trabalhador rural (...) O Código Civil é obra de homens da classe média que o elaboraram nesse estado de espírito: a afirmação por excelência do regime capitalista de produção*”¹⁸³.

Não surpreende, portanto, que o actual Código Civil conserve este princípio na locação de coisa nem que tenha mantido a irrelevância da esterilidade ou de circunstâncias imprevisíveis que diminuam a colheita¹⁸⁴: é uma herança do Código de 1916 que, nesta matéria, perdoar-me-ão a

¹⁸⁰ Cf. art. 492º.

¹⁸¹ Cf. art. 1197º.

¹⁸² Cf. art. 1214º.

¹⁸³ Vide Orlando GOMES, *o.c.* 40, 42, 46, 48, 53, 56, 57, 66, 71 e 72.

¹⁸⁴ Cf. art. 576º.

insistência, não seguiu a doutrina de TEIXEIRA DE FREITAS, preferindo aproximar-se do Código Civil português de 1867.

Todavia, com a evolução da sociedade brasileira produziram-se algumas alterações no arrendamento de prédios urbanos e rústicos: em 30 de Novembro de 1964, a Lei nº. 4504 (Estatuto da Terra) concedeu preferência ao arrendatário na alienação do imóvel¹⁸⁵ e determinou que a alienação “*não interrompe a vigência dos contratos de arrendamento ou de parceria*”, recusando, assim, o princípio romano *emptio tollit locatum*¹⁸⁶. E a Lei nº. 8245 de 18 de Outubro de 1991 concedeu ao locatário o direito de preferência na venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento do prédio locado, embora tenha consagrado o princípio *emptio tollit locatum* na locação por tempo indeterminado¹⁸⁷.

3.3.2 DIREITO DE EMPRESA

O livro II da parte especial do actual Código Civil brasileiro constitui uma inovação particularmente importante que veio confirmar o que Sílvio MEIRA escreveu sobre TEIXEIRA DE FREITAS: “... *homem superior ao tempo e ao espaço em que vivia (...) Como todos os génios, antecipou-se ao futuro*”¹⁸⁸; e prossegue: “*A pouco e pouco vamo-nos convencendo (...) do plano de Freitas (...) Temos a impressão de que sua ideia original ainda vingará totalmente nas melhores legislações do mundo contemporâneo. É uma questão de tempo, apenas*”¹⁸⁹.

Na verdade, a ideia de unificação do direito privado ou, talvez melhor, da invasão do direito comercial no direito civil é uma das originalidades do pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS, corolário da sua lição romanista de que “*omne ius quo utimur, vel ad personas pertine, vel ad res, vel ad actiones*”¹⁹⁰. Afastadas as *actiones* para o direito processual, ficam-nos as pessoas e as coisas, ou seja, os direitos pessoais e os direitos reais¹⁹¹. Em consequência, TEIXEIRA DE FREITAS critica a arbitrária separação das leis denominadas Direito Comercial ou Código Comercial, em cuja origem vê “*um grande depósito de usos, costumes e doutrinas lentamente formados por inércia das legislações*”. E propõe-se reparar os erros do passado através da composição de dois Códigos: um, Geral; o outro, Civil. Aquele conterà as definições necessárias; este, as normas que disciplinam

¹⁸⁵ Cf. art. 92º. § 3º.

¹⁸⁶ Cf. art. 92º. § 5º.

¹⁸⁷ Cf. arts. 27º. e 28º. Se o arrendamento por tempo determinado, a regra *emptio tollit locatum* poderá ser afastada se a locação contiver cláusula de vigência e estiver averbada junto à matrícula do imóvel.

¹⁸⁸ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 350.

¹⁸⁹ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 409.

¹⁹⁰ Cf. GAIUS 1,8.

¹⁹¹ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 115 e 117.

a vida. No Código Geral, as leis ensinam, destinam-se aos homens da ciência; no Civil, as leis mandam, dirigem-se ao povo. As matérias do Código Comercial serão integradas no Código Civil¹⁹².

Esta ideia da unificação do direito privado, que viria a ter reflexos no Código Federal suíço das obrigações e no Código Civil italiano de 1942¹⁹³, foi recusada no Brasil, onde o Ministro José de Alencar a considerou “*um dos frutos muito prematuros*”¹⁹⁴. No entanto, as ideias dos grandes Mestres não perecem: são sementes que, mais tarde ou mais cedo, acabam por germinar, mostrando a genialidade de quem se antecipou ao tempo. Outros juristas não as esqueceram, como Alfredo VALADÃO, Herculano Marcos INGL S DE SOUSA e, já nos nossos dias, Haroldo VALADÃO, Caio Mário da SILVA PEREIRA, Miguel REALE e Orlando GOMES que nos fala da “*dicotomia incongruente do Direito Privado*” e da consagração da ideia “*preconizada, antes de todos, pelo mais genial de nossos civilistas, Teixeira de Freitas*”¹⁹⁵.

Poder-se-á argumentar, como Orlando de CARVALHO, que esta invasão de preceitos comerciais no Código Civil o converte num “*bloco de leis sem coesão e sem sistema*”¹⁹⁶. E, independentemente das diferentes opiniões, importa reconhecer que se trata duma questão muito sensível com avanços e recuos. Não se ignora, v.g., que o fracasso do projecto franco-italiano do direito das obrigações de 1927 retirou algum optimismo aos prosélitos da unificação jurídica, pois países como Portugal, México, Peru, Venezuela, Honduras, Costa Rica, Colômbia e França mantiveram a divisão clássica do direito privado nos Códigos Civil e Comercial¹⁹⁷.

No entanto, volvida centúria e meia, o Brasil acaba de consagrar a ideia de TEIXEIRA DE FREITAS, cumprindo-se a “profecia” de Sílvio MEIRA.

3.3.3 DIREITO DAS COISAS

3.3.3.1 PROPRIEDADE

Sensíveis à sábia advertência de IAVOLENUS de que “*omnis definitio in iure civile periculosa est*”¹⁹⁸, os juristas romanos não definiram a propriedade.

No entanto, estudando, mais tarde, a casuística romana, os Glosadores medievais definiram-na como “*o direito de usar, fruir e abusar*”, transmitindo

¹⁹² Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 353-354.

¹⁹³ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 406.

¹⁹⁴ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 357 e 360.

¹⁹⁵ Vide Sílvio MEIRA, *o.c.* 406-409; e Caio Mário SILVA PEREIRA, *Código das Obrigações na RJBA I-II* (Buenos Aires, 1965) 182-190.

¹⁹⁶ Vide Orlando de CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado no BFD LX* (1984) 50 e 57.

¹⁹⁷ Vide A. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o direito ibero-americano no BFD LXXI* (1995) 88-89.

¹⁹⁸ Cf. D. 50,17,202.

a ideia de que se tratava duma propriedade marcada por um individualismo exacerbado e pelo egoísmo sem limites, paradigma da propriedade burguesa contestada pela doutrina socialista dos nossos tempos¹⁹⁹.

É, no entanto, uma ideia errada. Já BARTOLO, estudando as fontes romanas, definira a propriedade como “*o direito de dispor completamente de coisas corpóreas, a não ser que a lei proíba*”²⁰⁰. O genial jurisconsulto da Escola dos Comentadores teve em atenção os textos que estabelecem limitações determinadas por interesses públicos, por motivos religiosos e morais e por interesses privados, sobretudo no âmbito das relações de vizinhança. Aquela definição revela a verdadeira dimensão do *dominium* romano, caracterizado por uma profunda marca social. Aliás, as fontes romanas têm inspirado as sucessivas doutrinas dos actos de emulação, do uso normal, das influências directas e, mais próximo dos nossos tempos, do abuso do direito²⁰¹, provando-se, assim, o acerto daquela definição que percorre a História do Direito Português e encontrou guarida nos modernos Códigos, mesmo de raiz individualista de que é paradigma o *Code Civil* francês²⁰².

Na linha do direito português, os Códigos Cíveis portugueses de 1867²⁰³ e de 1966²⁰⁴ consagram a propriedade como direito limitado pela lei; e o princípio da tipicidade ou *numerus clausus* que impede a constituição, com carácter real, de restrições ou figuras parcelares desse direito²⁰⁵.

O Código Civil brasileiro de 1916 consagra a terminologia que POTHIER recolheu nas fontes romanas de propriedade plena e limitada (*minus plena*)²⁰⁶. Não utiliza a noção de BARTOLO seguida nos Códigos Cíveis europeus, mas não deixa de limitar a propriedade dando especial ênfase aos *direitos de vizinhança*, onde encontramos algumas soluções já fixadas na Lei nas XII Tábuas²⁰⁷.

O actual Código Civil brasileiro abandonou a terminologia *propriedade plena e limitada* e restringe o seu exercício à “*consonância com as suas finalidades económicas e sociais*”, preservando “*a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o património histórico e artístico*” e evitando “*a poluição do ar e das águas*”²⁰⁸.

Consagra a teoria de emulação²⁰⁹ e dedica um capítulo (o V) aos *direitos de vizinhança*, mantendo as soluções do Código de 1916. A dimensão social da propriedade

¹⁹⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano III (direitos reais)* em *Studia Iuridica* 26, reimpressão (Coimbra, 1997) 16 e 36-37.

²⁰⁰ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 16.

²⁰¹ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 35-37.

²⁰² Cf. art. 544º.

²⁰³ Cf. art. 2170º.

²⁰⁴ Cf. art. 1305º.

²⁰⁵ Cf. art. 1306º. Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais* (Coimbra Editora / Coimbra, 2007) 35-41.

²⁰⁶ Cf. art. 525º. O Código Civil português de 1867 (art. 2168º.) fala de propriedade absoluta ou resolúvel, singular ou comum, perfeita ou imperfeita.

²⁰⁷ Cf. arts. 554º., 555º., 558º., 563º. e 564º.

²⁰⁸ Cf. art. 1228º. § 1º.

²⁰⁹ Cf. art. 1228º. § 2º.

mostra-se inequivocamente no novo Código e não deixa de ser curiosa a consideração de que os frutos de árvore alheia caídos no terreno vizinho pertence, ao proprietário deste, mantendo a solução do Código de 1916. Já referimos este aspecto.

3.3.3.2 SUPERFÍCIE

A superfície é, no direito romano, um direito real transmissível *inter vivos* e *mortis causa* de, perpetuamente ou durante largo tempo, gozar, plena e exclusivamente, de um edifício construído em solo alheio, mediante o pagamento de um cânone anual denominado *pensio* ou *solarium*.

Trata-se duma figura que o engenho romano criou para afastar as consequências anti-económicas do princípio de que, pertencendo ao *dominus fundi* tudo o que lhe for acrescentado ou incorporado (*superficies solo cedit*), o edifício construído não podia deixar também de lhe pertencer. Os inconvenientes eram muito graves: o solo romano era propriedade do *populus Romanus*, de algumas instituições públicas e de uns poucos cidadãos, ou seja, não havia espaço para a cidade se desenvolver. Por isso, sem eliminar o velho princípio da absorvência, o proprietário do solo adquiria a propriedade do edifício nele construído, mas este tornava-se objecto de outro direito (o direito de superfície), por isso considerado um *ius in re aliena*²¹⁰.

O direito português das diversas Ordenações não consagrou o direito de superfície e tão-pouco o Código Civil de 1867 o incluiu nas chamadas *propriedades imperfeitas*²¹¹, embora tenha previsto a possibilidade de, num prédio, existirem árvores alheias que o *dominus fundi* poderá obrigar-se a conservar num período não superior a trinta anos²¹². Só em 1948 este direito foi introduzido, como direito real, no ordenamento jurídico português e com um campo de aplicação muito restrito: só podia ser constituído pelo Estado, autarquias locais e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa em terrenos do seu domínio privado²¹³. Por isso, pode afirmar-se que “*só no Código Civil actual foi dada ao instituto completa carta de alforria*”, nas palavras de CARVALHO FERNANDES²¹⁴.

O direito de superfície é aí alargado a plantações em terreno alheio²¹⁵ e prevê-se a possibilidade de construir sobre edifício alheio, embora se apliquem as regras de propriedade horizontal²¹⁶.

²¹⁰ Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano III (direitos reais)*, cit. 210-212.

²¹¹ Cf. art. 2189º.

²¹² Cf. art. 2308º.

²¹³ Vide José de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Reais*⁴ (Coimbra Editora / Coimbra, 1987) 458.

²¹⁴ Vide Luís A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*³ (*Quid Jûris ?* / Lisboa, 2001) 409.

²¹⁵ Cf. art. 1524º.

²¹⁶ Cf. art. 1526º.

Embora temporalmente muito distante do direito romano, vislumbra-se no direito de superfície uma significativa influência romana na estrutura (gozo perpétuo ou temporário); nos modos de constituição e de extinção; na transmissibilidade; na não cessação por falta de pagamento das prestações anuais; etc.²¹⁷. Ou seja, o direito romano não desapareceu depois da codificação do nosso direito civil: mantém-se para fornecer soluções que as novas necessidades exigem.

O direito brasileiro só consagrou o direito de superfície no Código Civil de 2002 e em termos muito próximos do Código Civil português. Destaca-se, no entanto, uma diferença importante: o afastamento da perpetuidade²¹⁸.

3.3.3.3 USUCAPIÃO TRINTENÁRIA

Já falámos da usucapião trintenária e, no breve percurso que fizemos, ficámos no século XIX, antes da codificação do direito civil português. Diremos, agora, que o Código de Seabra avançou na linha aberta pela Lei da Boa Razão e presente em COELHO DA ROCHA: consagrou a prescrição trintenária sem justa causa e de má fé, como fizera o Código Civil de Napoleão. Ou seja o direito português regressou ao direito romano, séculos depois de o ter afastado. O actual Código Civil só inovou na redução do tempo de posse para vinte anos²¹⁹.

Quanto ao direito brasileiro, a sua história é comum à do direito português até 1916, quando o Código Civil consagrou a usucapião de coisa imóvel independentemente de título e de boa fé, se a posse durar vinte anos²²⁰. Havendo justo título e boa fé, basta que a posse de imóvel dure dez ou quinze anos, respectivamente, entre presentes (moradores no mesmo município) ou ausentes²²¹. O actual Código Civil reduziu o tempo de vinte para quinze anos²²² e para dez anos se “*houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual*”²²³. Consagram-se também prazos menores em situações específicas²²⁴.

Observa-se, portanto, que a evolução percorreu a mesma linha do direito português e as diferenças apenas traduzem exigências específicas da sociedade brasileira. Há, no entanto, uma alteração terminológica que separa os dois Códigos Cíveis brasileiros: no primeiro, fala-se de *o usucapião*²²⁵; no segundo, e por determinação da Lei n.º 6.969 de 10 de Dezembro de 1981, de *a usucapião*²²⁶.

²¹⁷ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 212.

²¹⁸ Cf. art. 1369º.

²¹⁹ Cf. art. 1296º.

²²⁰ Cf. art. 550º.

²²¹ Cf. art. 551º.

²²² Cf. art. 1238º.

²²³ Cf. art. 1233º. § único.

²²⁴ Cf. arts. 1239º. e 1240º.

²²⁵ Vide secção IV, cap. II, tit. II, livro II; e secção V, cap. III, tit. II, livro II.

²²⁶ Vide secção I; cap. II, tit. III, livro III; e secção I, cap. III, tit. III, livro III.

Ou seja, prevaleceu a regra gramatical sobre a clareza jurídica: se a usucapião é filologicamente um vocábulo feminino, importa acentuar que o *usus* constitui o elemento determinante da juridicidade. Não é qualquer *capio*, mas uma *capio* pelo *usus*, que pertence ao gênero masculino. De todo o modo, ainda aqui (e, na nossa opinião, mal), o direito brasileiro não está afastado do direito português²²⁷.

3.3.4 DIREITO DA FAMÍLIA

3.3.4.1 RELAÇÕES PATRIMONIAIS ENTRE CÔNJUGES

Também já referimos a história do regime supletivo da comunhão geral de bens no direito português e esboçamos o seu destino nos direitos português a brasileiro.

Em Portugal, o Código de Seabra manteve-se fiel à longa tradição jurídica portuguesa; por isso, afastou-se do *Code Civil* francês que optou pela comunhão de adquiridos²²⁸ e consagrou a comunhão geral de bens como regime supletivo²²⁹.

Quanto ao direito brasileiro a comunhão universal vigorou desde a descoberta do Brasil e manteve-se no Código Civil de 1916 como regime supletivo²³⁰. A posição de TEIXEIRA DE FREITAS não terá sido irrelevante. Todavia, porque fomentava o chamado *golpe de baú*²³¹, o legislador consagrou o regime de comunhão parcial, reaproximando-se do direito português²³² e recuperando a velha tradição jurídica visigótica.

3.3.4.2 DOTE

O dote é uma figura jurídica com particular importância no direito romano, que se manteve até há relativamente pouco tempo nos direitos de Portugal e do Brasil. Por isso, impõe-se uma referência.

Nos primeiros séculos da história do direito romano, durante os quais a família era considerada uma comunidade de pessoas e de bens sujeitas ao poder de um chefe (*paterfamilias*), os bens que a esposa levasse para o casamento tornavam-se propriedade do marido. Alguns desses bens constituíam a figura do dote, que se pode definir como um conjunto de bens que a mulher, o seu *pater* ou outra pessoa transferia para o marido para a compensar da perda dos direitos

²²⁷ Cf. arts. 1288º. e ss.

²²⁸ Cf. art. 1393º.

²²⁹ Cf. arts. 1098º. e 1108º.

²³⁰ Cf. art. 258º.

²³¹ Vide João de Matos ANTUNES VARELA, *Direito da família* (Livraria Petrony / Lisboa, 1987) 432.

²³² Cf. art. 1640º. do Código Civil português.

hereditários em consequência da ruptura do vínculo com a sua família paterna e também para contribuir para as despesas da vida matrimonial e assegurar, finalmente, o sustento da mulher viúva e dos seus filhos²³³.

Embora se tornassem propriedade do marido, dissolvido o matrimónio, a mulher, a quem mais tarde foi concedida uma hipoteca privilegiada sobre o património daquele, podia recuperar os bens dotais que, igualmente com o tempo, acabaram por se considerar património da mulher, que os confiava à administração do marido. A esta evolução não foi estranha a transformação do matrimónio *cum manu* (que sujeitava à mulher ao poder marital) em matrimónio *sine manu* (no qual a esposa conservava a sua independência)²³⁴.

Indiferente a essa transformação, o dote conservou, no direito romano, uma importância altíssima, a ponto de se censurar gravemente a mulher que contraísse matrimónio sem dote. E mesmo mais tarde, quando o dote constituiu um sinal de diferenciação económico-social, que distinguia as famílias ricas das pobres, o dote não perdeu a sua importância social porque Justiniano fixou um valor máximo, mas não o extinguiu.

No direito medieval das invasões germânicas, observamos outro tipo de dote quanto à sua origem: quiçá reflectindo a velha compra e venda da mulher, o preço (*pretium puellae*) foi substituído pelo dote que o noivo dá à noiva. Esta figura, que caracteriza o *casamento por arras*, viria a ser praticada depois da fundação de Portugal e transformou-se num dos regimes patrimoniais do casamento, sem afastar a liberdade de os nubentes optarem por outros: a comunhão geral e a comunhão de adquiridos (ou de *ganâncias*)²³⁵.

Mais tarde, quando as Ordenações Manuelinas fixaram a comunhão geral de bens como regime regra, aquela liberdade manteve-se²³⁶ e, portanto, conservou-se a possibilidade de os nubentes optarem pelo dote. E assim chegámos aos Códigos Civis portugueses de 1867 e de 1966, embora o regime dotal tenha caído quase inteiramente em desuso²³⁷. O dote continua a ser um conjunto de bens da mulher, sujeito a um regime especial proteccionista (v.g., a irresponsabilidade por dívidas) que se justifica “*pela ideia de garantir a mulher casada contra a má ou infeliz administração do marido*”²³⁸. Pode ser constituído pela própria mulher, pelo marido, pelos avós ou por qualquer terceiro²³⁹, ou seja, há reflexos do dote romano e do dote germânico.

²³³ Vide SANTOS JUSTO, *Relações patrimoniais entre cônjuges: do direito romano aos direitos português e brasileiro*, cit. 331.

²³⁴ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 332-335.

²³⁵ Vide SANTOS JUSTO, *ibidem* 343-345.

²³⁶ Cf. Ordenações Manuelinas, IV,7pr.

²³⁷ Vide Francisco Manuel PEREIRA COELHO, *Curso de direito de família I. Direito matrimonial*, tomo 2^o (Unitas / Coimbra, 1970) 351.

²³⁸ Transcrevemos PEREIRA COELHO, *ibidem* 351.

²³⁹ Cf. art. 1739^o. n^o. 1.

Todavia, na consequência da Revolução de 25 de Abril de 1974, o dote foi revogado pelo Decreto-Lei nº. 496/77, de 25 de Setembro, por efeito do princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges²⁴⁰, que não tolera a superioridade do marido nem regimes especiais que pressupõem a inferioridade da mulher.

No Brasil, o dote está previsto na *Consolidação das Leis Cíveis* de TEIXEIRA DE FREITAS como regime optativo, dispondo-se que “*os bens dotaes são inalienáveis (e) não podem ser hypothecados pelo marido, ainda que a mulher consinta*”²⁴¹. Ademais, se esses bens “*se derem estimados ao marido, a mulher terá direito de credora privilegiada*”²⁴²; “*no regime dotal a fiança não obriga os bens, que pelo contracto pertencem à mulher. Esses bens ficarão sempre salvos*”²⁴³. Por isso, não admira que o Código Civil de 1916 tenha consagrado o regime dotal como supletivo²⁴⁴.

No entanto, também não surpreende que a sua escassa utilização e a consagração de um novo *status* familiar da mulher tenham determinado o seu afastamento no actual Código Civil que percorreu uma via semelhante à que fora seguida em Portugal. Observa-se, no entanto, a preocupação da proteger a família com o chamado *bem de família* consagrado nos dois Códigos Cíveis²⁴⁵. Trata-se, como se sabe, dum bem ou conjunto de bens afectados às necessidades familiares, que gozam de alguns privilégios²⁴⁶.

3.3.4 LEGITIMAÇÃO POR MATRIMÓNIO SUBSEQUENTE

Já nos referimos a este modo de legitimar um filho nascido fora da relação matrimonial.

Importa agora dizer que o Código Civil português de 1867 consagra esta figura, admitindo que “*o matrimonio legitima os filhos nascidos antes delle das pessoas que o contrahem*”, embora se foram “*reconhecidos pelos pães e mães no assento do casamento ou o foram no do nascimento dos mesmos filhos, ou em testamento ou escriptura publica, quer anteriores quer posteriores ao matrimonio*”²⁴⁷

O actual Código Civil deu um passo mais, dispondo que “*o casamento, ainda que putativo, legitima sempre, de pleno direito, os filhos que os contraentes hajam tido um do outro antes da celebração dele*”²⁴⁸. Ou seja, a filiação passou a operar automaticamente por efeito do matrimónio.

²⁴⁰ Cf. art. 1671º. do Código Civil

²⁴¹ Cf. art. 122º.

²⁴² Cf. art. 123º.

²⁴³ Cf. art. 133º.

²⁴⁴ Cf. art. 278º. e ss.

²⁴⁵ Cf. arts. 70º. a 73º. e 1771º. a 1722º., respectivamente, dos Códigos de 1916 e 2002.

²⁴⁶ V.g., são isentos de execução por dívidas posteriores, salvo as provenientes de tributos relativos ao prédio ou de despesas de condomínio. Cf. art. 1715º.

²⁴⁷ Cf. art. 119º.

²⁴⁸ Cf. art. 1873º.

Actualmente, por efeito da legislação de 1977 que pôs em prática as determinações da Constituição Portuguesa de 1976, desapareceu a referência a filhos ilegítimos²⁴⁹. E, em consequência, relativamente à mãe, a filiação dos filhos resulta do facto do nascimento²⁵⁰; e a paternidade dos filhos nascidos fora do casamento estabelece-se pelo reconhecimento²⁵¹ que pode efectuar-se por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação²⁵². E um dos modos de fazer a perfilhação é a declaração prestada perante o funcionário do registo civil²⁵³. Desapareceu, portanto, a legitimação por subsequente matrimónio.

Olhando para o direito brasileiro, o Código Civil de 1916 determina que “*criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos*”²⁵⁴. Consagra, portanto, a velha modalidade romana da legitimação *per subsequens matrimonium*. Modalidade que mereceu a Orlando GOMES as seguintes palavras: “*A legitimação por seguinte matrimónio, com ou sem reconhecimento, é forma consagrada em todas as legislações. No direito nacional não se admite outra, valendo independentemente de outro ato pelo qual reconheçam os cônjuges a prole anterior*”²⁵⁵.

Porém, o actual Código Civil afastou aquele regime, determinando que “*o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente*”²⁵⁶; e o reconhecimento poderá ser feito no registo do nascimento²⁵⁷. Portanto, o novo direito brasileiro não se afasta do actual direito português.

3.3.5 DIREITO DAS SUCESSÕES

3.3.5.1 VOCAÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE

Na época arcaica do direito romano, dominada pelo matrimónio acompanhado de *conventio in manum* que punha a mulher (*uxor*) na condição de filha (*loco filiae*) do marido (ou do sogro, se *paterfamilias*), a mulher era, como filha, herdeira do marido, integrando o primeiro grupo dos *heredes sui*²⁵⁸. Depois, a partir dos últimos

²⁴⁹ Vide ANTUNES VARELA, *Direito da família*, cit. 158-162.

²⁵⁰ Cf. art. 1796º. nº. 1.

²⁵¹ Cf. art. 1796º. nº. 2.

²⁵² Cf. art. 1847º.

²⁵³ Cf. art. 1854 al. a).

²⁵⁴ Cf. art. 229º.

²⁵⁵ Vide Orlando GOMES, *Direito de família*¹¹ (Editora Forense / Rio de Janeiro, 1999) 334.

²⁵⁶ Cf. art. 1607º.

²⁵⁷ Cf. art. 1.609º. I.

²⁵⁸ Vide Sebastião CRUZ, *Direito romano (ius romanum)* I. *Introdução. Fontes*⁴ (Ed. do Autor / Coimbra, 1984) 227-228.

séculos da República, foi-se impondo a prática do casamento livre (sem *conventio in manum*), no qual a mulher conserva a sua independência, mas deixa praticamente de ser herdeira do marido: tão-só o pretor lhe reservava um lugar no afastado 4º. grupo (*vir et uxor*) do *ius praetorium*²⁵⁹.

Para acautelar a mulher na sua eventual viuvez, o noivo doava-lhe alguns bens que, além de contribuíram para os encargos matrimoniais, proporcionavam-lhe a necessária subsistência após a morte do marido. Trata-se, nas palavras de Pietro BONFANTE, de um “*appannagio e un soccorso alla dona vedova*”²⁶⁰.

Na Idade Média, a independência patrimonial dos cônjuges não favoreceu a sua vocação sucessória na herança do outro e o direito português não foi indiferente: continuou a privilegiar o vínculo de parentesco. Nas Ordenações Filipinas, o cônjuge sobrevivente só aparece em quarto lugar, depois dos descendentes, ascendentes e colaterais²⁶¹. No entanto, esta posição de inferioridade sucessória foi depois atenuada pelo instituto do apanágio que, contemplando inicialmente a viúva com rendimentos anuais provenientes da casa do marido defunto²⁶², acabou por se estender ao marido.

É assim que o Código Civil de 1867 determina que “*o cônjuge que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido*”²⁶³; e estabelece ainda que “*os alimentos durarão, em quanto o alimentado deles precisar, ou não passar a segundas nupcias*”²⁶⁴. O apanágio continua a justificar-se porque, como nas precedentes Ordenações Filipinas, o cônjuge sobrevivente ocupa o quarto lugar na ordem da sucessão legítima do cônjuge falecido²⁶⁵. Onerando coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo (herdadas pelos herdeiros que ocupam uma das ordens anteriores), este direito representa tecnicamente um ónus real²⁶⁶ e não directamente um instituto sucessório²⁶⁷.

O actual Código Civil português conserva-o²⁶⁸, apesar de o cônjuge ocupar o primeiro lugar²⁶⁹, situação que não deixa de causar alguma estranheza, embora se possa justificar quando o quinhão de herdeiro legítimo seja exíguo e, portanto, insuficiente²⁷⁰.

²⁵⁹ Vide Sebastião CRUZ, *ibidem* 227.

²⁶⁰ Vide Pietro BONFANTE, *Corso di diritto romano I. Diritto di famiglia* (Attilio Sampaolesi Editora / Roma, 1925) 381 e 383.

²⁶¹ Cf. Ordenações Filipinas IV,94pr.; -IV,96pr. Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 197 e 205.

²⁶² Cf. § 7 do Decreto de 17 de Agosto de 1761 e o Decreto de 17 de Julho de 1778. Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 169-170.

²⁶³ Cf. art. 1231º.

²⁶⁴ Cf. art. 1232º.

²⁶⁵ Cf. art. 1969º.

²⁶⁶ Vide SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, cit. 97.

²⁶⁷ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 327.

²⁶⁸ Cf. art. 2018º.

²⁶⁹ Cf. art. 2133º.

²⁷⁰ Vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *o.c.* 326.

Quanto ao direito brasileiro, o apanágio manteve-se em vigor até 1916. O primeiro Código Civil não lhe dedicou uma disposição específica, mas não deixou de contemplar o cônjuge sobrevivente estabelecendo que “*o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos*”²⁷¹. Esta norma justifica-se sobretudo porque o cônjuge sobrevivente ocupa o terceiro lugar na ordem da vocação hereditária legítima²⁷².

O actual Código Civil mantém o direito recíproco à prestação de alimentos entre pais e filhos²⁷³ e determina ainda que este direito cessa “*com o casamento, a união estável ou o concubinato*”²⁷⁴. Como no direito português, também estas normas podem causar alguma surpresa com a elevação da vocação hereditária do cônjuge sobrevivente ao primeiro, segundo e terceiro lugares da ordem sucessória legítima²⁷⁵.

Também aqui, os direitos de Portugal e do Brasil caminham lado a lado.

3.3.5.2 O PRINCÍPIO *NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTASTATUS DECEDERE POTEST*

Já observamos que este princípio do direito romano só foi abandonado no direito português na sequência da Revolução liberal, através da doutrina que interpretou, em sentido diferente, uma disposição das Ordenações Filipinas que, para salvar os legados, determinou que se deviam considerar tacitamente instituídos herdeiros os filhos do testador²⁷⁶.

É agora tempo de olharmos para os Códigos Civis portugueses e brasileiros.

Antes, porém, do Código português de 1867, já a Lei de 9 de Setembro de 1769 afastou, no seu preâmbulo, a regra de que ninguém pode falecer em parte com testamento e em parte sem testamento. Portugal (o Brasil ainda era Portugal) abria-se à modernidade: doravante, era possível deixar legados sem instituir herdeiro e instituir herdeiro apenas numa parte da herança, coexistindo, portanto, herdeiros legítimos e legatários²⁷⁷ e herdeiros testamentários e legítimos. Por isso, não surpreende que os Códigos de 1867 e de 1966 tenham mantido o novo princípio²⁷⁸.

O Brasil percorreu também esta via, acolhendo a mesma solução²⁷⁹.

²⁷¹ Cf. arts. 397º. e 399º.

²⁷² Cf. art. 1603º.

²⁷³ Cf. art. 1696º.

²⁷⁴ Cf. art. 1708º.

²⁷⁵ Cf. art. 1829º.

²⁷⁶ Cf. Ordenações Filipinas, IV,82pr.

²⁷⁷ Vide COELHO DA ROCHA, *o.c.* 478-479; e ALMEIDA COSTA, *o.c.* 411.

²⁷⁸ Cf. arts. 1735º. e 2179º., respectivamente, do Código Civil de 1867 e do Código Civil de 1966.

²⁷⁹ Cf. arts. 1626º. e 1857º., respectivamente, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002.

4 CONCLUSÃO

O brevíssimo esboço que apresentamos permite afirmar, com segurança, que nos direitos de Portugal e do Brasil circula a mesma linfa jurídica que caracteriza a família jurídica luso-brasileira.

Unidos pela mesma História que nos identifica culturalmente, os nossos Países constituem uma Pátria sabiamente edificada e protegida pela ciência jurídica a que nos orgulhamos de pertencer.

Não deixamos de viver na mesma casa, seja em Portugal ou no Brasil. A cultura identifica-nos e a sensibilidade anima-nos; por isso, se nos afastamos, logo nos reaproximamos, porque a alma lusíada é um cimento indestrutível que nos une como um só Povo de Estados irmãos.

Somos assim, Portugueses e Brasileiros.

MOBBING ORGANIZACIONAL: UMA NOVA FORMA DE ASSÉDIO MORAL?

Amanda de Sousa de Saboya

Aluna da FA7, orientada pelo Prof. Ms. Paulo Rogério Marques de Carvalho
mandas__@hotmail.com

Sumário: 1) O meio ambiente de trabalho e a saúde numa perspectiva psicossomática. 2) O assédio moral. 3) Dano moral coletivo. 4) O assédio moral organizacional. 5) Formas de prevenção do mobbing organizacional. Considerações finais.

Resumo: Este trabalho analisa o impacto que o meio ambiente laboral provoca na saúde mental do trabalhador, sob o ponto de vista do *mobbing* organizacional: um novo conceito de assédio moral que vem sendo recentemente discutido pela doutrina e jurisprudência, principalmente após o reconhecimento da possibilidade de dano moral quando a vítima for a coletividade. Serão estudados as características e peculiaridades dessa perversão moral, como também os meios de repressão e prevenção.

Palavras-chave: Meio ambiente de trabalho. Assédio moral. Dano moral coletivo. Assédio moral coletivo.

INTRODUÇÃO

Com o apogeu da revolução industrial do século XVIII, cresceu a necessidade de criação de legislação que protegesse o proletariado das fábricas, que eram submetidos a condições desumanas de trabalho caracterizadas por longas jornadas sem direito a descanso, em um ambiente degradante, com alto risco de acidentes e recebendo uma remuneração miserável.

Desde essa época, tem-se lutado cada vez mais pela melhoria dos locais de trabalho, compreendido atualmente por um lugar equilibrado que não afete a saúde física e mental do empregado, sendo obrigação do empregador “[...] assegurar aos trabalhadores o desenvolvimento de suas atividades em ambiente moral e rodeado de segurança e higiene próprias da condição e dignidade de que se revestem [...]” (Cabanellas, 1968 *apud* Nascimento, 2004).

Foi a partir dos estudos sobre o impacto do meio ambiente de trabalho no psicológico das pessoas e a necessidade de sua tutela que passou a se conhecer a prática perversa do assédio moral.

Esse tipo de comportamento se distingue pela reiterada violência psicológica destinada a pessoa específica, com o objetivo de menosprezá-la, inferiorizá-la, desestabilizá-la para que esta se afaste do emprego.

Ultimamente, esse conceito vem evoluindo, e hoje se discute a possibilidade do assédio moral abranger não somente um indivíduo específico, mas toda uma coletividade, sendo essa nova visão denominada *mobbing* organizacional ou assédio moral coletivo. Entretanto, será que é possível uma coletividade ser vítima de assédio moral, uma vez que essa prática está ligada ao subjetivo da vítima através do dano que esta causa?

Este trabalho visa explorar essa nova figura do assédio moral coletivo. Começa com a análise do meio ambiente do trabalho e o seu choque na saúde na saúde psicossomática do empregado. Em seguida, serpa investigando o assédio moral, abordando as suas características e diferentes modalidades, e a discussão sobre a possibilidade do dano moral quando a sua vítima for a coletividade. Por fim, se aprofunda na análise do *mobbing* organizacional, destacando as suas peculiaridades, objetivos, meios de repressão e prevenção.

1 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A SAÚDE NUMA PERSPECTIVA PSICOSSOMÁTICA

Do ponto de vista etimológico, meio ambiente significa tudo aquilo que nos cerca, e pode ser classificado como: natural, que diz respeito ao solo, à água, ao ar, à flora e à fauna; artificial, que engloba o espaço urbano construído; cultural, que constitui a formação e cultura de um povo, atingindo a pessoa humana de forma indireta; e do trabalho, que está relacionado de forma direta e imediata com o ser humano trabalhador no seu dia-a-dia, na atividade laboral que exerce em proveito de outrem (Melo, 2006).

O art. 225 da Constituição Federal assegura a todos o direito a um meio ambiente equilibrado. Esse meio ambiente não se refere apenas ao meio ambiente natural (*stricto sensu*), mas a todas as suas modalidades, inclusive a do trabalho. Então, o que deve ser considerado por meio ambiente laboral equilibrado?

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, em seu capítulo sobre segurança e medicina do trabalho traz medidas de higiene e segurança para prevenir as doenças profissionais e os acidentes de trabalho. Cria também regras que objetivam propiciar um conforto mínimo no ambiente laboral.

Todas essas normas visam a incolumidade da saúde do trabalhador, que é um direito social do ser humano protegido constitucionalmente de acordo com o art. 6º. Antigamente, a saúde dos trabalhadores se caracterizava pela revelação do corpo como único ponto de impacto da exploração industrial (DeTouro, 1992). Esse aspecto de saúde, comparado com o de hoje em dia, é considerado limitado,

pois se sabe que o corpo não é mais o único alvo de abuso. Sobre tal aspecto, afirma Alice Monteiro de Barros que:

[...] quando se reconhece constitucionalmente o direito à saúde e ao ressarcimento de danos físicos, o que imediatamente se protege é a saúde como integridade psicofísica (art. 7º, XXVIII). Além de constitucionalmente garantida, ela é um direito fundamental. Até o século XIX, concebia-se a enfermidade como um fenômeno físico, mas atualmente ela é vista como um fenômeno psicossomático (2007).

A saúde não mais se restringe a um corpo saudável, mas também compreende a importância de uma mente sadia (conceito psicossomático), sendo uma obrigação do empregador garantir esse direito do cidadão trabalhador.

Logo, um meio ambiente laboral equilibrado deve ser

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores [...] (FIORILLO, 2000).

2 O ASSÉDIO MORAL

Com o fim da estabilidade decenal no emprego e o início do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) como meio de indenização ao empregado dispensado sem justa causa, a competição dentro dos ambientes de trabalho cresceu consideravelmente, uma vez que a estabilidade virou uma total instabilidade, não obstante a previsão do art. 7º I da CF/88.

Atualmente, a nossa sociedade sofre com o grave problema do desemprego em massa. Os trabalhadores não sabem mais por quanto tempo ainda permanecerão no serviço e, em decorrência dessa pressão diária, passam a viver em constante estresse.

A partir dessa visão de competição e medo presentes nos locais de trabalho, surgiu o que hoje é conhecido como assédio moral, que também pode ser chamado de *mobbing*, terror psicológico ou acoso psíquico.

Os estudos sobre o terror psicológico iniciaram nos campos da medicina e psicologia do trabalho (Melo, 2007) e tiveram contornos jurídicos principalmente com o declínio do Estado de Bem-estar Social e a prevalência dos princípios neoliberais que se caracterizam, no campo laboral, pela referida instabilidade do trabalhador na relação de emprego contemporânea.

Na verdade, essa figura do *mobbing* existe desde o início das relações de trabalho (Rufino, 2006), afinal, a discriminação, infelizmente, é algo inerente à cultura humana. O problema é a atual intensificação desse mal e ao mesmo tempo a sua banalização.

Esclarece a psicóloga Marie-France Hirigoyen (2002) *apud* Nascimento (2004) que

O assédio moral, no trabalho, é definido como qualquer conduta abusiva (gestos, palavras, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”

Com esse comportamento, o assediador possui diversos objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência (Barro, 2007). Ou seja, fazer com que o assediado se afaste daquele local de trabalho de um jeito ou de outro.

Para o acoso psíquico ser caracterizado, faz-se necessários alguns requisitos:

- a) a intensidade da violência psicológica, que deve ser grave do ponto de vista de um “homem médio”, pois existem pessoas que são mais facilmente afetadas e por isso essa intensidade não deve ser avaliada pela percepção subjetiva do indivíduo, mas sim pela concepção objetiva;
- b) um prolongamento no tempo, com condutas reiteradas que desestabilize psicologicamente a vítima. Se for algo esporso não configurará o terror psicológico;
- c) o objetivo de ocasionar um dano;
- d) a produção do dano. Existem autores que acreditam ser imprescindível a existência de um dano psíquico, mas há também outra corrente que acredita não ser necessário, bastando que essas condutas permanentes produzam na vítima um dano, que pode ser apenas moral. O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. A verificação do dano psíquico deve servir apenas como uma forma de aumento da indenização (Barros, 2007).

Tradicionalmente, tem-se classificado o assédio moral em três tipos. Há aquele que tem como base em uma relação de hierarquia, conhecido como *mobbing* vertical, que pode ser: descendente e ascendente. O *mobbing* descendente é o caracterizado pelas condutas de discriminação realizadas pelo superior hierárquico contra seus subordinados. Já o ascendente acontece de forma contrária, ou seja, é a violência psicológica que parte dos subordinados contra o seu superior. Há também o *mobbing* horizontal, no qual não existe relação de hierarquia entre as partes. É aquele praticado entre colegas de trabalho, altamente intensificado por conta da cultura de metas nas empresas. Observa Iñaki Piñuel y Zabala que “De maneira majoritária, os comportamentos de assédio têm origem em companheiros

de trabalho ou superiores hierárquicos. Raras vezes se produzem o assédio de tipo ascendente” (2002).¹

Por último, há o assédio moral organizacional, que vem sendo recentemente discutido e é o objeto desse artigo. Trata-se de um fenômeno muito comum no atual sistema de metas típico do neoliberalismo. Esse tipo de psicoterror é caracterizado pelo seu destinatário, que não é apenas um empregado isolado, mas toda uma coletividade.

Já se sabe que o terror psicológico pode trazer graves danos físicos e psicológicos às suas vítimas, como “depressão, palpitações, tremores, distúrbios do sono, hipertensão, distúrbios digestivos, dores generalizadas, alteração da libido” (Anonymus, 2004), que, em casos extremos, chegam a pensar, ou até mesmo tentam o suicídio. A tal respeito, Alice Monteiro de Barros afirma que “[...] o assédio moral no trabalho é um fator de risco psicossocial capaz de provocar danos à saúde da vítima, podendo ser considerada como doença do trabalho, equiparada a acidente do trabalho, na forma do art. 20 da lei 8.213/91” (2007).

O pior de tudo é saber que ainda não existe lei atualmente que puna essa prática perversa nas relações de emprego, embora existam algumas leis na administração pública que proíbem a prática do assédio moral e projetos de Lei em andamento. A CLT, em seu art. 483, apresenta diversos comportamentos do empregador que ensejam na rescisão indireta do contrato de trabalho e nos quais o *mobbing* pode ser perfeitamente enquadrado. Porém essa solução, em uma sociedade competitiva, com desemprego em massa, não resolve o problema e até favorece o assediador, pois o que ele deseja é se livrar da vítima. Autorizada a rescisão indireta, seu sonho estará realizado (Barros, 2007).

Essa omissão legal destrói um dos princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito, sendo este também o principal fundamento penalizador dessa prática: o princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com Regina Célia Pezzuto Rufino, “A conduta em estudo caracteriza-se pela perversão moral praticada, através de atos de humilhações, deboches, abusos, hostilidades, pressão e desprezo, por parte de um ofensor, a ponto de violar a dignidade da pessoa assediada” (2006).

É importante mencionar a diferença existente entre o assédio moral e o assédio sexual. Aquele visa desacreditar o empregado profissional ou socialmente, com o objetivo principal de fazê-lo se afastar do emprego, enquanto este visa a obtenção de um benefício sexual.

O assédio sexual se configura através de “[...] palavras, gestos ou outros atos indicativos do propósito de constranger ou molestar alguém, contra a sua

¹ De manera mayoritaria, los comportamientos de acoso tienen origen en compañeros de trabajo o superiores jerárquicos. Rara vez se producen.

vontade, a corresponder ao desejo do assediador, de efetivar uma relação de índole sexual com o assediado [...]” (Nascimento, 2004). Esse tipo de assédio é mais comumente praticado contra mulheres, mas nada impede que também sejam vítimas os homens.

É crime, previsto no art. 216-A do código penal brasileiro, *in verbis*: “Constranger alguém com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. No âmbito trabalhista, não se faz imprescindível que haja uma desigualdade hierárquica para a sua configuração, embora na maioria das vezes se constate essa característica.

3 DANO MORAL COLETIVO

A possibilidade de reparação por danos morais é um direito fundamental do homem, previsto no art. 5º, V e X da Constituição Federal e pode ser reclamado quando for constatada uma lesão a direito não-patrimonial tanto de um particular (dano moral individual, ou apenas dano moral), como de um grupo de pessoas (dano moral coletivo), pois “[...] se o indivíduo pode ser vítima do dano moral, não há por que não possa sê-lo a coletividade” (Bittar Filho apud Cahali, 2000).

Carlos Alberto Bittar Filho (apud Cahali, 2000) conceitua o dano moral coletivo como “[...] a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”.

Neste sentido, Raimundo Simão de Melo afirma que

[...] o dano moral coletivo, considerado *lato sensu*, atinge o direito de personalidade de caráter difuso, que tem como marcante a união de determinadas pessoas, **a comunhão de interesses difusos** [o destaque é nosso] e a indivisibilidade dos direitos e interesses violados, pois, quando ocorre um dano dessa natureza, atinge-se toda a coletividade de forma indiscriminada (2006).

Logo, ele pode ser enquadrado no art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85 (lei da ação civil pública), *in verbis*: “Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I ao meio ambiente; II ao consumidor; III a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; **IV a qualquer outro interesse difuso ou coletivo**; V por infração de ordem econômica e da economia popular; VI à ordem urbanística”.

Para a configuração do dano moral coletivo, não se faz imprescindível a demonstração de sofrimento psíquico, bastando a constatação da ofensa a seus direitos

de personalidade, pois o que se deseja proteger é a coletividade de modo objetivo, e não o reflexo do dano na subjetividade de suas vítimas (Melo, 2006).

É justamente pela finalidade da proteção da coletividade como um todo que os valores obtidos pelas indenizações por dano moral coletivo não se destinam individualmente a cada pessoa pertencente àquele grupo, mas aos cofres públicos, onde esses valores deverão ser revertidos em benefício da coletividade atingida (Cahali, 2000; Melo, 2006).

4 O ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

O terror psicológico sempre se caracterizou por ocorrer principalmente contra uma pessoa específica, dentro do ambiente laboral. Porém, hoje já se entende que essa prática também pode se manifestar de maneira coletiva, atacando todo um grupo de pessoas. O seu principal objetivo não é a exclusão dessas pessoas do quadro de empregados da empresa, assim como acontece no âmbito individual, mas o alcance ilimitado e incessante da produtividade a qualquer custo através da imposição da autoridade do empregador. Essa busca desmesurada por lucros cada vez mais extravagantes acaba por gerar um meio ambiente de trabalho instável e doentio, baseado na competitividade e na pressão psicológica injustificada.

Na caça pelos seus anseios, essas empresas muitas vezes utilizam-se de técnicas motivacionais que, ao invés de fazerem os empregados produzirem mais através de estímulos, acabam por provocar um verdadeiro terrorismo psicológico, empregando métodos primitivos e vexatórios de incentivo, como, por exemplo, a imposição de “brincadeiras” que expõe o empregado ao ridículo.

É o caso da empresa que realizava a eleição mensal do “empregado tartaruga” para designar aquele empregado que cometia atrasos no horário de entrada no serviço, ridicularizando-o perante os demais colegas de trabalho (TRT 15ª Reg., 029389/2001-ROS-2., 5ª TURMA, Rel. José Antonio Pancotti), ou o caso do vendedor que quando não atingia as metas de vendas estipuladas pela empresa, era obrigado a usar chapéu contendo a expressão “burro” durante reuniões, sendo motivos de risadas e humilhações (TRT 9ª Reg, Ac. 2ª T., DJ 20.09.02, RO nº 1796/2002, Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther).

Segundo Nehemias Domingos de Melo, esse

[...] nefasto instituto, diz respeito com ‘à motivação’ visando forçar os trabalhadores a atingir metas de vendas ou de produção muitas vezes inatingíveis. Assim algumas empresas têm adotado, de forma reiterada, prendas e castigos como forma de forçar os trabalhadores a atingirem

metas estabelecidas em seus cronogramas de produção. Normalmente a penalidade para aqueles que não atingem os patamares fixados, é a exposição vexatória perante os demais integrantes do grupo, tais como, vestir-se com roupas do sexo oposto, dançar ao som de músicas de conotação erótica, submeter-se ao corredor polônês, etc (2007).

No Brasil, os maus tratos sempre foram utilizados como forma de intensificação da produtividade dos trabalhadores. O assédio moral possui características específicas da nossa cultura organizacional, oriunda de um modo de produção escravocrata, com poderes e hierarquias fortemente autoritários (Aguilar, 2003).

A motivação deveria ser o impulso necessário para que os empregados alcançassem os seus objetivos. Deveria ser um estímulo positivo que levasse toda a coletividade a se sentir entusiasmada e com isso produzir mais. O que ocorre é que essa “motivação”, nesses casos, é deturpada e por isso deixa de ser algo positivo e passa a ser algo negativo, onde os empregados se propõem a atingir as metas impostas pela empresa por receio de humilhação. Ao invés do empregador incentivar, ele repreende, deixando a motivação de lado e se utilizando da coação.

Outra maneira de se configurar o *mobbing* organizacional é criação de regras abusivas na empresa que suprimam os direitos trabalhistas de seus empregados. Essas regras devem ser generalizadas a ponto de se difundir pela empresa, ou pelo menos por um setor, alcançando toda uma coletividade e sendo algo que integre a política organizacional dessa empresa. Segundo a procuradora regional do trabalho Adriana Reis de Araújo,

O assédio moral organizacional configura a prática sistemática, reiterada e freqüente de variadas condutas abusivas, sutis ou explícitas, contra uma ou mais vítimas, dentro do ambiente de trabalho, que, por meio do constrangimento e humilhação, visa controlar a subjetividade dos trabalhadores. O controle da subjetividade abrange desde a anuência a regras implícitas ou explícitas da organização, como o cumprimento de metas, tempo de uso do banheiro, método de trabalho, até a ocultação de medidas ilícitas, como sonegação de direitos (registro em Carteira de Trabalho, ausência do pagamento de horas extras, desconsideração ou pressão para a renúncia a estabilidade no emprego) ou o uso da corrupção e poluição pela empresa. De toda maneira, essa prática resulta na ofensa aos direitos fundamentais dos trabalhadores, podendo inclusive causar danos físicos e psíquicos às vítimas (2007).

É de se notar que esse *mobbing* organizacional tem por base as relações de hierarquia e muitas vezes se confunde com o poder diretivo do empregador. O empregador tem o direito de disciplinar o seu empregado no caso deste desrespeitar alguma regra da empresa, mas esse direito deve ser utilizado com bom-senso e de maneira razoável. “É o uso irregular do direito de comando, que configura o abuso de poder por parte do patrão, que, ao exercer seu direito de autoridade, acaba violando direitos sociais, individuais e fundamentais da pessoa do empregado” (Rufino, 2006). O exagero do poder diretivo por parte do empregador, se for reiteradamente, pode ensejar um caso de assédio moral. Mas nem todo dano causado pelo empregador será um caso de assédio moral, podendo configurar apenas um dano moral. O importante é saber quando o empregador excede a sua esfera de atuação passando a ferir a esfera moral de seus subordinados.

E é por ferir os direitos básicos de qualquer cidadão trabalhador, ofendendo a sua integridade e a sua dignidade tanto física quanto psíquica, com reflexos não só no ambiente de trabalho como também fora dele, que essas práticas devem ser reprimidas.

Pela ausência de legislação específica que puna essas condutas, esse assunto vem sendo constantemente debatido pela doutrina e pela jurisprudência. Nesses casos, tem-se utilizado como fundamento penalizador do assédio moral organizacional, alguns princípios constitucionais, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador e o dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), mas também o direito à saúde (art. 6º), mais especificamente a mental, e o direito a inviolabilidade da honra (art. 5º, X).

O *mobbing* organizacional é ato ilícito que pode ensejar na rescisão indireta do contrato de trabalho de acordo com o art. 483 da CLT. Por essa ser uma decisão muito limitada, que na verdade não pune o assediador, deve também haver uma reparação por danos morais coletivos, conforme o art 5º, V e X, da Constituição e os arts. 186 e 187 do Código Civil, de forma tal que seja capaz de punir severamente o assediador para que este não volte mais a praticar essas condutas dentro do ambiente de trabalho e que também repare o mal causado.

São legitimados ativos para essa ação de reparação de danos tanto as próprias vítimas, individual ou coletivamente, quanto os sindicatos e associações profissionais, e, principalmente, o Ministério Público do Trabalho em face de sua legitimação constitucional para a defesa da ordem jurídica e direitos sociais constitucionais, prevista no art. 127, e pela decorrência da natureza empregatícia da infração e lesão verificadas.

A competência material é da Justiça do Trabalho consignada no art. 114, VI da Constituição Federal (“Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;...”) e súmula 736 do STF (“Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas

trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”).

Entende-se que a competência funcional para essa ação pertence aos órgãos de primeira instância.

Desse modo, a competência originária para julgamento das ações coletivas, salvo a de Dissídio Coletivo de Trabalho, perante a Justiça de Trabalho, é das Varas do Trabalho, como juízos de primeira instância, nos termos da Lei n. 7.347/85 (art. 2º e parágrafo único) [...] (Melo, 2006).

5 FORMAS DE PREVENÇÃO DO MOBBING ORGANIZACIONAL

Melhor do que a reparação é a prevenção contra esse tipo de conduta, pois uma vez que os direitos de um empregado são lesionados, a reparação será apenas um meio de tentar minimizar o mal sofrido, e com a prevenção esse mal não ocorrerá, sendo, inclusive, um dos princípios do direito ambiental. Deve-se sempre buscar

[...] a adequação dos locais de trabalho mediante a eliminação dos riscos à saúde e integridade física e psíquica dos trabalhadores, o que, em regra, é possível *ex nunc*, mediante adoção de medidas coletivas e individuais. Quanto aos prejuízos *ex tunc*, especialmente em relação à saúde do trabalhador, não há, regra geral, possibilidade de reconstituição [...] (Melo, 2006)

pois já terá ocorrido o dano.

Como meio de prevenção contra essa violência, é função dos sindicatos fazerem campanhas que esclareçam e conscientizem os participantes de sua categoria sobre as características, modalidades e os efeitos do assédio moral organizacional, pois, como o seu “[...] papel é defender o assalariado, deveriam colocar entre os seus objetivos uma proteção eficaz contra o assédio moral e outros atentados à pessoa do trabalhador” (Rufino, 2006).

Deve haver também uma efetiva fiscalização desse meio ambiente de trabalho tanto por parte dos membros competentes do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho (Rufino, 2006), quanto por parte da CIPA Comissão Interna para Prevenção de Acidentes, uma vez que a depressão causada pela prática de *mobbing* organizacional poderá ser considerada acidente de trabalho atípico (art. 20 § 2º da L. 8213/91).

Será essencial para a erradicação desse mal é a participação ativa do empregador, que tem a obrigação de garantir que dentro de sua empresa essa prática não exista, pois por mais que ele não seja o assediador direto,

[...] o empregador tem responsabilidade solidária com o ofensor, quando este for o seu preposto ou funcionário. Esta responsabilidade é baseada na responsabilidade objetiva do empregador, não mais se aplicando a idéia do antigo Código Civil Brasileiro, onde se verificava se o empregador escolheu mal (culpa in eligendo), ou não vigiou de modo devido (culpa in vigilando), sobretudo após

a súmula n. 341 do STF: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Rufino, 2006).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *mobbing* organizacional é uma prática que já deveria ter sido abolida dos ambientes de trabalho, pois não traz somente danos para os empregados, coletivamente, como também ao empregador uma vez que essa coletividade sofrerá uma violência psicológica a ponto de se sentir desestimulada para o trabalho, passando a produzir cada vez menos, o que é contrário ao objetivo do assediador, que é o de fazer a produção aumentar cada vez mais.

Por ter contornos sutis, essa violência psicológica passa constantemente despercebida entre as pessoas, pois pensam se tratar de algo “normal”. Hoje em dia pode até ser algo comum dentro das empresas, mas a violência psicológica nunca deve ser vista como algo normal.

Pelos danos psicológicos e morais que esse mal pode trazer para o ser humano, é de suma importância que haja uma lei que regule esse comportamento punindo severamente o assediador, não somente financeiramente, mas também penalmente, pois a dignidade da pessoa humana é um bem jurídico que precisa ser tutelado, e a inércia do legislador faz com que a perversão moral se prolifere cada vez mais nos locais de trabalho.

Enquanto se espera, é imprescindível uma educação geral dos trabalhadores sobre esse assunto para que estes se conscientizem dos seus direitos e possam combater esse mal que arrasa a vida profissional e pessoal das pessoas a tanto tempo e em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, André L. S. *Assédio moral nas organizações: estudo de caso dos empregados demitidos e em litígio judicial trabalhista no Estado da Bahia*. Bahia, 2003. Dissertação (Mestrado) UNIFACS. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/biblio/MD_02.php>. Acesso em: 13 maio 2008.

ARAÚJO, Adriana R. de. *Assédio Moral Organizacional: um problema de todos!* Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. Brasília, 19 jun. 2007. Disponível em: <[http://www.anpt.org.br/biblio/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=13789&descricao=ar tigos](http://www.anpt.org.br/biblio/ler_artigos.cfm?cod_conteudo=13789&descricao=artigos)>. Acesso em 15 maio 2008.

BARROS, Alice M. de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

Cahali, Yussef S.. *Dano Moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DETOURO, Christophe. *A Loucura do Trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva 2000.

MELO, Nehemias D. de. *Assédio Moral: Individual e Coletivo*. Academia Brasileira de Direito. 23 maio 2007. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1154&categoria=Trabalho>. Acesso em 19 maio 2008.

MELO, Raimundo S. de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NASCIMENTO, Amauri M. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RUFINO, Regina C. P. *Assédio Moral no Âmbito da Empresa*. São Paulo: LTr, 2006.

ZABALA, Iñaki P. y. *Mobbing: Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Stander: Sal Terrae, [2002].

[Anonymus]. *Danos da humilhação à saúde*. Assédio moral no trabalho. jul. 2004. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/site/assedio/AMdanos.php>>. Acesso em 12 maio 2008.

ORGANIZATIONAL MOBBING

Abstract: This article focuses the impact of the labor environment on the worker's mental health, under the viewpoint of the organizational mobbing, a new concept of moral harassment that is now being discussed by legal experts, under the possibility of moral damages suffered by a group of workers. Several aspects are studied here: characteristics, peculiarities, means of prevention and repression.

Key words: Work environment. Moral harassment. Moral damages.

A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Anderson Laurentino de Medeiros

Aluno da FA7, orientado pelo Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
anderson_laurentino@yahoo.com.br

Sumário: 1) O contrato e a sociedade. 2) Conceituação e a função social dos contratos. 3) Normas incidentes na relação contratual. 4) Da cláusula rebus sic stantibus à Teoria da Imprevisão. 5) Revisão contratual. Considerações finais.

Resumo: O Estado, quando figura como sujeito de uma relação contratual, possui certas prerrogativas, que são inerentes à sua própria condição de supremacia. Dessa forma, os contratos regidos por normas de Direito Público deverão ser analisados com mais cautela, já que, nessa modalidade contratual, não poderão ser livremente utilizados determinados institutos largamente aplicados naqueles pactos celebrados entre particulares, e regidos por normas de caráter privado. Os princípios norteadores dos contratos tipicamente privados, como, por exemplo, o da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos e o da autonomia da vontade, deverão sofrer certa mitigação, tendo em vista os princípios que regem as atividades da Administração Pública, tais como o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e, também, o princípio da continuidade do serviço público. O interesse público deve sempre prevalecer sobre o interesse do particular, servindo de fundamento para reger as relações entre o ente público e terceiros.

Palavras-chave: Administração Pública. Supremacia. Teoria da Imprevisão. Contratos administrativos.

1 O CONTRATO E A SOCIEDADE

Não se pode fixar exatamente uma data específica para o surgimento dos contratos, mas pode-se afirmar que sua ocorrência se confunde com a própria evolução moral da humanidade, sendo qualquer estipulação de uma data ou período predefinido carecedora de validade científica (Gagliano e Pamplona Filho, 2006).

Mesmo nas épocas mais remotas, onde sua existência já era conhecida por todos, os contratos, assim como todos os atos jurídicos, já possuíam um caráter rigoroso e sacramental, momento em que o princípio da obrigatoriedade

dos contratos, conhecido pela expressão *pacta sunt servanda*, começa a ganhar contornos absolutos.

A sociedade atual é caracterizada por ser de massa, onde as pessoas são praticamente obrigadas a contratar. Isso leva ao afastamento daquela concepção que o contrato representaria uma exteriorização livre da vontade. Essa manifestação volitiva se resumiria, basicamente, em contratar ou não, como ocorre nos chamados contratos de adesão.

Cabe, assim, ao Estado intervir nas relações negociais sempre que os princípios que regem o negócio jurídico contratual forem desrespeitados.

Enfim, é indiscutível a importância dos contratos no mundo atual, sendo uma peça essencial no mundo capitalista, funcionando como um peculiar mecanismo para a circulação de riqueza do mundo moderno. Não se pode conceber a vida em sociedade sem a figura contratual, já que toda a vida do homem é acompanhada por ele.

2 CONCEITUAÇÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Importante salientar que o Código Civil brasileiro não traz qualquer definição de contrato, o que é digno de aplausos, tendo em vista que não é função precípua de um Código tratar de definições, deixando isso para os doutrinadores.

Diferentemente do ordenamento jurídico cível pátrio, o Código Civil Francês traz disposição expressa a respeito do que seja o contrato. Assim, o *Code Civil* dispõe, em seu art.1101, que “*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs s’obligent envers une ou plusieurs autres a donner, a faire ou a ne pas faire quelque chose*”¹. Ou seja, “O contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas obrigam-se para com um ou vários outros a dar, a fazer ou a não fazer algo” [traduziu-se].

O *Código Civil de la República Argentina* igualmente se preocupou com a definição dos contratos, e traz em seu art. 1137 tal definição. Assim, aduz o artigo supramencionado que “*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*”². Isto é, “Haverá contrato quando várias pessoas se põem de acordo sobre uma declaração de vontade comum, destinada a regular seus direitos” [traduziu-se].

Outro ordenamento jurídico que buscou incluir no bojo de suas normas uma definição da figura contratual foi o Código Civil Italiano. O *Código Civile Italiano*, em seu art. 1321, aduz que “*Il contratto è l’accordo di due ou più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”³. Ou seja, “O

¹ Disponível em: <<http://www.adagio.com.fr/consomed/FRCO0444.HTM>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

² Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar>>. Acesso em: 17 jul. 2007.

³ Disponível em: <<http://www.direzioneamministrativa.unile.it>>. Acesso em: 19 jul. 2007.

contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial” [traduziu-se].

Para Monteiro (2003, p.5), o contrato seria um “acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”. Dessa forma, a natureza constitutiva dos contratos aqui constatada é clara, e, em se tratando de um negócio jurídico, requer para sua validade a capacidade dos agentes, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e, ainda, que sua forma seja prescrita ou não defesa em lei.

Apesar do Código Civil não trazer uma disposição expressa daquilo que venha ser um contrato, procura limitar a atividade de contratar à sua função social. É nesse sentido que dispõe o art.421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” [Destacou-se]. Diante do que se expôs do mencionado artigo, pode-se constatar que existe uma garantia plena da liberdade de se contratar, desde que, contudo, haja o estrito respeito aos limites impostos pela função social dos contratos.

O sentido social que é atribuído aos contratos no atual diploma cível é uma das suas características mais marcantes, o que denota a prevalência dos valores coletivos em detrimento dos individuais, sem, contudo, suprimir o valor fundamental da pessoa humana. Dessa forma, aquela concepção individualista que prevalecia no Código Civil de 1916 vai ficando ultrapassada, não mais fazendo parte da nossa realidade social (Gonçalves, 2004).

Importante trazer o ensinamento de Pereira que, no que atine à função social dos contratos, preconiza:

A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são o da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social. (2004, p.14)

Nessa mesma linha, Santos (2002, p.29) expõe que:

[...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da idéia de função social. O contrato somente terá uma função social uma função pela sociedade quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio

meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade em suma, que o contrato seja socialmente justo.

Após o abandono daquela concepção estritamente individualista e, acima de tudo, materialista, adotada pelo ordenamento cível anterior, reflexo da sociedade patriarcal e conservadora que dirigia a nação naquele momento, o nosso Código Civil atual, com sustentação na dignidade da pessoa humana, e na superioridade do interesse social em detrimento de interesses particulares, busca na função social dos contratos um norteador da conduta humana, impedindo que qualquer estipulação contratual venha a suprimir direitos constitucionalmente protegidos.

3 NORMAS INCIDENTES NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Os contratos poderão ser regidos por normas de naturezas jurídicas distintas, dependendo daqueles que figurarem nos pólos da relação negocial. Dessa maneira, sendo a avença composta apenas por particulares, o negócio jurídico será regido por normas de Direito Privado. Agora, se em um dos pólos do pacto estiver o Estado, agindo com todas as características que lhe são inerentes, ter-se-á uma avença regida, preponderantemente, por normas de Direito Público, de caráter cogente e observância obrigatória.

3.1. CONTRATOS REGIDOS POR NORMAS DE DIREITO PRIVADO

No campo contratual, as pessoas são inteiramente livres para disciplinarem seus interesses mediante acordo de vontades. Tal liberdade inclui o direito de se contratar, com quem contratar e sobre o que contratar. Há a liberdade de estipular desde o conteúdo contratual, até mesmo a vontade de não contratar. É a expressão máxima do princípio da autonomia da vontade (Gonçalves, 2004).

Assim, importante se trazer à balia o que ensina Venosa, quando aduz:

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. (2004, p.389).

A liberdade, inerente à própria autonomia da vontade, pode ser determinada pela presença de três elementos básicos: 1) a própria liberdade de contratar, que é aquela onde a pessoa decide se quer ou não pactuar com outrem, não podendo ser forçado a celebrar um negócio jurídico, ressalvados obviamente aqueles casos de contratação obrigatória; 2) a liberdade de com quem contratar, que ocorre

mediante a escolha de com quem celebrar determinada avença; e 3) a liberdade de estabelecimento do conteúdo contratual, que se dá quando as partes decidem a respeito daquilo que se vai contratar.

Quanto à liberdade contratual, importante ressaltar que tal princípio não é absoluto. A própria evolução da sociedade nos impõe a celebração das mais diversas formas de contrato, o que relativizaria em parte a liberdade de se contratar ou não. A escolha da parte com quem se vai contratar também sofre restrições, já que quando se tratar da Administração Pública, cerne do presente estudo, há a predominância de certas prerrogativas em seu benefício, como se verá em momento oportuno. E, por fim, a estipulação do conteúdo contratual não se faz por mero alvedrio dos convenientes, pois se deve buscar sempre preservar a boa-fé e os limites impostos pela função social do contrato.

Celebrado o acordo, e, atendidos todos os requisitos necessários à sua validade, o ordenamento jurídico deve proporcionar meios para que esse negócio celebrado seja cumprido como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. Dessa forma, o contrato considerado válido e eficaz faz lei entre as partes. Isso é corolário direto da antiga expressão: *pacta sunt servanda*.

Os pactuantes, assim, ficam submetidos àquilo que fora contratado, devendo cumprir com suas obrigações na forma que fora estipulado. Por isso que nas relações contratuais regidas por normas de Direito Privado, prevalece, quase que com conotação absoluta, a obrigatoriedade do cumprimento da avença.

Assim como ocorre com todos os outros princípios do nosso ordenamento jurídico, o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser encarado de forma absoluta. Não se pode atribuir aos contratos a característica de imutáveis ou intangíveis, o que poderia claramente se tornar um forte instrumento de opressão econômica (Gagliano e Pamplona Filho, 2006). E uma das formas de suavizar os efeitos do princípio em estudo é justamente mediante a utilização de instrumentos que permitam, por exemplo, uma revisão de um contrato que teve seus termos alterados pela superveniência de algum evento imprevisto e imprevisível. Isso se dá através da aplicação da Teoria da Imprevisão, objeto desse estudo.

Mudanças imprevistas, portanto, que ocorram durante a execução do contrato, e que acarretem para uma das partes uma excessiva onerosidade, justificarão a revisão contratual com o objetivo de restabelecer a equação econômico-financeira da avença.

Da maneira que é garantido às partes a possibilidade de contratar, é também reservado o direito de escolha do conteúdo contratual, segundo os interesses dos convenientes. Agora, após a conclusão do pacto, o mesmo ordenamento jurídico que tem o condão de garantir a possibilidade de se contratar, estipulando-se ainda os termos da avença, tem a força de obrigar os participantes desse negócio jurídico a cumprirem com o que foi acordado, nos estritos limites do contrato. Uma vez respeitados os ditames legais, não podem mais as partes se escusarem

das consequências que advêm do contrato, assumindo todos os riscos inerentes à pactuação. Às partes, não existe mais nem a possibilidade de alteração unilateral do conteúdo da avença, salvo, obviamente, com a anuência da parte adversa. Não cabe, também, nem ao juiz, na figura de representante do Estado, se preocupar, por exemplo, com a severidade das cláusulas aceitas.

3.2. CONTRATOS REGIDOS POR NORMAS DE DIREITO PÚBLICO

Assim como aos particulares é atribuído o poder de conjugar suas vontades com o intuito de celebrar um negócio jurídico, com o Estado a situação não é diferente. Sendo pessoa jurídica e, portanto, apta a adquirir direitos e contrair obrigações, possui todos os elementos necessários que lhe permitem figurar como sujeito de uma relação contratual.

Contratos da Administração seria o gênero, do qual fazem parte os contratos privados da Administração Pública, e os contratos públicos, ditos administrativos. Os contratos privados seriam aqueles regulados por normas de direito privado, onde o Estado atua como se fosse um particular na relação jurídica negocial. Aqui, a Administração Pública atua no mesmo plano jurídico da outra parte, não lhe sendo atribuída qualquer vantagem especial. Um exemplo típico dessa modalidade contratual é o contrato de compra e venda firmado pelo Ente Público, na aquisição, por exemplo, de material de expediente. Por sua vez, os contratos administrativos, embora constituam também uma espécie do gênero contratos da Administração, são regulados por normas diferentes, de caráter cogente. Aqui, há a incidência de normas especiais de Direito Público, só sendo aplicadas as normas de Direito Privado de forma supletiva.

Nas precisas palavras de Carvalho Filho (2006, p.152), contrato administrativo seria um “ajuste firmado entre a Administração pública e um particular, regulado basicamente pelo interesse público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”. A partir dessa conceituação se pode extrair o entendimento no sentido de que, para um contrato ser considerado administrativo, não basta que em um dos pólos figure como sujeito contratual o Estado. Unido ao elemento subjetivo, destaca-se o objetivo, oriundo do fato que o contrato administrativo deve ter como objetivo maior a realização de um interesse público. Logo, o que vai diferenciar efetivamente os contratos administrativos das demais modalidades contratuais é justamente o regime jurídico dessa relação negocial, ou seja, é o conjunto de regras de direito que regulam essa relação jurídica, efetivada, aqui, pela realização do interesse público.

A Administração Pública, em todas as suas atividades, é norteadada por princípios que regulamentam as suas condutas, não podendo de forma alguma se esquivar da estrita obediência aos mesmos. Esses princípios podem ser

encontrados, inclusive, na Constituição Federal de 1988, que expressamente diz quais são esses princípios a que o ente público deve submeter seus atos. Veja:

Art.37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impeccabilidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também ao seguinte: [Destaques do autor]

Destarte, os contratos administrativos também devem ser submetidos a esses princípios, que, vale salientar, não são os únicos a serem observados, já que existem princípios não expressos que também devem ser invocados, tais como: o da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, o da continuidade do serviço público, dentre outros.

3.2.1. A PRESENÇA DAS CHAMADAS CLÁUSULAS EXORBITANTES

A presença das chamadas cláusulas exorbitantes é uma das principais características dos contratos administrativos. As cláusulas exorbitantes são aquelas que extrapolam, que excedem, que ultrapassam o padrão comum dos contratos em geral, a fim de consignar uma vantagem para a Administração Pública. Referem-se a certas prerrogativas da Administração que a colocam em situação de superioridade em relação ao particular contratado. Se essas cláusulas estivessem previstas em um contrato regido pelo direito privado, seriam cláusulas abusivas, ilícitas e, portanto, inválidas.

Pode-se identificá-las no art. 58 da Lei Federal n.º 8.666/93, abaixo colacionado *ipsis litteris*:

Art.58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por essa Lei confere à Administração, em relação à eles, a prerrogativa de:

- I. modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os interesses do contratado;
- II. rescindir-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art.79 desta Lei;
- III. fiscalizar-lhes a execução;
- IV. aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V. nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. [Grifos do autor]

Por fim, vale ressaltar, que o particular que contrata com a Administração Pública não se encontra completamente desamparado. O próprio ordenamento jurídico resguarda-o contra o arbítrio do Poder Público e o protege economicamente contra as exigências do ente público e dos prejuízos no caso de extinção do vínculo contratual. Se assim não fosse, o próprio Estado não encontraria ninguém que quisesse contratar com ele. Essa proteção poderá ser encontrada, por exemplo, no art.65, §6º da Lei Federal n.º 8.666/93, que assim dispõe:

Art.65. [...]

§6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. [Sublinhou-se]

4 DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* À TEORIA DA IMPREVISÃO

É mais comum do que se possa imaginar que um fato torne impossível a manutenção daquilo que se estabeleceu no contrato, acarretando às partes a adequação das regras aos eventos supervenientes.

Quando se busca estudar o instituto da imprevisão, se faz necessário uma “volta no tempo”, para que se possa entender passo a passo o seu surgimento, e, conseqüentemente, a sua evolução ao longo dos anos. A razão do seu surgimento pode ser atribuída ao fato de que a consciência de todo homem que reflete postula a exigência de um princípio regular, superior às contingências, que se encarregue de definir a harmonia social na sua essência e indicar os meios de atingi-la:

O estudo da moderna Teoria da Imprevisão tem-se revelado através dos tempos atraente, cativante e desta forma sempre se revestiu de inovação e é certo que a novidade foi continuamente uma proposição encantadora, tormentoso problema de inacessível simpatia do homem, a ponto de aspirar que retrocedam os ponteiros do relógio das obras humanas, para que nelas se crie crosta, como alça de mira que arremesse nos faustos da história, o seu feito pessoal. (Oliveira, 1991, p.31)

Como já abordado, assim como se possibilita às partes escolher o conteúdo da avença, e até mesmo o modelo de contrato a ser celebrado, é imposto a cada contraente a sujeição aos seus termos.

A força obrigatória dos contratos fundamenta-se na regra de que o contrato faz lei entre as partes, que recebe a denominação clássica de *pacta sunt servanda*, determinando que os contratos devam ser cumpridos.

No entanto, para a correta execução das obrigações contratuais exige-se, muitas vezes, que aquelas condições inicialmente constatadas perdurem até a extinção regular do acordo, que se dá mediante o cumprimento por ambas as partes daquilo que lhes cabia na avença. Os infortúnios, embora sejam imprevisíveis no seu momento, são claramente previsíveis na sua existência, isto é, não se sabe quando algo pode acontecer (como por exemplo uma tempestade), mas se pode cogitar da possibilidade do mesmo subsistir.

Situações podem existir que impossibilitem, total ou parcialmente, uma das partes no regular cumprimento do que fora acordado inicialmente, tornando tal prestação excessivamente onerosa para qualquer dos contratantes. Deve-se, assim, resguardar a parte prejudicada, garantindo-lhe meios suficientemente capazes de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em questão, o que por si só já relativizaria o princípio da obrigatoriedade dos contratos. E é justamente nessa seara que há a atuação da Teoria da Imprevisão.

Por muitos anos, pela influência, sobretudo dos tribunais eclesiásticos, admitiu-se pacificamente, como subentendida nos contratos que tivessem dependência do futuro, a chamada cláusula *rebus sic stantibus*⁴. A partir de tal cláusula, nos contratos de trato sucessivo ou a termo, o vínculo obrigatório se entendia subordinado à continuação daquele estado de fato vigente ao tempo da estipulação.

Contudo, em que pese o conteúdo oriundo de tal preceito, a cláusula *sub examine* passou anos no mais completo esquecimento, ressurgindo especialmente após a Primeira Grande Guerra Mundial, e os movimentos sociais que assolavam a época, como abordados na introdução do presente estudo. Durante esse período, houve profundas alterações na base contratual, causando forte impacto nas relações contratuais de longo prazo, celebradas anteriormente ao grande conflito. Na França, assim, procurando solucionar os problemas surgidos oriundos da guerra, foi editada a chamada Lei Faillot. A partir desse instrumento, garantiu-se que os contratos firmados desde 1º de agosto de 1914, afetados por situações imprevisíveis, pudessem ser resolvidos. Tal mandamento legal ressuscitou a antiga cláusula *rebus sic stantibus*, esquecida com o passar dos séculos, que serve como fundamento para a Teoria da Imprevisão, objetivo desse estudo. Tal cláusula estipulava que nos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida, as condições existentes no momento da celebração do pacto deveriam permanecer até o fim do vínculo obrigacional.

⁴ A denominação dessa cláusula resulta de uma abreviação da norma: *contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*.

4.1. A FINALIDADE PRECÍPUA DA IMPREVISÃO

Atualmente, a Teoria da Imprevisão possibilita aos operadores do direito a revisão de contratos cujas prestações se protraem no tempo, sempre que novas circunstâncias alterem de maneira exagerada a situação de fato existente à época em que foi assinado o contrato, de forma a tornar extremamente onerosa a execução da avença para uma das partes contraentes.

Seguindo os ensinamentos de Donnini (2001), a Teoria da Imprevisão teria como objetivo maior possibilitar a revisão contratual, e não, sua resolução, como alguns podem achar. Isso não quer dizer, contudo, que a parte lesada não possa pleitear a resolução do pacto, pois se a continuidade lhe for absolutamente insuportável nada obsta a opção por essa via. Todavia, deve-se priorizar a manutenção do contrato, que nessas situações pode ser conquistada mediante a reestruturação da balança econômico-financeira do acordo. Seria uma busca por mecanismos que tornem as prestações suportáveis e, acima de tudo, “cumpríveis”.

Invoca-se a aplicação da Teoria da Imprevisão com o escopo de impedir que certas circunstâncias imprevisíveis, subseqüentes à formação do pacto, prevaleçam, tornando-o extremamente oneroso, inviabilizando a um dos pactuantes a sua fiel adimplência. Portanto, nessas relações deve prevalecer o bom senso, ao ponto de não imputar à parte adversa uma situação que lhe reduza todas as suas possibilidades. Sua invocação consubstancia uma forma de tornar relativo o absolutismo da regra *pacta sunt servanda*, abordada no capítulo precedente.

Destarte, a Teoria da Imprevisão pode ser concebida como uma espécie de remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual, tendo em vista fenômenos que ocorrem no campo extracontratual, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento, de sorte a fazer nascer uma lesão que poderá causar prejuízos irremediáveis àquele que se disponha a cumprir a obrigação assumida.

Ex positis, pode-se aduzir que tal teoria é, acima de tudo, um remédio jurídico incidente em situações extracontratuais aplicável excepcionalmente, destinando-se à revisão ou, em casos extremos, à extinção da avença. Para a sua aplicação há de ser identificado como elemento principal o acontecimento imprevisível, considerado este como aquele situado fora do campo de percepção das partes. Esse acontecimento deverá trazer profunda alteração na base negocial, acarretando uma dificuldade extrema no cumprimento da prestação.

É concedida ao juiz a faculdade de rever o contrato sempre que eventos imprevisíveis modificarem profundamente as circunstâncias em que o vínculo obrigacional havia se formado, acarretando o desequilíbrio bem como a onerosidade excessiva.

Essa teoria visa, portanto, a flexibilização do princípio da intangibilidade contratual e busca o restabelecimento da comutatividade, ou seja, o equilíbrio das prestações, por intermédio de intervenção judicial que tem por finalidade a revisão do contrato. (Mereniuk, 2006, p.240)

4.2. A MORAL E A BOA-FÉ COMO FUNDAMENTOS DA IMPREVISÃO

A moral e a boa-fé são elementos que devem reger toda e qualquer relação contratual. A moral está diretamente ligada aos bons costumes, a adoção de condutas conforme à justiça e à honestidade. Exigir que os convenientes atuem de acordo com a moral, é exigir, no mínimo, um comportamento decente, respeitador de determinados preceitos.

O credor não deve utilizar dos seus direitos inerentes à obrigação assumida de forma a reduzir as possibilidades da parte adversa. Deve haver sempre um sentimento de extrema justiça, desde o momento da celebração da avença, até o seu cumprimento. A exigência de equidade nas prestações assumidas tem esteio na própria moral. A satisfação absoluta exige o respeito fiel das convenções nas condições fixadas.

A boa-fé, por sua vez, deve ser invocada em todas as relações humanas. Na seara contratual, aplica-se a boa-fé a todas as espécies, sendo considerada essencial para a validade dos contratos. O respeito à fé prometida não é só uma necessidade decorrente de princípios, como por exemplo, o da segurança jurídica, ou da supremacia da ordem pública.

A boa-fé e a moral são elementos que reforçam a idéia que um contratante não pode se valer da ocorrência de um fato imprevisível que tenha afetado profundamente as condições pactuadas, para enriquecer ilicitamente, e assim submeter à parte contrária a condições de extrema onerosidade. Não se podem prever todas as situações durante o *iter* contratual. Toma-se, então, a boa-fé e a moral como uma ferramenta de restabelecimento das condições avençadas, como forma de buscar a melhor maneira de cumprir aquilo que fora acordado.

4.3. *PACTA SUNT SERVANDA X REBUS SIC STANTIBUS*

Tanto o *pacta sunt servada*, como a cláusula *rebus sic stantibus*, que anteriormente eram considerados de forma isolada, hoje em dia são concebidos como correlatos e incentivadores diretos para a celebração de contratos.

É obvio que não haveria qualquer razão que ensejasse a celebração de contrato se não houvesse mecanismos eficazes que buscassem assegurar o cumprimento das obrigações assumidas. Em contrapartida, devem-se garantir meios suficientemente idôneos que protejam as partes contra certos eventos exógenos à relação contratual que afetem profundamente os termos do acordo,

evitando que um dos contratantes sucumba ao ponto de não conseguir cumprir com suas obrigações.

Refere-se aqui ao princípio do *pacta sunt servanda* e da cláusula *rebus sic stantibus*, que atuando conjuntamente influenciam no adimplemento obrigacional.

Se é certo que o contrato faz lei entre as partes (princípio do *pacta sunt servanda*), não é menos correto que os fatos que surgem à margem da lei devam ser tratados também de forma diferenciada. Já que não existe a possibilidade de se prever todas as situações, é preciso utilizar equilibradamente o bom senso para buscar solucionar determinadas situações que por motivos externos à convenção, tenham-na afetado consideravelmente.

Partindo desse ponto, se se considerar como definitivamente aceito que o benefício contratual deve atingir ambas as partes, ou seja, não se pode admitir que haja benefícios somente a um dos convenientes em detrimento da parte adversa, teremos que nos render à evidência irrefutável de que diante da ocorrência de eventos que gravitam em plano da excepcionalidade, supervenientes à celebração do vínculo contratual, para qual nenhuma das partes tenha contribuído, ter-se-á em mãos uma vicissitude que merecerá uma decisão fundada numa exceção. Nessa caso, se estará invocando um juízo de imprevisibilidade, como *remedium iuris*, para solucionar situações extravagantes.

A segurança pregada pelo *pacta sunt servanda* não pode ser mais considerada um princípio absoluto, em face justamente da invocação do preceito provindo da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a ruptura das convenções, uma vez verificando que, na sua execução, pela mudança das condições inicialmente existentes, um dos contratantes possa levar o outro à ruína.

Comprova-se a harmonização dos princípios *sub examen*, que em momento algum conflitam ou se chocam, direcionados para um mesmo fim: a aplicação de uma justiça comutativa.

Borges (2002, p.142), nesse sentido, aduz brilhantemente:

Então, à luz da boa-fé e da equidade fundamentos indispensáveis em todas as relações jurídicas, é suficiente a conjugação das duas expressões, com simples acréscimo da conjunção adversativa latina *sed*. Neste caminhar, teríamos: *pacta sunt servanda sed rebus sic stantibus*, que equivale a “o contrato faz lei entre as partes, *mas* desde que mantidas as condições iniciais da contratação”.

5. REVISÃO CONTRATUAL

O escopo principal do contrato é ser cumprido. Não há motivos para a manutenção prolongada do vínculo contratual. As partes convencionam o acordo, combinam o adimplemento de suas obrigações, e, subseqüentemente, extingue-se

o pacto. Segundo Gonçalves (2004, p.154), “os contratos, como negócios jurídicos em geral, têm também um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os efeitos que lhe são próprios e extinguem-se”.

Alcançada a finalidade precípua que ensejou a criação da relação obrigacional, extingue-se a avença. Ele nasce para um dia ser extinto, o que denota seu caráter temporal:

Ao contrair uma obrigação, ao engendrar um contrato, as partes têm em mira, desde o início, a possibilidade de seu término, ainda que não se fixe *a priori* um prazo para o cumprimento. O vínculo contratual, quando o bojo de suas obrigações atinge o desiderato, desfaz-se. (Venosa, 2004, p. 513).

Contudo, podem sobrevir fatos que inviabilizem o cumprimento do contrato por motivos alheios à vontade das partes, ocorrendo o que se chama de inexecução contratual. Caso essa inexecução seja total, resolve-se o contrato. Agora, caso haja a possibilidade de prosseguir com a avença, reajusta-se os termos do contrato reestruturando as condições dantes pactuadas. Isso é o que acontece no caso da revisão contratual por onerosidade excessiva, onde o princípio consagrado do *pacta sunt servanda* cede lugar ao princípio da revisão contratual.

A revisão contratual encontra fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, que se considera ínsita aos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida. Através da cláusula em destaque se presume que as condições acertadas inicialmente vão perdurar durante todo o contrato, até o momento da sua execução.

Como explanado, a cláusula em questão deu origem a chamada Teoria da Imprevisão, objeto do presente estudo. A aplicação dessa Teoria teria a função de proporcionar a revisão contratual, buscando o restabelecimento ou a continuidade do equilíbrio nas relações negociais. Nos dizeres de Fonseca:

Procura ela investigar, em síntese, se é justo, e em que termos, admitir a revisão ou resolução dos contratos, por intermédio do juiz, pela superveniência de acontecimentos imprevistos e razoavelmente imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo, e que alterem o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes. (1958, p.19).

5.1. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

É importante consignar que não basta a simples vontade para a aplicação da Teoria da Imprevisão. Mister se faz a observância de uma série de requisitos. Quando se trata da aplicação da Teoria aos contratos administrativos, exige-se uma maior cautela. A liberdade nessa modalidade contratual é bem mais mitigada, em face da supremacia do interesse público.

Segundo os ensinamentos de Borges (2002), os pressupostos considerados indispensáveis para a aplicação da Teoria da Imprevisão são: execução diferida, imprevisibilidade, ausência de estado moratório, lesão virtual, essencialidade, inimputabilidade, excessiva onerosidade e extrema vantagem. Passa-se agora a discorrer sobre cada um dos pressupostos mencionados.

A Teoria da Imprevisão deve ser aplicada àqueles contratos de execução diferida⁵ ou trato sucessivo⁶, não encontrando espaço nos contratos de execução imediata ou instantânea⁷.

A restrição aos pactos de execução imediata é perfeitamente compreensível e aceitável, com base na exigência de que para o surgimento ou não do fenômeno de exceção é indispensável o decurso de um certo tempo, que os de execução imediata não possuem. Neste contexto as partes cumprem suas respectivas obrigações ao mesmo tempo. (Borges, 2002, p.299).

Em relação à imprevisibilidade, essa pode ser identificada, inicialmente, por exclusão. Se a previsibilidade decorre a partir da identificação de um fato certo e provável, por via inversa, o fato incerto e improvável representaria a imprevisão. No caso de um fato inexistente no momento da celebração da avença, vindo a ser revelado, contudo, mais tarde, deve ser considerado imprevisível, ensejando pedido de revisão contratual. Nesses casos, o elemento imprevisível produz efeitos consideravelmente tão fortes que acabam comprometendo a base negocial do pacto.

Como consignado em momento anterior, os infortúnios, embora sejam imprevisíveis no seu momento, são claramente previsíveis na sua existência, isto é, não se sabe quando algo pode acontecer (como por exemplo, uma tempestade), mas sabe-se da possibilidade do mesmo subsistir. Além da necessária ocorrência de evento superveniente e alheio à vontade das partes, faz-se necessário que ele modifique as condições inicialmente acordadas de modo que haja uma extrema dificuldade de adimplemento para uma, ou ambas, as partes.

O terceiro pressuposto proposto por Borges para a aplicação da Teoria da Imprevisão é a ausência do estado moratório. Situações podem existir que, mesmo presente todos os requisitos necessários para a aplicação da Teoria da Imprevisão, mesmo assim não poderá haver sua invocação. Isso se dá quando a obrigação a ser cumprida se encontrar em estado moratório, isto é, a obrigação já tenha atingido e ultrapassado a data de cumprimento. Dessa forma, aquele que procura

⁵ Contratos de execução diferida são aqueles que devem ser cumpridos através de um só ato, mas em momento futuro. O adimplemento da obrigação não se dá logo após a formação do vínculo contratual, mas a termo.

⁶ Contratos de trato sucessivo, ou também chamados de execução mediata, são os cumpridos mediante prática de atos reiterados, como ocorre nos casos de compra e venda a prazo.

⁷ Contratos de execução imediata ou instantânea são aqueles que se consumam em um só ato, sendo cumpridos logo após a formação do vínculo, como exemplo, os casos de compra e venda à vista.

abrigo na Teoria da Imprevisão para excepcionar a regra do *pacta sunt servanda* deverá fazer antes do vencimento obrigacional. Importante deixar claro que isso é a regra. A exceção se dá nos casos de a mora surgir após a imprevisibilidade. Nessa hipótese, a superveniência de algum fato alterador da base negocial surge antes da ocorrência do estado moratório, o que mantém o direito do devedor de pedir a modificação dos termos da avença.

O quarto pressuposto é a lesão virtual. A lesão virtual é também conhecida na doutrina como lesão subjetiva ou iminente. A presença desse requisito é indispensável para que se completem as exigências necessárias para a invocação da Teoria em tela. A lesão virtual pode ser configurada naqueles casos em que surge uma dificuldade extrema de adimplemento. Vale ressaltar que a lesão aqui tem que ser iminente, potencial, ou seja, que ainda não tenha ocorrido.

O quinto pressuposto defendido por Borges é a presença da essencialidade. A essencialidade é identificada quando a ocorrência dos fatos atinjam àqueles elementos considerados essenciais no pacto. Assim, exigir o fiel cumprimento das obrigações assumidas em um contrato que tenha a sua base negocial profundamente afetada, seria atentar contra os princípios da boa-fé e da equidade.

O sexto requisito acima relacionado é o concernente à inimputabilidade. Segundo Borges:

Há de existir, de forma incontestada, a negativa de autoria do fato alterador das circunstâncias em que as partes fundaram suas vontades de contratar, gerador da lesão virtual ou extinção da base negocial, por via de ação ou omissão atribuível àquele que dela pretenda se valer. (2004, p.321)

Destarte, o acontecimento alterador da estrutura contratual não pode ter sido provocado por quem invoca a aplicação da imprevisibilidade. Ocorrido o evento modificador, sendo esse reconhecidamente imprevisível, não poderá haver imputabilidade desse fato àquele que pretende fazer uso desse remédio de exceção.

E por último, Borges enumera como pressuposto de aplicação da Teoria da Imprevisão a existência de uma excessiva onerosidade e extrema vantagem. Faz-se necessário que a superveniência de fato imprevisível e alheio à vontade das partes altere profundamente as bases do negócio jurídico celebrado, ocasionando uma onerosidade excessiva para uma das partes, em detrimento de uma vantagem exagerada para a parte adversa. São requisitos que devem ser observados concomitantemente.

5.2. A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos contratos administrativos, como já consignado, há a prevalência de uma série de prerrogativas por parte da Administração Pública que tornam a aplicação da Teoria da Imprevisão mais mitigada. Diferentemente do que ocorre

nas relações contratuais celebradas entre particulares, a liberdade de atuação sofre considerável atenuação.

Convém trazer à baila o que preconiza Cunha:

[...] apesar de estar pacificada a aplicação da teoria da imprevisão, vale ressaltar que contratar com o Estado detentor de múltiplas possibilidades da intervenção não é como contratar com um agente privado. Afinal, o contrato administrativo é tipificado pela participação da administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste, e conseqüentemente, a faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes ao direito comum. (1995, p.43-44)

Destarte, semelhantemente como ocorre naqueles modelos contratuais regidos por normas eminentemente de Direito Privado, nos contratos administrativos poderá ser invocada a aplicação da Teoria da Imprevisão quando, no curso do contrato, sobrevierem eventos excepcionais e imprevisíveis que subvertam a equação econômico-financeira do pacto. Assim, durante a execução de contratos, em especial daqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originariamente previstas. Executar a prestação nos exatos termos inicialmente previstos acarretaria sua ruína, com o enriquecimento correspondente da outra parte.

O elemento característico da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos é a presença da chamada álea econômica, que, pela sua natureza extraordinária, excede os riscos normais admitidos nesse negócio jurídico.

Carvalho Filho (2006, p.178) preconiza, *ipsis litteris*,

O efeito da teoria da imprevisão calca-se em duas vertentes. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de modo nenhum, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte, terá esta direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido. [Grifo do autor].

Para se identificar a extraordinariedade da álea econômica, é necessária uma análise segundo um prisma da razoabilidade.

Quanto à álea ordinária e extraordinária, como visto acima, a imprevisão só é aplicada a essa última. Colaciona-se os ensinamentos de Justen Filho alusivos à extraordinariedade da álea contratual.

A distinção entre ordinariedade e extraordinariedade se relaciona com a probabilidade da ocorrência dos eventos. O critério diferencial não é a mera possibilidade do evento, o que tornaria inútil tal distinção: todo evento possível seria previsível e, por isso, integraria a álea ordinária. Logo, comporiam a álea extraordinária apenas os eventos impossíveis, os quais nunca ocorreriam por sua própria definição. (2006, p.304).

No Direito Privado, há a prevalência da disponibilidade da vontade das partes. Dessa maneira, as questões relacionadas à manutenção do equilíbrio dos contratos encontram soluções mais fáceis do que as verificadas no âmbito público. Em nome da cláusula *rebus sic stantibus*, verificando-se fatos imprevisíveis e que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve ser promovida a recomposição de modo a restabelecer o seu equilíbrio inicial.

Já nos contratos administrativos, os mecanismos e instrumentos de reestruturação dos termos da avença devem estar expressamente previstos nos instrumentos contratuais e em lei. A grande dificuldade consiste exatamente no fato de que é praticamente impossível aos contratos e à lei estabelecerem as situações em que ocorrerá o desequilíbrio contratual e, sobretudo, indicarem as soluções a serem adotadas para recompor esse equilíbrio.

Segundo Furtado,

[...] admitir a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos fora das circunstâncias definidas em lei, vale dizer, aceitar a recomposição de preços nos contratos a todo tempo e modo, na hipótese de o contratante apenas demonstrar alterações na relação econômico-financeira, seria negar qualquer sentido ao instituto da licitação e premiar o licitante que, por má-fé ou inépcia empresarial, apresentou proposta que, com o tempo, revelou-se antieconômica. (2007, p.378).

O art.65, inciso II, “d”, da Lei Federal n.º 8.666/93 vem garantindo a possibilidade da aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos. Senão note-se:

Art.65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I *omissis*

II por acordo das partes:

[....]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

Segundo o dispositivo acima, para que haja a correta aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos, mister se faz também a observância de alguns requisitos, a saber: a superveniência de fatos imprevisíveis alheios à vontade das partes, ou no caso de previsibilidade, que tenham consequências

incalculáveis; que tais fatos sejam estranhos à vontade dos pactuantes; sejam os fatos inevitáveis; e que afetem profundamente o equilíbrio contratual.

Apesar dos contratos administrativos estarem salvaguardados por uma série de prerrogativas inerentes ao ente público, não se pode, sob o pretexto de garantir a efetivação de princípios como o da supremacia do interesse público, ou da continuidade do serviço público, submeter o contratante a situações degradantes. O elemento boa-fé deve prevalecer durante todo o *iter* negocial, não podendo o particular suportar um ônus excessivamente oneroso por algo que não lhe pode ser imputado. Assim, em havendo alterações profundas na base contratual, é garantido à parte lesada recorrer ao Judiciário para a reestruturação dos termos da avença. Essa garantia é decorrente da própria lei, como se pode subtrair do dispositivo supramencionado.

É importante consignar, por fim, que o interesse em reestruturar a equação econômico-financeira do contrato é da Administração Pública. Caso o contratado tivesse que arcar com todas as conseqüências oriundas da relação negocial, haveria a necessidade de se formular propostas bem mais onerosas para o ente público. Torna-se muito mais vantajoso para o Estado contratar a partir das propostas mais econômicas, e, no caso da superveniência de algum infortúnio inimputável às partes, haver divisão dos encargos originados daí.

É natural que, em uma relação contratual, o particular procure o lucro. Contudo, a Administração Pública, diferentemente, tem por escopo maior a satisfação do interesse coletivo. Destarte, o ente público deve atuar em seus contratos de forma a respeitar os princípios basilares que regem as relações contratuais, não submetendo o particular a situações degradantes em detrimento de benefícios econômicos suplementares.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Imprevisão surge como um mecanismo eficiente para recompor a base negocial. Seja servindo de fundamento para a revisão contratual, mantendo válido o contrato, ou, ainda, resolvendo o negócio jurídico, desfazendo o vínculo inicialmente firmado.

É claro que quando se trata daquela espécie de contratos firmados somente entre particulares, regidos por normas eminentemente de Direito Privado, as partes possuem uma certa liberdade para atuarem dentro da relação. A disponibilidade dos bens em questão se torna mais evidente. A invocação da Teoria da Imprevisão se torna mais fácil, mais livre, sendo inúmeras as possibilidades de se utilizar dessa ferramenta. Agora, no que concerne aos contratos administrativos, entendidos esses como aqueles em que em um dos pólos da relação contratual se encontra a Administração Pública, atuando na qualidade de ente público, com todas as

prerrogativas que lhe são pertinentes, tendo em vista sua condição de superioridade na relação, a situação sofre severas mudanças.

Nessa modalidade contratual, a liberdade de atuação das partes sofre grande mitigação. E isso ocorre por diversos fatores. Dá-se, por exemplo, porque a Administração Pública é regida por uma série de princípios, como o da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, o princípio da continuidade do serviço público, dentre outros. Destarte, quando o particular se envolve em uma relação negocial com o Estado, deve respeitar uma série de normas, que na grande maioria das vezes, privilegiam o ente público.

A aplicação da Teoria da Imprevisão nas avenças administrativas só deve ser permitida naqueles poucos casos em que a própria lei expressamente consente. Não se pode deixar ao mero alvedrio das partes a liberdade de decidirem sobre esses pontos. Se todo contrato tem que cumprir a sua função social, com os contratos administrativos não é diferente. Há ainda um agravante, que é justamente os efeitos produzidos pelos contratos, que no caso dos contratos administrativos atinge até mesmo aqueles que não participaram diretamente do negócio jurídico. A liberdade nos contratos regidos por normas de Direito Público sofre considerável atenuação, tudo isso em detrimento de princípios de ordem cogente, que quando comparados com os interesses particulares, devem prevalecer.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade mecum acadêmico de direito*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BORGES, Nelson. *A teoria da Imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CUNHA, Thadeu Andrade da. *A teoria da imprevisão e os contratos administrativos*. Revista de direito administrativo. N.º 201 jul./set. 1995.

DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: contratos*. 2. ed. Vol. IV. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Vol.III. São Paulo: Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MERENIUK, Ruy Orlando. *Teoria da imprevisão: a doutrina Keynesiana frente ao código civil*. Curitiba: Juruá, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações* 2ª parte. 34. ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Anísio José de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 2. ed. São Paulo: Leud, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11. ed. Vol.III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens. *O novo código civil e as cláusula gerais: exame da função social dos contratos*. Revista brasileira de direito privado. N.º 10, abr/jun. São Paulo: RT, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2.ed. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2004.

SÍTIOS ELETRÔNICOS

www.adagio.com.br/consomed/FRCO0444.HTM. <acesso em 17/07/07>

www.redetel.gov.ar <acesso em 17/07/07>

www.direzioneamministrativa.unile.it <acesso em 19/07/07>

THE THEORY OF IMPREDICTMENT AND PUBLIC CONTRACTS

Abstract: When the State functions as subject of a contractual relation, it has certain prerogatives inherent to its supremacy condition. Thus, the contract according by the rules of Public Law should be analyzed more cautiously, as this contractual mode cannot be freely used by those specific institutes widely applied to the agreements settled among private parties and conducted

with a private character. The guiding principles of these typical private contracts, should be dealt with caution, having in mind the principles that conduct the roles of Public Administration, such as the principle of supremacy of the public interest and also the principle of the continuity of the public service. The public interest should always prevail above the private interest serving as a base to rule the relations among the public and third parties.

Key words: Public Management. Supremacy. Administrative contracts.

A TEORIA DO FATO GERADOR

Ana Rita Nascimento Cabral

Aluna da Universidade de Fortaleza, orientada pela Profa. Dra. Maria Lirida Calou de Araújo e Mendonça.

anarcabral@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1) Considerações gerais. 2) A expressão e o conceito de fato gerador. 3) Fato gerador: causalidade jurídica. 4) Crédito tributário. Considerações finais.

Resumo: Não há tributo sem lei. Não há fato que gere obrigação tributária sem lei. A relação jurídica tributária entre Estado e indivíduo só há de ser instaurada no momento da ocorrência daquele fato gerador, daquela situação específica, desenhado àquele tributo. A exata noção do fato gerador fixa o entendimento do momento em que nasce a obrigação tributária principal; a clareza de visualização dos indivíduos tidos como sujeitos da relação tributária etc. O fato gerador marca, no tempo e no espaço, o nascimento da obrigação de pagar tributo. A verificação da ocorrência do fato gerador se dá pelo lançamento. O lançamento declara a obrigação tributária, identifica o sujeito passivo, calcula o montante do tributo devido e dá forma ao crédito tributário. O fato gerador é o início. O lançamento é o meio. O crédito, o fim.

Palavras-chave: Fato gerador. Previsão legal. Relação jurídica tributária. Crédito tributário.

INTRODUÇÃO

Há muito, no direito positivo brasileiro, discute-se sobre o fato a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um determinado tributo. O Código Tributário Nacional e a maior parte da doutrina, para isto, consagram a expressão fato gerador. Eventualmente usado como suporte fático, fato imponível, situação base ou pressuposto do tributo, o fato gerador serve de fundamento à ocorrência da relação jurídica tributária.

A relação jurídica, através da qual a prestação de tributos é exigida pelo Estado, define-se como uma obrigação *ex lege* de Direto Público. A lei é fonte de tal obrigação. Por força do princípio da legalidade, consagrado pelo Estado de Direito e estabelecido pela Constituição Federal Brasileira de 1988, exige-se que, em lei formal, esteja determinado o fato gerador do tributo.

O fato gerador do tributo definido, caracterizado e conceituado por lei é um dos relevantes aspectos do chamado princípio da legalidade ou da reserva da

lei, em matéria tributária. Sem a previsão ou definição legal, não se configurará o fato gerador. Não será, pois, assinalado o momento em que se reputa instaurada a obrigação tributária. Assim, haverá um fato, da vida comum, relevante, talvez, para outros ramos do Direito, mas, para o Direito Tributário, será ele um fato juridicamente irrelevante.

O estudo sobre o fato gerador é de grande e vital importância no ramo do Direito Tributário. A busca pelo entendimento do momento em que ocorre a situação definida em lei, a qual faz nascer a obrigação tributária e, logo, o crédito a ser adimplido pelo contribuinte, envolve muitos interesses e permeia o cenário jurídico-tributário brasileiro.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Em um Estado organizado, sob os comandos de um ordenamento jurídico como o brasileiro, a tributação é essencial, já que se torna meio de atendimento das despesas públicas. Assim, definir, caracterizar e detectar o momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é de grande relevância para o pólo ativo da relação tributária (Estado). Ao pólo passivo, atento à sua segurança jurídica nessa relação obrigacional, também aquilo interessa.

Há necessidade, portanto, de aprofundar o entendimento do momento da gênese da obrigação tributária, o que chamamos de consequência jurídica específica, sendo, pois, no aspecto da causalidade jurídica que reside o traço mais importante da teoria do fato gerador.

O tema em apreço requer um estudo detalhado, a fim de possibilitar maiores esclarecimentos quanto à origem da relação obrigacional tributária estabelecida entre Estado e indivíduo, à determinação do sujeito passivo da obrigação *et coetra*.

Para o estudo do Direito Tributário, o fato gerador é um conceito fundamental e nuclear. Alguns doutrinadores entendem não passar a teoria do Direito Tributário material de um desenvolvimento da própria teoria do fato gerador. Mas, na verdade, muitos dos conceitos e institutos de que se ocupa aquela disciplina jurídica partem da noção de fato gerador.

2 A EXPRESSÃO E O CONCEITO DE FATO GERADOR

A expressão fato gerador e sua fenomenologia não são específicas ao campo tributário, no dizer de Alfredo Augusto Becker (2002, p. 320):

[...] toda e qualquer regra jurídica (independente de sua natureza tributária, civil, comercial, processual, constitucional etc.) tem a mesma estrutura lógica: a hipótese de incidência ('fato gerador', suporte fático

etc.) e a regra (norma, preceito, regra de conduta) cuja incidência sobre a hipótese de incidência fica condicionada à realização desta hipótese de incidência.

Continua afirmando que:

O fenômeno da atuação dinâmica da regra jurídica, isto é, a incidência automática da regra jurídica sobre a sua hipótese de incidência, somente desencadeia-se depois da realização integral da hipótese de incidência pelo acontecimento de todos os fatos nela previstas e que formam a composição específica àquela hipótese de incidência. Depois a incidência da regra jurídica é que ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos os quais consistem nas consequências (ex. relação jurídica e seu conteúdo de direito e dever etc.) pré-determinadas pela regra que, juntamente com a hipótese de incidência, compõe a estrutura lógica da regra jurídica. (BECKER, 2002, p.320)

A expressão “fato gerador” permeia o cenário tributário atual, apesar de ser violentamente censurado. Os vários doutos expoentes do meio tributário buscam encontrar, formular ou aderir a outras terminologias que melhor identifiquem aqueles fatos eleitos e prescritos pelo legislador em norma, os quais fazem nascer as relações jurídico-tributárias.

No entendimento de Paulo de Barros Carvalho (1993), propositor do uso das terminologias: hipótese tributária e fato jurídico-tributário, a expressão fato gerador, por aludir àquelas duas já citadas realidades (legal e factual), é equívoca. Ao evocar Norberto Bobbio (*apud* Carvalho, 1993, p.158), reproduz sua fala, citando que “[...] o rigoroso cuidado na terminologia não é exigência ditada pela gramática para a beleza do estilo, mas é uma exigência fundamental para construir qualquer ciência.”, e aduz que:

Acaso aceitemos, de maneira positiva e acrítica, os erros que o texto da lei cursivamente exprimem, de nada servirá a investigação do sistema positivo, bem como o trabalho descritivo que o explicita [...]. Permaneceremos na superfície, desconhecendo a verdadeira e substancial organicidade que se esconde nas profundezas do direito vigente [...] (BOBBIO *apud* CARVALHO, 1993, P. 158)

Os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, e os diplomas normativos, dentre eles a Magna Carta, acolhem a expressão fato gerador. O Código Tributário Nacional, datado de 1966, atribui ao fato gerador claro conceito, ao preceituar que:

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Vejamos que a lei tributária ao firmar a expressão fato gerador da obrigação principal é de grande abrangência, pois obrigação principal refere-se a pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Sendo assim, qualquer indivíduo enquadrado naquela situação definida em lei deverá suportar o objeto da obrigação, seja pagando tributo, seja pagando penalidade pecuniária.

A Norma Tributária Nacional é, também, luminosa em seu parágrafo 1º, artigo 113, ao considerar que:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Se uma pessoa jurídica ou física realiza fatos relevantes ao mundo tributário, pois tais fatos são previstos em lei, nascerá para ela obrigação perante o Estado de pagar tributo. Mas, se essa pessoa descumpre, por meios ilícitos e fraudulentos, tal obrigação deixando de adimplir a prestação pecuniária compulsória, nascerá uma outra obrigação diferente daquela, mas a ela cumulativa, relativa a penalidade, devendo, assim, arcar com a prestação pecuniária relativa ao tributo e à penalidade, sem prejuízo aos juros de mora. Do descumprimento de uma obrigação acessória também nascerá a obrigação de pagar penalidade pecuniária. Veremos isso adiante.

Analisemos, pois, em minúcias, o conceito legal de fato gerador da obrigação principal supracitado:

É a situação definida em lei - O princípio da legalidade é o alicerce de todo e qualquer Sistema Democrático de Direito. É princípio constitucional, sendo mandamento ninguém ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (v. art. 5º, Constituição Federal vigente). No Direito Tributário, é vedação constitucional, dirigida à União, aos Estados e aos Municípios- todos detentores do poder de tributar- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Aqui, podemos citar o princípio da irretroatividade da lei, em que também é vedada a cobrança de tributos de cujos fatos geradores não dispuseram ainda a lei instituidora ou majoradora (v. Constituição Federal vigente, art. 150, I e III, a).

A lei tributária oriunda do exercício de competência de quaisquer dos entes federativos (União, Estados e Municípios) dispõe ou deve, pelo menos, dispor sobre o fato gerador do tributo, os sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional e as alíquotas com a respectiva base de cálculo. Entretanto, a definição e caracterização, por lei, do fato gerador daquele específico tributo é um dos aspectos mais relevantes do chamado princípio da legalidade tributária, como assinala Amílcar de Araújo Falcão (1997).

Não há tributo sem lei. Não há fato que gere obrigação tributária sem lei. A relação jurídico tributária entre Estado e indivíduo há de ser instaurada somente no momento da ocorrência daquele fato gerador, daquela situação específica, desenhado normativamente.

Como ensinou Aliomar Baleeiro (2007, p.64):

Não há tributo sem lei que o decrete, definindo-lhe o fato gerador da obrigação fiscal. Esse fato gerador caracteriza cada tributo [...]. O erro na denominação do tributo não prejudica a sua legalidade se, pelo fato gerador, ele se insere razoavelmente na competência de pessoa de Direito Público que o decretou com *nomen iuris* impróprio.

A previsão legal do fato gerador é a descrição minuciosa e detalhada da situação fática que indicará o escorreito exercício de competência do ente federativo (sujeito ativo) e o tributo ao qual se obriga o indivíduo (sujeito passivo) enquadrado nessa situação. A descrição legal do fato gerador determina a espécie tributária, sendo indicativo de exercício de competência consonante ao mandamento constitucional e de obrigação, por parte daquele indivíduo, de arcar com aquele tributo daquele ente.

Sobre essa situação, definida em lei, bem esclarece Paulo de Barros Carvalho (1993, p.160) ao dizer que: “[...] recorta o legislador eventos da vida real e lhes imputa a força de suscitar os comportamentos que entende valiosos [...]”. E, citando a lição de Lourival Vilanova (*apud* CARVALHO, p.46), lembra que: “A proposição descritiva de situação objetiva real é construída pela vontade do legislador, que recolhe os dados de fato da realidade que deseja disciplinar (realidade social), qualificando-os, normativamente, como fatos jurídicos”.

Como necessária - Como necessária à sua ocorrência. A definição, descrição, caracterização da situação, em lei, é necessária para que se repete ocorrido o fato gerador concreto. Necessário, do latim *necessarium*, significa, em outros termos, algo de que se não pode dispensar, que se impõe, que é essencial, que não pode deixar de ser, que é forçoso, que não se pode evitar. A tributação do fato ocorrido no mundo na realidade, para que se dê, depende necessariamente de prévia descrição legal, sendo isso forçoso e inevitável à instauração da relação jurídico-tributária obrigacional. Essa necessidade comuna com aquela necessidade legal. Assim como é vital a existência de lei impositora e reguladora, é de importância capital, no meio tributário, que essa lei traga em seu bojo a definição pormenorizada da situação a que se pretende imputar dever obrigacional, quando da existência de indivíduo que nela se enquadre.

Aliomar Baleeiro (2007, p.707) é categórico ao exprimir: “A definição do fato gerador é essencial à lei criadora [...]. A lei é a causa e a razão de ser da obrigação tributária, mas faz com que esta resulte da ocorrência do fato gerador”. Fato este que, para se reputar ocorrido e ser gerador de obrigação tributária, deve necessariamente estar definido em lei.

E suficiente à sua ocorrência Aquela situação necessariamente definida em lei é o bastante para que, no mundo fenomênico, o fato não seja um mero fato, mas um fato capaz de fazer surgir, no momento da sua ocorrência, uma relação, uma obrigação, um dever para um e um direito para outro. Assim para que surja a obrigação tributária, indispensável é a ocorrência de fato gerador. Este forçosamente deve estar definido em lei, sendo isso suficiente à sua ocorrência.

3 FATO GERADOR: CAUSALIDADE JURÍDICA

O termo causalidade jurídica, atribuído ao fato gerador, implicitamente concebido por grande parte da doutrina brasileira, deve-se à genialidade de Amílcar Falcão (1997), que em sua obra intitulada *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, ao dedicar um capítulo inteiro ao nascimento da obrigação tributária, utiliza-se desse termo.

O sentido da expressão causalidade jurídica nos parece claro, escorreito e sadio. O fato gerador é, realmente, razão para o surgir da obrigação tributária. É o motivo que faz com que a relação obrigacional exista ou aconteça. É a origem, o momento do nascimento da obrigação tributária, sendo ele a causa e a obrigação, a consequência jurídica. Intrínseco ao nascer da obrigação tributária, o fato gerador faz surgir direito, deveres, pretensões e ações, conferidos às partes que titulamos pólos ativo e passivo da relação jurídico-tributária.

Ocorridos os fatos (causalidade jurídica tributária) nasce a consequência jurídica, qual seja, a relação obrigacional tributária. Nesse sentido, do Código Tributário Nacional Brasileiro, depreende-se, em seus Artigos 113, §§ 1º, 2º, 114 e 115:

Art. 113, § 1º. A obrigação principal surge com ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

A relação jurídica obrigacional tributária impõe ao sujeito passivo o dever de efetuar prestação predeterminada, atribuindo ao sujeito ativo (Estado) o direito de obter a prestação. Sob esse quadro, então, faz-se necessário o entendimento de que, nas palavras do jurista gaúcho Alfredo Augusto Becker (2002, p.261): “O tributo é o objeto daquela prestação que satisfaz aquele dever”.

Cumpra ressaltar, assim, o preceito legal estipulado no Código Tributário Nacional em seus Artigos 3º e 4º, quais sejam:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação [...]

Como se observa, é preponderante o estudo profundo do fato gerador. Assim, quanto à importância do fato gerador, elenca Amílcar Falcão (1997, p.6), as vitais noções, no ramo tributário, concretamente fixadas quando do estudo do fato gerador:

a) identificação do momento em que nasce a obrigação tributária principal; b) determinação do sujeito passivo principal da obrigação tributária; c) fixação dos conceitos de incidência, não incidência e isenção; d) determinação do regime jurídico da obrigação tributária: alíquota, base de cálculo, isenções etc.; e) distinção dos tributos *in genere*; f) distinção dos impostos *in species*; g) classificação dos impostos diretos e indiretos; h) eleição do critério para a interpretação da lei tributária; i) determinação dos casos concretos de evasão em sentido estrito; j) estabelecimento dos princípios de atuação da discriminação constitucional de rendas no Brasil: definição da competência impositiva e determinação dos casos de invasão de competência e bitributação.

Uma análise do pressuposto de fato do tributo envolvem muitos interesses e permeia o cenário jurídico tributário.

4 O CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O crédito tributário é o resultado de tudo isso, o que seja: a lei descritora de fato gerador de obrigação, a ocorrência do fato gerador no mundo tal como o desenho normativo, o nascimento da obrigação tributária, a instauração da relação jurídico-tributária, a liquidação, certificação e individualização da obrigação mediante o lançamento que dá forma ao crédito tributário. Extinto o crédito, extingue-se a obrigação principal, extingue-se o dever até que novamente se incorra no mesmo fato gerador.

Interessante ressaltar que, como firma o artigo 113, parágrafo 1º do Código Tributário Nacional, as obrigações principais relacionadas às prestações pecuniárias extinguem-se com a extinção do crédito (o pagamento é a forma ordinária de extinção), todavia as obrigações acessórias ligadas às prestações

positivas ou negativas, de fazer, não fazer ou tolerar, extinguem-se fazendo, não fazendo ou aquilo tolerando.

O crédito do Estado para com a pessoa, nas obrigações acessórias, não é a pecúnia, mas o dever que tem o indivíduo de fazer, não fazer ou tolerar algo. Contudo, se o indivíduo descumprir com essas prestações positivas ou negativas, como explicita o parágrafo 3º do artigo 113/CTN, pelo simples fato da inobservância destas, surgirá para ele o crédito em pecúnia, a obrigação principal relativa à penalidade pecuniária pela não observância daquelas prestações diferentes do pagamento.

Em linhas gerais, o exercício do poder de tributar pelo Estado, mediante a elaboração de leis descritoras de fatos geradores de obrigação tributária, tem como objetivo final a constituição de um crédito tributário, já que os frutos advindos desse crédito são necessários à sobrevivência desse Estado e à vivência de seus dependentes, os cidadãos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, procuramos dissertar sobre a importância do estudo do fato gerador que consiste em fixar, concretamente, noções essenciais à área tributária.

A identificação do momento em que nasce a obrigação tributária principal, a determinação do sujeito passivo principal da obrigação tributária, a fixação de conceitos de incidência, não incidência e isenção são possíveis quando do estudo e análise do fato gerador. Em sua essência, o fato gerador, um fato jurídico e não um negócio, é um fato econômico, de relevância jurídica. O Direito, assim o concebendo, confere-lhe efeitos ou qualificações juridicamente relevantes, sendo esse o entendimento majoritário.

O fato gerador da obrigação tributária assim pode ser concebido quando da sua descrição legal anterior. O fato gerador é o pressuposto, definido em lei, para que a relação obrigacional se instaure.

No momento da ocorrência, no mundo fenomênico, do fato gerador, previsto em lei, reputa-se instaurada a obrigação tributária ali definida. O nascimento da obrigação tributária, desse modo, é consequência jurídica específica produzida pelo fato gerador.

Concluimos e reafirmamos, que com o nascimento da relação obrigacional tributária, o pólo passivo tem o dever, quando da obrigação tributária principal, de pagar prestação pecuniária compulsória, instituída em lei e cobrada por atividade administrativa plenamente vinculada, ao Estado, pólo ativo dessa relação. Há de existir, pois, um nexo de causalidade entre o obrigado e fato gerador da obrigação tributária, de modo que, vinculado aquele a este, surja o dever supramencionado.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3^a ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1966.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

THE THEORY OF THE GENERATOR FACT

Abstract: There is no taxation without law. There is no fact that generates tax obligation without law. The legal relationship between State and the individual only has to be brought in the time of that generator fact, that particular situation, is designed by the norm. The exact notion of generator fact sets to understand the time that the main tributary obligation takes place. The generator fact establishes, in time and space, the birth of the obligation to pay the tribute. The verification of the occurrence of the fact generator is given by the State. The State determines the tax obligation, identifying the taxpayer, calculates the amount of tax due and demands the tax credit. The fact is the beginning. The registration is the middle. The credit, the end.

Key words: Generator Fact. Law. Taxation. Tributary Credit.

A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA

Aécio Flávio Palmeira Fernandes

Aluno graduado pela FA7 em 2008.1, cuja monografia resultou no presente artigo, sob orientação do Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso.
aeciofernandes@zipmail.com.br

Sumário: Introdução. 1) Uma questão histórica. 2) Divisão de competências pela Constituição Federal de 1988. 3) Competência da União. 4) Competência dos Municípios. 5) Regulamentação das Telecomunicações no Brasil. Considerações finais.

Resumo: O presente trabalho busca uma análise acerca dos debates travados no mundo jurídico entre os que defendem a competência legislativa da União Federal e os que defendem a competência legislativa dos Municípios para regular a atividade de radiodifusão comunitária. O estudo se baseia nas disposições constitucionais acerca da distribuição de competências, no princípio federativo e nas disposições legais pertinentes ao tema, observando com um enfoque analítico a situação da Lei nº. 8.612, de 20 de fevereiro de 1998, que regulamenta, a nível nacional, o serviço de radiodifusão comunitária. Além disso, a análise realizada nos leva a concluir que a competência legislativa para o assunto é própria dos municípios, cabendo à União o papel de instituir normas reguladoras de diretrizes gerais que não permitam a permanência de condições e/ou fatos que obstem o funcionamento de outros serviços de radiodifusão, telecomunicação ou que comprometam a segurança aeroespacial no território brasileiro.

Palavras-chave: Rádio Comunitária. Direitos fundamentais. Federalismo. Competência legislativa. Telecomunicações.

INTRODUÇÃO

Denominação criada pela Lei nº. 8.612/98, as rádios comunitárias ou RadComs desempenham importante papel na comunidade, atuando de forma concreta nos eventos desta e realizando ações em prol do desenvolvimento social da população local. Pré-sintonizadas em uma frequência definida pela Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL, as rádios comunitárias devem atender aos requisitos legais e às especificações técnicas definidas pelo Poder Público.

Não devemos confundir as rádios comunitárias com as rádios piratas. As primeiras utilizam-se para seu funcionamento de equipamentos homologados pela União, operam abertamente com estatutos registrados em cartório, endereço registrado e fixo, possuem potência baixa e alcance limitado. Além do mais, os equipamentos de transmissão serão pré-sintonizados na frequência de operação designada para o serviço.

As rádios piratas, por sua vez, têm essa denominação proveniente da ilegalidade de sua transmissão, já que não utilizam equipamentos pré-sintonizados, ajustados em frequência adequada e não possuem transmissores homologados pela ANATEL, o que causa sérios problemas em outros serviços de telecomunicações e até mesmo nas navegações aéreas. As rádios clandestinas funcionam à revelia da lei e o seu funcionamento é crime definido pelo art. 70 da Lei nº. 4.117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações, pois não se enquadram, pelo critério da especialidade, no tipo legal de rádio comunitária.

Para tratar do assunto telecomunicações, temos três espécies legais que dispõem sobre o tema, não esquecendo que a expressão abrange os serviços de telecomunicação, de radiodifusão e de transmissão de dados, e de sons e imagens.

A primeira das leis e também a mais antiga é a Lei nº. 4.117/62, conhecida como Código Brasileiro de Telecomunicação - CBT. Apesar de ser uma lei remanescente do tempo da ditadura (que procurava calar os opositores do regime militar, que perduraria por quase três décadas), ela até hoje é utilizada para regulamentação da radiodifusão de grande potência e das rádios comerciais.

A segunda lei é, na ordem cronológica, a Lei nº 9.472/97 que instituiu a nova Lei Geral das Telecomunicações - LGT, e revogou o antigo Código Brasileiro de Telecomunicação, exceto quanto à matéria de radiodifusão comercial e de grande potência, que continua de competência do antigo código, como acima foi dito.

E, por fim, a Lei nº 9.612/98, que é a legislação federal específica para disciplinar a radiodifusão comunitária, definida como a transmissão em frequência modulada (FM), com potência e sistema irradiante limitados, respectivamente, em 25W e 30 metros, e alcance restrito a um bairro ou vila, com finalidades sócio-culturais e educativas, objetivando a conscientização social da população local.

Diante dessa última lei, iniciar-se-á o trabalho abordando a questão da competência definida pela Constituição Federal de 1988, analisando-se, com base no princípio federativo que norteia o Estado brasileiro, a verdadeira intenção do legislador constituinte originário e o embate acerca da constitucionalidade de alguns artigos da Lei das RadComs.

1 UMA QUESTÃO HISTÓRICA

Antes de adentrar na legislação de maneira específica, podemos perceber, até mesmo por aspectos históricos, um aparente entrave na competência legislativa

para o assunto. Aparente porque a Constituição Federal de 1988 disciplina a competência de cada ente federativo, de modo que não sejam conflitantes, mas por conta de uma prática histórica, o poder executivo, materializado horizontalmente na União, acaba por editar normas de competência municipal.

Seguindo a linha de raciocínio estabelecida por Silveira (2001), apesar de haver uma Constituição vigente no Império, o imperador concentrava em suas mãos os poderes executivo e moderador, onde este último seria a chave de toda organização política do Império. Competia ao chefe desses poderes a distribuição de cargos públicos aos seus amigos ou pessoas por eles indicadas, podendo nomear e demitir livremente ministros de Estado, nomear senadores, convocar trabalhos da Assembléia Geral, dissolver a Câmara dos Deputados e suspender os magistrados (Constituição Federal de 1824, arts. 101 e 102).

A Constituição de 1981 procurou dividir o poder político então concentrado nas mãos do Imperador. A república criou vários mecanismos para obter esse fim, dentre eles a independência dos três poderes, o federalismo e a adoção da doutrina de freios e contrapesos.

O federalismo, no qual se assenta a democracia brasileira e ao qual vamos nos ater momentaneamente, é estruturado de forma que os Estados possuam autonomia interna e independência, obedecendo, porém, a uma Constituição única.

Inspirado no federalismo norte-americano, no Brasil o processo de federalização ocorreu de forma centrífuga, ou seja, parte-se do centro unificado pela concentração dos poderes nas mãos do imperador e repartem-se competências entre a União, os Estados-membros e os Municípios. Lembre-se, inclusive, que a figura dos Municípios foram inovações brasileiras ao princípio federalista norte-americano.

Nosso federalismo, como instrumento de descentralização do poder político, ainda não vingou completamente. Isso porque na fase colonial a descentralização do poder ocorreu de forma desorganizada, dando origem a oligarquias que centralizavam o poder local e porque no Império a centralização do poder se deu de forma asfixiante nas mãos do imperador, perdurando até hoje o desrespeito à competência dos entes políticos municipais.

A repartição das competências material e legislativa devem se dar em conformidade com o princípio federalista, cabendo a cada ente federativo uma matéria de sua competência exclusiva, material comum e legislativa concorrente.

[...] à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local. (Silva, 1989, p. 415).

O que ocorre no caso brasileiro é que o poder continua centralizado, desta vez nas mãos do Congresso Nacional e, principalmente do Presidente da República, que detém o poder de editar Emendas Constitucionais sem qualquer participação popular ou das Assembléias Legislativas dos Estados-membros. Não é esse o propósito do sistema federalista e, por isso, afirmamos a nossa opinião de que ele se encontra inacabado.

O federalismo original, como princípio estruturante, prevê a União e os Estados-membros como entes políticos e, a inclusão dos Municípios como tal é inovação brasileira, fruto, talvez, do prestígio conquistado pelo coronelismo das oligarquias locais que queriam sua parcela de poder político no âmbito local.

2 DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Diante dessas peculiaridades e da baixa área de abrangência de uma rádio comunitária, uma leitura do art. 30, I da Constituição Federal de 1988 nos dá a interpretação clara e expressa de que o constituinte reservou ao Município os assuntos de interesse local. O dispositivo expressamente assegura que aos Municípios é reservada competência privativa para “legislar sobre assuntos de interesse local” e, até aqui, tudo bem. O problema surge quando uma norma federal, como é o caso da Lei nº. 9.612/98, invade a esfera de competência do Município, editando normas específicas de interesse local e objetivando aplicá-las a todo território nacional.

Interesse local não diz respeito apenas ao interesse exclusivo do Município, mas que afete predominantemente a população local, visando à definição da competência de acordo com o caso concreto. Assim, o interesse local há de ser predominante e, a partir das lições de Meirelles (1997), a ação do Município será legitimada pela aferição do interesse local, que deverá ser de interesse predominantemente local em relação aos interesses das outras entidades federativas.

Aos Estados-membros, a legislação que lhe compete será aquela de interesse regional, quando envolver matérias que não sejam de competência municipal e que não sejam de abrangência nacional. O art. 25, § 1º da Carta Magna estabelece que a eles são reservadas “as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Assim, também aos Estados-membros é vedada a intervenção nos Municípios, exceto nas situações excepcionais contidas no texto constitucional (CF, art. 35).

Já a União disporá de poderes legislativos limitados, cabendo legislar somente quando em assunto de interesse nacional que envolva mais de um Estado-membro. Sua competência é constituída de maneira subsidiária, geral, ou seja, aquilo que não for de competência do Município, nem de caráter regional e que envolva interesse nacional ou entre dois ou mais Estados será de competência da União.

A competência legislativa concorrente entre a União e os Estados-membros, descrita no art. 24 da Constituição de 1988, estabelece que, nesse caso, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Aparente conflito resulta da interpretação equivocada do art. 22 da Constituição ao estabelecer competência privativa à União para legislar sobre radiodifusão e telecomunicação. Porém, o art. 22, IV é um princípio e vale mais do que uma norma. Assim, com observância ao princípio federalista e à harmonização das normas constitucionais, não há conflito entre os art. 30, I e o 22, IV, pois naquilo que recair na esfera de competência da União, é de sua privatividade.

Portanto, se tivermos a edição de uma norma federal que dispuser sobre assunto de maneira regional (competência dos Estados-membros) ou local (competência municipal), esta norma deverá ser declarada inconstitucional por não respeitar o princípio federalista adotado pela Constituição.

Em síntese: os municípios deverão ter competência para assuntos de interesse local; os Estados-membros disporão de poderes genéricos ou remanescentes, regionais ou que envolvam dois ou mais municípios; a União terá poderes e competências restritas e enumeradas.

3 COMPETÊNCIA DA UNIÃO

Como já dito, a competência da União deve ser restringir àqueles assuntos de âmbito nacional ou que envolvam interesses de dois ou mais Estados-membros. A competência deste ente federativo para legislar privativamente sobre radiodifusão e telecomunicações (tomando novamente o art. 22, IV como exemplo) só poderá ser interpretada como sendo uma necessidade imperiosa e premente, de defender direitos ou interesses coletivos de âmbito nacional. Somente dessa forma é que a Constituição admite a intervenção da União para legislar acerca de conflitos envolvendo direitos fundamentais como a livre manifestação do pensamento, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e o acesso de todos à informação.

Aos que defendem a privatividade da União para legislar sobre radiodifusão (art. 22, IV) e a exclusividade da competência material para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (art. 21, XII, “a”), a leitura das normas constitucionais os leva ao art. 223 da Carta Magna, que expressamente atribui ao Poder Executivo Federal a competência para outorga e renovação das concessões, permissões e autorizações.

Os veículos de comunicação em massa representam um excepcional instrumento para a divulgação de informações, idéias, culturas e é necessariamente um espaço de utilidade pública, constituindo-se, também, área onde o Estado brasileiro exerce sua soberania.

Aqui, no caso da radiodifusão comunitária, a questão não se mostra absurdamente complexa. Entendemos que se o critério para distribuição de competências utilizado pela Constituição de 1988 é o da predominância do interesse, não se torna estranho pensar que a União tem interesse predominantemente nacional em legislar generalizadamente sobre exploração, autorização, concessão ou permissão dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens que tenham amplo alcance e alta potência. Estranho seria uma norma federal vir legislar especificamente sobre uma rádio comunitária que pretenda se instalar em Santa Cruz de Minas/MG, o menor município do país¹.

[...] a mera existência de interesses nacionais não dá à União o direito de usurpar ou ignorar a competência municipal, já que a sua competência legislativa nem sempre, necessariamente, exclui a específica do Município, que ela tem o dever de respeitar. (Silveira, 2001, p. 108)

Assim, terá a União competência para fazer o que for preciso para regulamentar o usufruto de direitos fundamentais como os que estão aqui presentes, mas não poderá de forma alguma invadir a esfera de competência estadual ou municipal, desrespeitando o princípio federalista que objetiva a descentralização do poder político que já se encontrava nas mãos do executivo nacional.

A competência da União será exclusiva para editar normas gerais que regulem a exploração do serviço de radiodifusão quando se tratar de interesse nacional ou supra-regional. Nisso, não há o que ser questionado. Porém, quanto à concessão ou autorização do Executivo e do Legislativo federais para o funcionamento de uma rádio comunitária, de alcance restrito e interesse predominantemente local, é se utilizar de uma “bazuca para matar uma barata”. E, com base na distribuição das competências com base na predominância do interesse, não há como legitimar a União para editar uma norma que limite a altura da antena em trinta metros como se todo o país fosse plano como uma folha de papel.

Direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, de informação (aqui compreendendo o direito de informar e de ser informado) são as garantias que os indivíduos possuem contra condutas arbitrárias por parte dos Estados. Dotados dessa proteção, os direitos fundamentais impedem que o Estado imponha sua vontade ilimitada sobre os indivíduos. Bonavides (1997, p. 517), acerca dos direitos fundamentais, leciona:

Os direitos fundamentais são produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se frente ao Estado, mais especificamente como direitos de

¹ Fonte: UFGS

defesa, demarcando uma zona de não-intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.

Assim, os direitos fundamentais, protegidos por uma cláusula de imutabilidade, são tidos como cláusulas pétreas. São assim conhecidas porque a sua mutabilidade é vedada ao Estado que encontra uma barreira que protege o indivíduo contra suas ações autoritárias ou abusivas.

Destarte, uma lei que vier a criar limitações para essas liberdades fundamentais deverá ser fundamentada em um relevante interesse público, devendo ser necessariamente imperioso e inadiável, cabendo ao governo o ônus de demonstrar esses requisitos, sob pena de inconstitucionalidade da lei o seu exercício não se encontra vinculado à sua regulamentação por uma lei, seja ela federal, estadual ou municipal. A ausência desta não impede o seu livre exercício, pois são dotadas de auto-executividade e, quando reconhecido expressamente pela Constituição (como é o caso dos direitos em questão), reveste-se ainda de auto-aplicabilidade (Silveira, 2001).

O estabelecimento das competências da União foi realizado através de normas constitucionais. Entre si, estas normas não possuem hierarquia. Porém, quando colocadas diante de direitos individuais fundamentais ou princípios fundamentais, deverão permanecer subordinadas.

O princípio federalista, organizador da divisão do poder político da república, também é um princípio fundamental e, por isso, também é dotado da inatingibilidade de normas tendentes a aboli-lo, revestindo-se de um núcleo pétreo, protegido pela Constituição no seu art. 60, §4º.

Assim, adotando a leitura feita por Silveira (2001), a União terá competência privativa para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão quando, respeitados os direitos individuais e o princípio federalista, sua competência aflorar, ou seja, quando apresentar a supra-regionalidade ou a nacionalidade que autorize sua atuação.

Competirá à União, havendo interesses comuns ou concorrentes com o Estado ou com o Município, estabelecer normas gerais acerca daquela matéria e essas normas não podem vir a prejudicar o direito daqueles outros entes federativos de legislar especificamente sobre assunto de sua competência. Legislar sobre um assunto tão específico é criar ainda mais entraves burocráticos à concessão do uso de um bem comum do povo.

Assuntos de grande importância nacional ou supra-regional surgem quando passamos à questão da potência máxima dos transmissores, da proteção quanto à interferências ou, ainda, quando tratamos acerca da proteção à aviação e aos aeroportos. Aqui, podemos claramente legitimar a União para estabelecer normas gerais acerca desses temas, pois são de interesse geral e comum a toda federação.

A fixação da potência máxima das rádios comunitárias terá eminente importância nacional e a sua fixação deverá ser realizada com base em estudos

técnicos que comprovem que o excedente daquela potência estabelecida pode causar efetivo risco de dano a um interesse nacional. Por se tratar de limitação a direito fundamental, o risco real e efetivo deve ser comprovado pela União, não podendo ser arbitrariamente fixado, como ocorreu com os 25 watts ERP fixados pela Lei das RadComs.

4 COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS

Para os que defendem que competência dos municípios para legislar sobre as rádios comunitárias, como é o caso de Silveira (2001), os seguintes aspectos são apontados nos parágrafos que se seguem.

O primeiro deles diz respeito à competência autônoma e privativa estabelecida pelo art. 30, I da Constituição Federal de 1988 que, ao se utilizar do princípio federativo como fundamental, objetiva descentralizar o poder político das mãos da União. Se a questão do interesse local prevalece sobre qualquer outro, a competência legislativa é do município e nenhuma lei federal ou estadual poderá usurpar questão de sua competência, como, em alguns aspectos, fez a Lei das Rádios Comunitárias ao definir, por exemplo, a altura máxima da antena e da potência, no art. 1º, §1º.

O segundo aspecto refere-se à limitação da potência máxima em 25 W. Se as ondas de rádio de uma emissora comunitária cruzarem com o de uma rádio mais potente, o efeito de captura fará com que o sinal interferente seja recepcionado e com que a RadCom deixe de operar.

O mais absurdo de tudo isso é que, segundo disposição dos arts. 22 e 23 da lei específica, as RadComs operarão sem direito à proteção contra eventuais interferências causadas por emissoras de quaisquer serviços de telecomunicações e radiodifusão regularmente instaladas e, ainda por cima, estando a RadCom regularmente instalada e nas conformidades da lei, a eventual interferência causada por ela em outros serviços regulares de telecomunicação ou radiodifusão poderá sujeitá-la a interromper sua transmissão. Vejamos o que a lei dispõe:

Art. 22 - As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária operarão sem direito a proteção contra eventuais interferências causadas por emissoras de quaisquer Serviços de Telecomunicações e Radiodifusão regularmente instaladas, condições estas que constarão do seu certificado de licença de funcionamento.

Art. 23 - Estando em funcionamento a emissora de Radiodifusão Comunitária, em conformidade com as prescrições desta Lei, e constatando-se interferências indesejáveis nos demais Serviços regulares de Telecomunicações e Radiodifusão, o Poder Concedente determinará a correção da operação e, se a interferência não for eliminada, no prazo estipulado, determinará a interrupção do serviço.

Quer dizer, além de ter a potência limitada em 25 w ERP, essas rádios, ainda sim, não têm garantidos os seus direitos fundamentais para o seu funcionamento. Sua operação está condicionada a não-interferência por outros serviços. Isso é um flagrante desrespeito aos direitos fundamentais daquelas pessoas que operam e daqueles ouvintes da RadComs.

Em relação ao terceiro aspecto, ninguém melhor que o Município para especificar a área de cobertura de cada emissora, ou seja, qual será a potência necessária para abranger todo aquele território municipal, ou limitar-se a um bairro, vila ou outros setores. O que se critica aqui não é o estabelecimento da potência máxima pela Lei das RadComs, mas a maneira descriteriosa como ela foi estabelecida, sem se comprovar que acima desse limite existe um efetivo risco de relevância nacional.

E o quarto ponto importante é o relevo do Município. Através do estudo e do conhecimento detalhado de suas formas geográficas, somente o Município poderia determinar a altura, posição e direcionamento de suas antenas, a fim de ultrapassar as suas barreiras naturais. A diferença no relevo impede que as ondas se propaguem de maneira uniforme e, dessa forma, somente o município dispõe de mapeamento de seu relevo, através de curvas de nível digitalizadas (Silveira, 2001).

Some-se a estes aspectos a invasão federal à competência legislativa municipal no art. 8º da Lei das Rádios Comunitárias. A lei estabelece a criação de um Conselho Comunitário para acompanhar a programação da emissora. Está mais que latente a predominância do interesse local ou, em outras e claras palavras, a competência municipal para a questão que, é reconhecida pela própria Lei que viola a Carta Política de 1988.

5 A REGULAMENTAÇÃO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Pela própria Constituição Federal de 1988, os serviços de telecomunicações não são sinônimos de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Isso porque no art. 21, XI, estabelece a competência material da União para “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei,...” e no mesmo artigo, no inciso seguinte, afirma que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens”.

Para corroborar ainda mais com a distinção acima mencionada, no art. 22, IV, a União tem competência legislativa para legislar privativamente sobre “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”.

Antes da EC 8/95, que gerou esse imbróglio, a radiodifusão era uma espécie do gênero telecomunicação. O Código Nacional de Telecomunicação (Lei nº. 4.117/62) estabelecia que os serviços de radiodifusão compreendiam os serviços

de radiodifusão sonora e de televisão, depois da redação dada pela Lei nº. 5.250/67 aos arts. 4º e 6º, *d*, do CNT.

O Código Nacional de Telecomunicação CNT, sofreu, ainda em sua fase mais prematura, diversas alterações e, dentre as mais significativas, podemos citar a introdução do polêmico art. 70 da Lei nº. 4.117/62, introduzido pelo Decreto-lei nº. 236, de 28 de fevereiro de 1967. Dessa polêmica que envolve a tipificação penal de algumas RadComs falaremos em tópico específico mais adiante.

Pouco mais tarde, outras modificações importantes foram conferidas pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que fora aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada pelo presidente Itamar Franco, em 27 de maio de 1992.

Em 1997, surge o novo Código Nacional de Telecomunicação, mais conhecido como Lei Geral das Telecomunicações - LGT (Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997), que define telecomunicação, no seu art. 60, §1º, como sendo “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens e sons ou informações de qualquer natureza”.

No seu conteúdo, o novo diploma das telecomunicações estabelece que os serviços de telecomunicação estarão submetidos à exploração mediante os regimes de concessão (regime público de exploração), permissão (intervenção na empresa concessionária e outorga de nova concessão) e autorização (para o regime privado) (Silveira, 2001, p. 132).

Na LGT, os direitos fundamentais são claramente colocados em plano superior ao Estado repressor, pois o seu art. 128, I, estabelece a liberdade como regra, constituindo-se exceções as proibições, restrições e interferências do Poder Público nos serviços de telecomunicação.

Estabelece, ainda, no seu inciso subsequente que, salvo por motivo relevante, nenhuma autorização será negada aos que queiram explorar esse serviço. Aqui, a lei, elaborada em texto claro e conciso, explicita aos mais leigos o princípio da livre executoriedade dos direitos fundamentais.

Com a entrada em vigor da Lei Geral de Telecomunicações, o antigo foi revogado, exceto naquilo que se refere à matéria penal e aos preceitos relativos à radiodifusão, já que, em princípio, ela não disciplina a radiodifusão nem trata dos aspectos criminais.

Como consequência, a radiodifusão sonora continua sendo mantida de acordo com os termos do Código Nacional de Telecomunicação de 1962, do Decreto-lei nº. 236/67, do Decreto nº. 52.026/63 (regulamento geral para execução do CBT) e Decreto nº. 52.795/63 (regulamento específico dos serviços de radiodifusão).

O conceito de radiodifusão, dado pela regulamentação do Decreto nº. 52.026/63 ao antigo Código Brasileiro de Telecomunicação, “é o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons (radiodifusão sonora) ou

a transmissão de sons e imagens (televisão), destinado a ser direta e livremente recebida pelo público”.

Atualmente, as telecomunicações estão reguladas pela LGT (Lei nº. 9.472/97), enquanto a radiodifusão apenas aquelas de alta potência, incluindo-se aqui as rádios educativas permanece regulamentada pelo CBT (Lei nº. 4.117/62). Lembre-se que, devido ao critério da especialidade, apenas a radiodifusão geral fica nessa situação, já que as rádios comunitárias são reguladas por lei específica (Lei nº. 9.612/98).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito ao tema deste trabalho, entende-se que a competência para legislar e disciplinar o serviço de radiodifusão comunitária é do Município, pois o âmbito restrito da cobertura da rádio comunitária, os anseios sociais locais e a necessidade de conhecimento de suas peculiaridades o legitimam, conforme o critério de divisão de competências baseado na especificidade.

Por mais que passe despercebido por nós, uma lei federal não vale mais do que uma lei estadual ou municipal. Isso porque elas se situam em dimensões distintas, aonde uma não deve usurpar nem invadir a competência material e legislativa da outra.

Enquanto norma federal a disciplinar a radiodifusão comunitária, a Lei nº 9.612/98 deveria abster-se de disciplinar critérios que exigem o conhecimento específico de quem é titular da competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Como a lei mesmo que injusta e maculadora dos direitos fundamentais daquelas associações que querem exercê-los também objetiva proteger assuntos de interesse supra-regional e nacional, a União cumpre o seu papel, naquilo que lhe diz respeito.

A política nacional de telecomunicações não pode ser objeto de manobra, de manipuladora da opinião pública como ocorre ainda hoje. Em 2001, um estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, demonstrou que cerca de 70% (setenta por cento) das emissoras de rádio brasileiras pertencem a políticos ou pessoas a eles ligadas.

O fato do funcionamento das RadComs depender da autorização emanada do Ministério das Comunicações, lá em Brasília, faz com que direitos fundamentais dependam da morosidade (pra não dizer falta de vontade) do governo em viabilizar as concessões. Isso é um absurdo que jamais deveria ser admitido.

A administração do espectro eletromagnético por onde fluem as ondas de rádio deve ser feita de modo a disciplinar e não a embargar a fruição e o exercício dos direitos fundamentais. Como um bem comum finito, não estamos aqui defendendo a liberação irresponsável do uso do espectro, mas somente

clamamos pelo empenho e pelo uso do princípio da eficiência, que deveria ser inerente a atuação da Administração Pública. Princípio este que, vitimado pela displicência federal, nada pode fazer diante dos milhares de processos e pedidos de liberação para funcionamento de RadComs engavetados à espera da boa vontade governamental ou de um auxílio corporativo de algum político influente que consiga fazer caminhar a tramitação.

Não contente com o tratamento dispensado às RadComs pelo governo federal, o Município de São Paulo, como muitos outros que estão aderindo à tendência, estão publicando normas legais que disciplinam, agora sim, de maneira correta o serviço de radiodifusão comunitária. Com a faixa de frequência determinada pelo Ministério das Comunicações, através da ANATEL, estes Municípios disciplinam a instalação e o uso dos equipamentos e das rádios comunitárias sujeitas a sua jurisdição.

Cientes das peculiaridades, do relevo e dos anseios sociais, o Município estabelece a vontade do constituinte originário e faz valer a prerrogativa que lhe foi conferida, utilizando-se, para isso, de meios mais eficazes e céleres na concessão ao uso dessas frequências para aquele determinado local.

Não estamos, também, argüindo a inconstitucionalidade total da Lei nº 9.612/98. Estamos somente defendendo a constitucionalidade daqueles dispositivos que se enquadram na competência da União, procurando argüir a inconstitucionalidade daqueles que não se enquadram no disposto nas normas e nos princípios constitucionais, em especial o do federalismo.

Quanto às normas municipais editadas para disciplinar a radiodifusão comunitária, acreditamos e defendemos a constitucionalidade de tais dispositivos, principalmente quando não usurpam a competência da União. A fixação da altura máxima da antena em 30 metros e a definição dos 25 W como potência máxima dos transmissores não diz respeito à União, mas ao Município, porque só este entende perfeitamente as peculiaridades locais, estando, desta forma, legitimado pela Carta Política de 1988 a estabelecer as diretrizes desse serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: 1988 texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nº. 1, de 1992, a 39, de 2002, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nº. 1 a 6, de 1994. 20ª. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

_____. *Lei Federal nº. 4.117, de 27 de agosto de 1962*. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília, 1962. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4117.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2007.

_____. *Lei Federal nº. 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº. 8, de 1995. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2007.

_____. *Lei Federal nº. 9.612, de 19 de fevereiro de 1998*. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9612.htm>>. Acesso em: 03 abr. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

IBOPE (Brasil). *Mídia e mercado O investimento do capital estrangeiro no Brasil*. São Paulo. Publicado em 03 de out. de 2001. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=57019F4DCC09762783256ECA00657A5D>. Acesso em: 16 jan. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 12ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Rádios Comunitárias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DISCUSSÕES SOBRE A PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE

Cherlynnne Teixeira e Silva

Aluna graduada pela FA7 em 2007.1, cuja monografia resultou no presente artigo, sob orientação da Profª. Ms. Isabel Cecília de Oliveira Bezerra.
cherlynnne@uol.com.br

Sumário: Introdução. 1) Considerações sobre alimentos, obrigação alimentícia e natureza alimentar. 2) Meios executórios na execução de prestação alimentícia. 3) Alimentos pretéritos e prisão civil na jurisprudência. 4) Do princípio da dignidade da pessoa humana e da prisão civil por dívida alimentar. 5) Do direito à vida e sua integração pelos alimentos. 6) Meios executivos alternativos na execução alimentícia. Considerações finais

Resumo: A jurisprudência entende que a prisão civil do devedor de alimentos restringe-se ao inadimplemento das três últimas parcelas devidas antes da propositura da execução, de maneira que as demais prestações que compõem a dívida devem ser executadas conforme o artigo 732 do CPC. Analisando o conceito de alimentos e de obrigação alimentar, os meios executórios utilizados na execução alimentícia e a instrumentalidade dos alimentos para a obtenção da dignidade, o presente trabalho busca incitar reflexões sobre a insubsistência de tal entendimento e sobre a possibilidade de outras consequências jurídicas que não a prisão civil coercitiva.

Palavras-chave: Execução alimentícia, Prisão civil, Alimentos pretéritos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar um questionamento crítico sobre o entendimento jurisprudencial acerca da aplicação da prisão civil do devedor de alimentos em relação apenas às três últimas prestações vencidas antes da propositura da execução, submetendo as demais à execução pelo rito previsto no artigo 732 (com aplicação subsidiária do artigo 475-J e seguintes) do código processual civil.

Tal inteligência favorece tão somente o devedor que não tem bens em seu próprio nome, não tem renda fixa e não quer pagar pensão.

Dimensionando a questão patrimonial no contexto das relações familiares sem olvidar os valores constitucionalmente reconhecidos pelo ordenamento

jurídico, o presente trabalho busca apresentar a fragilidade dos argumentos que embasam os julgamentos, juntando jurisprudências e focalizando uma visão crítica sobre a impropriedade de se considerar pretérita a dívida alimentar referente a período superior a três meses, destacando ainda que a força coercitiva que emana da possibilidade de segregação celular em razão de débito alimentar, expressamente prevista pelo ordenamento jurídico pátrio, está fragilizada em razão do entendimento do Judiciário.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE ALIMENTOS, OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA E NATUREZA ALIMENTAR

1.1. DEFINIÇÃO DE ALIMENTOS

Embora estejam previstos no ordenamento jurídico pátrio, os alimentos não são definidos pela legislação, cabendo tal conceituação aos doutrinadores.

Sobre a definição de alimentos, Maria Helena Diniz esclarece:

[...] Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação (CC, art. 1.701, *in fine*), incluindo parcelas despendidas com sepultamento, por parentes legalmente responsáveis pelos alimentos (Diniz, 2004, p. 495).

Desse modo, infere-se que os alimentos abarcam a manutenção imprescindível da própria dignidade daqueles que precisam da prestação alimentar, não se destinando exclusivamente a possibilitar o sustento ou matar a fome do alimentando, mas também a satisfazer necessidades outras que se tem por vitais, consideradas morais ou intelectuais.

Também é inegável a conotação solidária dos alimentos quanto à perspectiva de cooperação familiar e, inclusive, social, haja vista que a Carta Fundamental de 1988 expressou ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos” (art.3º), destinando singular proteção à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, compreende-se que os alimentos são intrínsecos ao ser humano e possuem o escopo de suprir as necessidades imprescindíveis de vida, cruzando uma obrigação jurídica com preceitos de ordem moral e afetiva. Assim, os alimentos visam proteger a vida e a dignidade humana (Destefenni, 2006).

1.2. FUNDAMENTO E ORIGEM DA OBRIGAÇÃO E DO DEVER ALIMENTAR

Tanto a obrigação quanto o dever alimentar fundam-se no princípio da solidariedade entre os membros de uma mesma família, haja vista a existência de um vínculo de cooperação e uma comunhão de interesses entre os mesmos, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, como pilar da nossa ordem constitucional e diretriz permanente das atuações do Estado.

Maria Berenice Dias ensina:

[...] Basta a existência do comprometimento mútuo para se estar frente a um vínculo familiar. Assim, quem ama, seja quem for, assume deveres, encargos e obrigações. Quem é amado tem direitos. Como o afeto gera ônus e bônus, aí situa-se a natureza da obrigação alimentar (Dias, 2006, p. 34).

Depreende-se, por óbvio, que a obrigação alimentícia já nasce com o próprio ser humano, haja vista a sua fundamentação para a sobrevivência daquele que não é capaz de manter-se por si só, mas é a lei que determina quem deverá prestar alimentos, de maneira que a obrigação alimentícia (decorrente de lei) obedece a uma perspectiva solidária entre os membros de uma mesma família e traduz a inserção da dignidade humana imposta como diretriz de nossa ordem jurídica.

2 MEIOS EXECUTÓRIOS NA EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

As execuções de prestação alimentícia podem utilizar tanto o rito procedimental esculpido no Código de Processo Civil quanto o da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos), uma vez que sempre se exige meios mais eficazes para a execução alimentícia, tendo em vista que a falta de cumprimento da prestação alimentícia além de causar a redução patrimonial, ainda coloca em risco a própria sobrevivência daquele que precisa dos alimentos.

O crédito alimentar pode ser buscado através dos meios executivos de expropriação e de coerção.

Os meios de expropriação buscam retirar um bem do patrimônio do devedor para satisfazer a obrigação devida.

Os meios de coerção manifestam-se sobre a vontade do obrigado para convencê-lo a adimplir, ou seja, tais atos agem pressionando o devedor psicologicamente, constrangendo-o ao adimplemento da obrigação devida, quais sejam, a multa pecuniária e a prisão civil.

Quanto à prisão civil, conforme o entendimento jurisprudencial, o credor somente poderá fazer uso de tal mecanismo quando o inadimplemento alimentar referir-se às prestações recentes, isto é, se o débito for inferior a três meses.

Por tal meio, o devedor será citado para efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, no prazo de três dias, sob pena

de prisão. Não paga a dívida ou rejeitada a justificação apresentada, expedir-se-á mandado de prisão contra o executado.

3 ALIMENTOS PRETÉRITOS E PRISÃO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA

Ao descumprir o dever de prestar alimentos, o alimentante estará sujeito à sanção da prisão civil, consoante admite o inciso LXVII do artigo 5º, da Constituição Federal e o artigo 733, do CPC.

A jurisprudência tem entendido que a dívida alimentícia referente a período superior a três meses caracteriza-se como dívida pretérita, ou seja, apenas as três últimas prestações devidas são executáveis conforme o artigo 733 do CPC, portanto, passíveis de motivar a segregação celular do alimentante.

Vejamos a jurisprudência do STJ:

HABEAS CORPUS. ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS PRETÉRITOS. PARCELAMENTO. RENEGOCIAÇÃO. **Não se admite processo de execução pelo rito do art. 733 do CPC para cobrança de dívida alimentícia vencida há mais de três meses da data do ajuizamento do pedido.** O fato de ter havido renegociação, com acordo sobre o parcelamento da dívida, não retira das parcelas antigas nele incluídas a sua natureza de dívida pretérita. Recurso provido em parte.¹
[grifamos]

O fundamento alegado pelos julgados é o de que somente a dívida referente aos três meses anteriores à propositura da execução possui natureza alimentar.

Revela-se tal entendimento completamente insubsistente, sobretudo, porque não se mostra razoável o entendimento de que a dívida em alusão perde seu caráter alimentar em um passe de mágica, como querem os julgadores.

Ademais, a limitação jurisprudencial ao emprego da coação pessoal, dela excluindo os alimentos pretéritos, relega hipóteses da vida prática como a do alimentado que, por causa atribuível ao alimentante, deixou de adquirir alimentos, dando ensejo a realização de dívidas para atender suas necessidades.

Também é comum o credor tentar receber os valores devidos de forma amigável, dando causa ao requerimento judicial após certo tempo, depois de esgotados todos os meios comuns para obter o montante devido.

Além disso, não é rara a ocorrência de casos em que o devedor de alimentos só paga as prestações devidas (pelo menos quanto aos últimos três

¹ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=13932&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em: 13 fev. 2007.

meses) quando da expedição do decreto prisional, aproveitando-se do que reza a jurisprudência do STJ.

Deve-se destacar que a lei não faz qualquer distinção entre alimentos novos e pretéritos, muito menos determina que a coerção pessoal só pode ser utilizada quanto aos primeiros. Logo, onde a lei não distingue ao intérprete não cabe fazer distinções.

Por conseguinte, cada caso deve ser avaliado individualmente, tendo em vista que razões múltiplas que não a desídia do credor podem ter ensejado o retardamento da execução, bem como se deve atentar para os casos em que a necessidade de uma solução imediata se faz constantemente presente, como na hipótese em que o alimentado possui doença grave e necessita de cuidados especiais, razão pela qual tais prestações jamais perdem o caráter de urgência.

Cumpra observar ainda que o artigo 733, do CPC, garante a ampla defesa antes da decretação do mandado de prisão, dando prazo de três dias para o executado justificar a sua impossibilidade de fazê-lo.

Ora, se o executado poderia interpor ação de exoneração de encargos alimentícios e não o fez, nem mesmo justificou a impossibilidade de efetuar o pagamento, legítima é a determinação de sua prisão.

Aliás, a medida coercitiva da prisão não se destina simplesmente àqueles que não pagam alimentos, mas àqueles que podem pagá-los e se recusam a fazê-lo, haja vista que a imposição da prisão de quem não pode pagar além de ser medida incapaz de produzir o efeito pretendido, não soluciona o problema daquele que precisa dos alimentos, sendo, portanto, injusta e ineficaz (Felipe, 1997).

Portanto, o entendimento jurisprudencial, além de desconsiderar as características distintivas de cada demanda, acaba deixando de assegurar o direito à sobrevivência para privilegiar a liberdade daquele que não tem a responsabilidade de garantir a subsistência a quem deve alimentos.

4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA ALIMENTAR

O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, é o pilar de nossa ordem constitucional, ou seja, orienta não apenas os direitos fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico.

Acerca da liberdade, Cecília Meireles certa vez refletiu que a liberdade é uma palavra que o sonho alimenta e que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda (Meireles, 1989). De igual modo, o conceito de dignidade, por possuir uma carga de abstração muito forte, revela-se indeterminado.

Entretanto, é possível identificar situações em que o princípio está sendo violado, aliás, é mais fácil perceber o que a dignidade não é do que exprimir o que ela é (Sarlet, 2001).

Os alimentos exercem a função de instrumento de afirmação do princípio da dignidade humana, ou seja, a obrigação alimentar possui seu fundamento axiológico no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo reconhecimento constitucional alberga, inclusive, a possibilidade de prisão civil do devedor (artigo 5º, VXXVII).

A propósito da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, com singular acuidade, Moraes *apud* Fachin (2005, p.105) assim colaciona:

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância, no vácuo, da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre; [...]

Portanto, a prisão civil do devedor de alimentos deve ser interpretada à luz dos valores mais relevantes da ordem jurídica, que são os que se encontram identificados através dos princípios fundamentais, notadamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana que determina a estruturação de todos os demais princípios.

5 O DIREITO À VIDA E SUA INTEGRAÇÃO PELOS ALIMENTOS

Dentre todos os direitos tidos como essenciais, o direito à vida é o mais importante de todos, basicamente porque sem ele não há, sequer, a existência da pessoa, logo, a sua ausência implica na inoperância de quase todos os outros direitos da personalidade (com exceção daqueles que produzem efeitos *post mortem*).

O direito à vida ou à existência é o primeiro de todos os direitos originários (Viana, 1998), por isso, a proteção a tal direito se dá desde a concepção, com a tutela do nascituro até o seu nascimento e, posteriormente, até a morte.

A sua indisponibilidade é acentuada, sobretudo porque diz respeito a direito à vida e não sobre a vida, enfatizando a sua irrenunciabilidade e o seu aspecto negativo, ou seja, impõe-se a toda a coletividade o respeito a tal direito.

Assim, o direito a alimentos é um dos direitos subsidiários ao direito à vida, ou seja, uma vez que o direito a alimentos é aquele que assegura a subsistência e esta é que mantém, propriamente, a existência, não resta dúvida que ele realiza, garante e complementa o direito à vida, tanto no aspecto físico, quanto nos aspectos intelectual e moral, revelando-se, portanto, um direito da personalidade.

Boa parte da doutrina considera que o direito a alimentos não se encontra sob a esfera de proteção dos direitos da personalidade, uma vez que é oponível somente em relação a certas pessoas, sendo, portanto, um direito de caráter relativo (Bittar, 2001). Porém, há de se considerar que a Carta Fundamental e os seus princípios ditos fundamentais têm por objetivo precípuo a formação de uma sociedade mais justa e solidária, bem como a preservação da dignidade da pessoa humana, conforme expressamente previsto em seu texto.

Destarte, a Constituição da República abriga a proteção à vida como imperativo fundamental, cuja relevância abandona o caráter individual e invade a seara social, mormente em razão da concepção da dignidade que deve permeá-la, donde podemos citar como exemplo os programas assistenciais por parte do Estado ou mesmo de organizações da sociedade civil (Bittar, 2001).

6 MEIOS EXECUTIVOS ALTERNATIVOS NA EXECUÇÃO ALIMENTÍCIA

A possibilidade de outras conseqüências jurídicas que não a prisão civil coercitiva deve ser pensada, contudo, tal ensejo não deve ser propulsor do esquecimento das responsabilidades inerentes ao poder familiar e, muito menos, da eficiência do poder coercitivo emanado da norma que permite a prisão, haja vista que, em boa parte das vezes, apenas a iminência de seu decreto torna o devedor adimplente de sua prestação.

Nesse embate, é *sine qua non* a reflexão acerca da criação e aplicação de penalidades de gravidade progressiva para que não se privilegie nem se avilte o devedor de alimentos.

Interessante sanção se observa na Argentina, na Província de Buenos Aires, em que há um registro de devedores de alimentos, nos moldes dos cadastros negativos de crédito existentes no Brasil, contudo, a inscrição do devedor de alimentos em tal registro o priva de diversos atos da vida civil.

A inclusão do nome do alimentante se faz vinte e quatro horas após o recebimento do mandado judicial, quando o devedor atrasa três meses consecutivos ou cinco alternados, conforme a Lei nº 13.074, publicada em 07/08/2003. Tal diploma legal determina, dentre outras punições, que após a inscrição em tal cadastro o devedor de alimentos fica impossibilitado de abrir conta corrente em banco, renovar cartão de crédito ou realizar quaisquer operações bancárias, assim como de abrir sociedade comercial, de ser concessionário, permissionário ou licitante. Até mesmo a solicitação de Carteira Nacional de Habilitação ou sua renovação será outorgada provisoriamente por 45 (quarenta e cinco) dias, devendo o condutor adimplir a obrigação alimentícia para regularizar sua situação e obter a carteira definitiva (art. 5º).

Por constituir bem jurídico essencial, os alimentos gozam de proteção especial do ordenamento jurídico, legitimando, desse modo, a emanção de alterações na legislação processual, no sentido de modificar o entendimento jurisprudencial que se perfaz com uma só solução acerca da prisão civil em caso de inadimplemento, sem avaliar as particularidades dos casos postos em julgamento, bem como de criar meios alternativos de execução dos alimentos que confirmem maior eficiência aos intentos da legislação material e processual acerca de tal assunto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entender pela impossibilidade de aplicação da prisão civil em relação às dívidas alimentícias de período superior a três meses, argumentando que a inatividade do credor altera a natureza do crédito é vilipendiar a razão, haja vista que o lapso temporal não é suficiente para alterar o caráter ou o cunho de urgência peculiar às verbas alimentícias.

Ademais, as causas que provocaram o retardamento da propositura da execução devem ser analisadas caso a caso, uma vez que diversas razões que não a negligência do credor podem ter ensejado o retardamento da execução.

Igualmente, se há impossibilidade de pagamento das prestações alimentícias por parte do devedor, o conveniente é que este solicite judicialmente a liberação do encargo alimentar ou justifique a sua incapacidade de pagar os valores cobrados.

Portanto, a determinação do período de três meses para autorizar a constrição pessoal do devedor de alimentos não possui amparo legal nem atende aos fins sociais buscados pela lei, posto que os alimentos pretéritos não perdem a sua natureza com o tempo.

O entendimento jurisprudencial viola patentemente a Carta Constitucional, na medida em que esta determina a sujeição à sanção da prisão civil aos devedores de alimentos, bem como estabelece como valor supremo da nossa ordem jurídica o princípio da dignidade humana.

Restringir a hipótese de prisão às três últimas prestações devidas tem favorecido somente ao devedor, justamente a parte que deveria ser mais exigida.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. 9. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ASSIS, Araken. *Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARROSO, Felipe dos Reis. *Manual de formatação de monografia jurídica*. Fortaleza: Book Gráfica e Editora, 2006.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005.

BEZERRA, Isabel Cecília O. Dos direitos da Personalidade. *Revista Jurídica da Fa7*, v. III, n. 1, p. 11-23, abril. 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CAHALI, F. J.; PEREIRA, R. da C. (coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos. rev. ampl. e atual. de acordo com o Novo Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CASTRO, Amílcar de. *Do procedimento de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre Alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

FACHIN, Rosana Amara G. *Dever Alimentar para um novo Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FELIPE, Franklin A. *Prática das ações de alimentos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Alimentos*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

MADALENO, Rolf H. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MARMITT, Arnaldo. *Prisão Civil por Alimentos e Depositário Infel*, 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 1989.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. x.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Nilton R. Dantas. *Alimentos (Técnica e Teoria)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil*. 2. ed., rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. v. 2.

WALD, Arnoldo. *Novo Direito de Família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E. *Curso Avançado de Processo Civil*, 8. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI 11.705/2008 (LEI SECA) – ANÁLISE NO ÂMBITO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Emerson Castelo Branco

Defensor público. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Penal na FA7 e de Processo Penal na Universidade de Fortaleza.

emersoncbm@yahoo.com.br

A Lei N.º 11.705, de 19 de junho de 2008, denominada Lei Seca, com o caráter rigoroso das suas disposições, ao menos inicialmente, vem obtendo nítida eficácia no combate à criminalidade na direção do veículo automotor. Essa constatação pode ser aferida pelas últimas estatísticas acerca de acidentes automobilísticos com resultado morte, demonstrando a diminuição destes.

E, de fato, faziam-se necessárias disposições mais rigorosas para coibir a violência no trânsito. Afinal, o Brasil enfrenta a trágica realidade de 35 mil mortes e 400 mil feridos em acidentes, provocados dolosa ou culposamente por motoristas que desenvolvem a denominada “condução homicida”.

Se por um lado pode-se argumentar que as novas disposições seguem na contramão dos princípios modernos do Direito Penal, como a intervenção mínima; por outro, os argumentos a favor das campanhas de educação no trânsito precisam ser colocados em cheque, porque não vinham surtindo o efeito pretendido.

Dentro dessa realidade, o aspecto inibitório da nova Lei merece elogios. Há muito se reivindicava tolerância zero para um dos trânsitos de veículos mais violentos do mundo. Contudo, os elogios param por aí. O legislador pensou nos fins, e não nos meios. A Lei Seca, em seu âmago, está eivada de inconstitucionalidades alarmantes.

Primeiro, porque lesa o princípio constitucional da razoabilidade. A quantidade mínima de álcool no sangue merece ser desconsiderada, por ser um irrelevante penal.

Segundo, porque lesa o princípio constitucional da culpabilidade, consagrando este, no Direito Penal, a responsabilidade subjetiva. Não se pode estabelecer como crime a mera conduta de dirigir, após fazer a ingestão de bebida alcoólica. Se o motorista conduzia o veículo com absoluta normalidade e segurança, como se lhe imputar a prática de um delito? Isso seria trazer a teratológica responsabilidade objetiva dos calabouços da Idade Média.

Terceiro, lesão ao princípio da ofensividade. Não haverá crime sem ofensa ao bem jurídico protegido. A ausência de lesão ao bem jurídico torna o fato atípico. É inconcebível, em pleno Estado Democrático de Direito, prender em flagrante o sujeito todas as vezes que esteja dirigindo com seis decigramas ou mais de álcool por litro de sangue, sem aferir se este desenvolvia uma condução anormal; ou, ao menos, se o seu estado comprometia a segurança no trânsito (bem tutelado na norma penal).

Quarto, a garantia da não auto-incriminação, decorrente do princípio-vedor da dignidade da pessoa humana. A pessoa não pode ser obrigada a ceder seu corpo para a elaboração de exames de bafômetro e de sangue. O ônus da prova cabe ao Estado.

Diante do quadro analisado, incumbe aos juízes a responsabilidade de interpretar as novas disposições sob a perspectiva dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, procedendo às devidas correções.

MENORIDADE E CRIME EM ROMA E NO BRASIL

Agerson Tabosa Pinto

Doutor em Direito. Professor de Direito Romano na FA7.

Maria Vital da Rocha

Doutora em Direito. Professora de Direito Romano na FA7.

Comunicação apresentada no XVI Congresso Latinoamericano de Derecho Romano (San José, Costa Rica, de 21 a 23/jul/08)

INTRODUÇÃO

O homem nasce com personalidade jurídica, e, como tal, começa a socializar-se, integrando os mais diferentes grupos sociais. De princípio, cada um tem plena capacidade de direito, mas é absolutamente incapaz de fato. É a idade que lhe traz sua primeira incapacidade.¹ A criança, recém nascida, não é, rigorosamente, pessoa. Em linguagem filosófica, não é pessoa em ato, mas apenas em potência, pois tem direitos, mas não pode, por si, exercê-los. Tal somente vai ocorrer mais tarde, após algum tempo de experiência ou autonomia extra uterina. O homem, assim, aos poucos, vai se capacitando a viver social e juridicamente. Quando precisar fazer contratos, chega à maioridade civil e adquire capacidade negocial. Para participar de diferentes atos judiciais, conquista a capacidade processual. Com o tempo, atinge a idade a partir da qual começa a cometer o que a lei define como crime e a responder por seus efeitos. É a maioridade penal com a responsabilidade criminal.

Em todo o mundo, e desde a mais remota antiguidade, se usou fixar-se uma idade, como sendo a ideal, para o cometimento do crime. É a maioridade penal, que se atinge, atualmente, no Brasil, aos 18 anos completos. Mas, porque aos 18 anos?

O presente trabalho pretende trazer pequena contribuição à discussão da matéria.

Começaremos recordando aquelas noções indispensáveis à compreensão do crime, como as de capacidade de direito e de fato, as de vontade e dolo, e as de maioridade e imputabilidade. Em seguida, examinaremos como o Direito Romano enfrentou o problema, aliando sempre objetividade metodológica à preocupação filosófica. Após a exposição relativa ao direito brasileiro, vamos chegar às conclusões, um tanto melancolicamente. É que nosso modelo distanciou-se do modelo herdado da antiguidade greco-romana, e, além disso, não logrou incorporar as valiosas contribuições da Sociologia, da Psicologia e de outras ciências sociais auxiliares do Direito.

1 PRELIMINARES

1.1 CAPACIDADE

Segundo a lei brasileira, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.² Essa capacidade, se diz capacidade de direito, ou seja, a aptidão de ser titular de direitos, de ser sujeito de relações jurídicas e de contrair obrigações, enquanto capacidade de fato é a aptidão para o exercício ou atualização dos direitos de que a pessoa é titular, ou para praticar, por si só, atos que produzam efeitos jurídicos.³ É o caso da criança de 5 anos, que tem capacidade de direito, mas é desprovida de capacidade de fato. Quando se fala em incapacidade ou inimputabilidade do menor, a referência é à incapacidade de fato, em razão da idade, que ainda é inferior àquela a partir da qual a pessoa tem vontade própria e discernimento e sabe distinguir os valores que pautam o seu comportamento.⁴ Se falta, por completo, a vontade, ou o discernimento, a incapacidade de fato se diz absoluta; mas, se o discernimento é parcial ou a vontade é incompleta, a incapacidade é relativa. Assim, como veremos, o infante (menor de 7 anos) é absolutamente incapaz, mas o impúbere, maior de 7, e menor de 12 e 14 anos, é incapaz apenas relativamente. Essa distinção não pode ser feita no atual direito brasileiro, pois tanto a criança, quanto o adolescente, são absolutamente incapazes em matéria criminal.⁵

1.2 MENORIDADE MAIORIDADE

Para ser capaz de fato, a pessoa tem que atingir a idade estabelecida. É essa idade que vai fazê-la agente capaz de manter relação processual, de celebrar atos jurídicos e de cometer crimes. Com essa idade, presume-se que o jovem adquiriu vontade própria, consciência do que faz e inteligência ou discernimento. Atingiu a maioridade jurídica. Há razões para distinguir a idade da maioridade civil daquela idade da maioridade penal? Para a maioridade fisiológica (*capacitas generandi*), os romanos, mesmo sem necessidade do exame físico (*inspectio corporis*), fixaram em 12 anos, para a mulher, e de 14, para o homem, o início da puberdade. Crentes no paralelismo psico-físico, achavam que, com a mesma idade, a pessoa amadurecia para as atividades físicas ou fisiológicas e também para as atividades da inteligência e do espírito. Assim, como regra geral, quem fosse púbere, isto é, capaz de casar e gerar, também era capaz de contratar e delinquir.

Restringimos, aqui, nossa pesquisa, à menoridade criminal, visto que vamos tratar daqueles que, em razão da idade, são penalmente inimputáveis, ou, não podendo responder por autoria de crime, são também processualmente incapazes.

1.3 INIMPUTABILIDADE

Com apoio em Basileu Garcia, Giordani diz que a imputabilidade é a aptidão para praticar determinados atos com discernimento.⁶ Por não ter essa aptidão, o menor não é imputável ou é inimputável.

Mas, porque a criança e o adolescente, em razão da idade, não são imputáveis? Os autores, em sua quase unanimidade, respondem: por lhes faltar discernimento, bom senso, juízo, maturidade, experiência. Por não saberem o que fazem, não podem ser culpados nem responsabilizados. Incapazes de agir com dolo ou *animus nocendi*, os menores não podem cometer crime, pois este requer, além do elemento material, que é o *corpus*, o fato ou fenômeno, a realidade exterior, requer o elemento interior, espiritual, anímico, psíquico que é o *dolus*.

Mas, então, com que idade, o menor passa a agir consciente do sentido de que suas ações e do cumprimento de suas obrigações no convívio social, para se tornar imputável?

A nós nos parece que os romanos foram mais racionais do que os modernos, ao fixarem em 7 anos o fim da incapacidade absoluta ou da *infantia*; e em 12 anos, para as mulheres, e 14, para os homens, e o fim da incapacidade relativa ou da impuberdade.

É o que passamos, agora, a discutir *utroque jure*, realçando a não imputabilidade criminal do menor.

2 DIREITO ROMANO

A imputabilidade no Direito Romano começou aos 12 anos para as mulheres e 14 para os homens, ou seja, começou com a puberdade.⁷ Mas, o tratamento dispensado ao menor de 12/14 anos não foi sempre o mesmo, ao longo dessa faixa etária. Até os 7 anos, os menores eram infantes (*infantes, qui fari non possunt*), que não podem falar, são absolutamente incapazes. Mas, na faixa entre 7 e 12/14 anos, eles poderiam ser tratados ou como impúberes próximos da infância ou impúberes, próximos da puberdade. Vejam essas diferenciações.

2.1 O impúberes menores de 7 anos, eram infantes, absolutamente incapazes, pois não falavam, isso é, não falavam com plena consciência, por isso eram inimputáveis. Quem respondia pelos seus desvios de comportamento, ou atos infracionais⁸ eram seus representantes legais: o *paterfamilias*, se o menor era *alieni juris*, ou o tutor, se o menor fosse *sui juris*. Não havia ação penal contra o infrator, em razão de sua incapacidade processual. Tudo ficava sob a jurisdição do *consilium domesticum* ou sob o *mancipium* do patriarca.⁹

2.2 Os impúberes maiores de 7 anos e menores de 12/14 eram inimputáveis se estivessem mais próximos da infância, herdando desta a absoluta capacidade para a prática de ilícitos e para o cumprimento de obrigações *ex delicto*.¹⁰ Se o impúbere mais se aproximava da puberdade do que da infância, por demonstrar ter mais juízo ou mais discernimento, podia ser culpado, responsabilizado pelo *maleficium* cometido, como se púbere e adulto já fosse, mas havia um tratamento diferencial, em seu favor, expresso na aplicação da pena.¹¹ GIORDANI cita crimes que eram punidos com pena de morte, se cometidos por púberes: mas, se seus autores fossem impúberes, a pena capital que lhes cabia era convertida em punição corporal.¹²

Ao que parece, a jurisprudência clássica esteve vacilante sobre a imputabilidade criminal ou não do impúbere. Enquanto PAULO dizia que os juizes penais protegem a idade e a imprudência e que o dolo não ocorre na impuberdade, ULPIANO E JULIANO achavam que o impúbere, que estava próximo da puberdade, podia ser demandado pelo seu próprio dolo.¹³ GAIO também entrou nessa discussão da imputabilidade, quando diz que o impúbere só responde pelo crime de furtum e injuria se estiver perto da puberdade.¹⁴ Por fim, uma constituição de Alexandre Saverio decide que não se aceita a impunidade para os delitos em razão da idade.¹⁵ Tal só poderá ocorrer se a lei o declarar formalmente, e, neste caso, conclui GIORDANI, o impúbere se beneficia da proteção legal, mesmo estando próximo da puberdade.¹⁶

3 DIREITO BRASILEIRO

Vamos abordar o tema, no âmbito do Direito Brasileiro, partindo da legislação vigente e dos critérios científicos que lhe deram embasamento, revendo, depois, a legislação anterior e realçando a incompatibilidade com os critérios da imputação no domínio cível e o afastamento da legislação e da jurisprudência romanas.

3.1 LEGISLAÇÃO VIGENTE

A inimputabilidade penal do menor, no Direito Brasileiro, foi estabelecida nas três ordens normativas: na norma maior, a da Constituição de 1988; na norma geral, ordinária, do colégio Penal de 1940; e na norma especial, a do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990. os três diplomas legais utilizaram a mesma linguagem. O mais antigo, o Código Penal, em seu artigo 27, reza: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.¹⁷ A Lei nº 7.209, de 11.07.1984, que dispõe sobre a nova parte geral do Código Penal, manteve a não imputabilidade do menor de 18 anos.¹⁸

Sobre a matéria, a Constituição em vigor repete, em seu artigo 228, o que dispõe o Código Penal citado: “São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.”¹⁹

Por fim, a Lei nº 8069, de 13.07.1990, conhecida pelo nome de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diz, em seu artigo 104, também repetindo: “São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos sujeitos às medidas previstas nesta lei”.²⁰

3.2 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DA MENORIDADE PENAL

Foi o próprio autor do projeto do Código Penal, ministro Francisco Campos, que, na exposição de motivos, revelou a opção do projeto pelo critério biopsicológico “O método biológico ... não merece adesão: admite aprioristicamente um nexos constante de causalidade entre o estado mental patológico do agente e o crime; colocando os juizes na absoluta dependência dos peritos médicos, e, o que é mais, fazendo *tabula rasa* do caráter ético da responsabilidade. O método puramente psicológico é por, sua vez, inaceitável, porque não evita, na prática, um demasiado arbítrio judicial ou a possibilidade de um extensivo reconhecimento da irresponsabilidade, em antinomia com o interesse da defesa social. O critério mais aconselhável, por todos os pontos de vista, é, sem dúvida, o misto ou biopsicológico. Quando, com base nesse critério, se fundamenta a incapacidade do menor no desenvolvimento mental incompleto ou retardado, por isso se deve entender a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas as faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde a inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral)”.²¹

Desde então, duas correntes doutrinárias passaram a confrontar-se: uma a favor da legislação vigente, que estende a inimputabilidade do jovem até os 18 anos, alegando que, antes dessa idade, o jovem precisa é de escola para educar-se e socializar-se e não de cadeia para reparar malefícios, e a outra que, seguindo tendência universal, propugna pela rebaixamento da idade para a imputabilidade, sob a alegativa de que o desenvolvimento mental das pessoas acompanha, *pari passu*, seu desenvolvimento físico, como pensavam os romanos. Alegam ainda que a tecnologia educacional, colocando à disposição da criança e do adolescente, o rádio, a televisão, o teatro, a revista, o cinema e a internet, favorece o seu amadurecimento mais cedo. E, assim, ao conhecer o jovem a pauta de valores que regulam seus atos, numa palavra, ao ter discernimento, já pode realizá-los conscientemente, com ou sem intenção criminosa.

Meio século depois, quando, em nossa legislação, a capacidade civil e a maioridade política tornam-se reconhecidas a partir dos 16 anos, a responsabilidade

criminal permanecia intocável, ou seja, começando somente aos 18 anos.²² Na exposição de motivos da Lei nº 7.209, de 11.07.1984, que regula a nova parte geral do Código Penal, o então Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, assim justifica a manutenção da inimputabilidade penal do menor até os 18 anos: “Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação e não à pena criminal.”²³

Comentando o artigo 27 do Código Penal, que estende até 18 anos a incapacidade de o menor cometer crime, MIRABETE diz que a lei não leva em conta o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações. Trata-se de um caso de presunção absoluta de inimputabilidade, e, embora não possa negar que um jovem de menor idade tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos, não se admite a prova de que era ele, ao tempo da ação ou omissão, capaz de entendimento e determinação.”²⁴

3.3 LEGISLAÇÃO ANTERIOR

3.3.1 Pelo Código Criminal de 1830, A Inimputabilidade Penal do Menor Terminava Aos 14 Anos: “Também Não se Julgarão Criminosos: “1ª - Os Menores de 14 Anos.”²⁵

3.3.2 O Código Penal de 1890 manteve a não imputabilidade criminal dos menores de 14 anos. Essa não imputabilidade não isentava o menor da responsabilidade civil pelo dano causado por ato ilícito. Assim é que o artigo citado do Código Criminal do império passou a ser o art. 808 da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, com esta redação: “Serão igualmente obrigados à satisfação do dano, posto que não possam ser punidos: 1º) os menores de quatorze anos”.²⁶

3.3.3 Constituições anteriores— Nenhuma constituição, antes da de 1988, havia estabelecido, como direito individual do menor, a não imputabilidade. A consagração desse direito, a nível constitucional, foi mais uma vitória, dentre as muitas obtidas pela esquerda da Assembléia Constituinte, em sua luta em favor da inclusão social, da universalização da cidadania e do efetivo gozo dos direitos individuais. Autores há, de nomeada alguns, como Gofredo Telles e Eros Grau,

que advogam o caráter de cláusula pétrea para a inimizabilidade criminal do menor de 18 anos, sendo, assim, inconstitucional toda emenda que objetive alterar o que dispõe o artigo 228 de nossa carta magna.²⁷ Embora esse direito individual não conste na relação daqueles expressamente relacionados no artigo 228, bem pode ele ser tido como cláusula pétrea.²⁸

3.3.4 CÓDIGO DO MENOR

Tanto o Código Penal de 1940 (art. 27), quanto a constituição de 1988 (art. 228) fazem referência à legislação especial, que contem as normas a que ficam sujeitos os menores de 18 anos, que, como inimputáveis, escapam ao controle das normas do Código Penal. Essa legislação especial esteve contida no Código do Menor, em suas várias edições. Em sua última e atual edição, passou a denominar-se Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Trata-se da Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990.

O primeiro Código do Menor veio a lume em 1927, pelo Decreto nº 5.083, tendo sido revogado em 1943, pelo Decreto-Lei 6.026, com o fim de ajustar a legislação do menor ao novo Código Penal. Antes da constituição de 1988, foi promulgada a 3ª edição do Código do Menor, através da Lei nº 6697, de 10.10.1979.

4 NOTAS

¹ Pereira, Caio Mário da Silva: “Dentre os incapazes, destacam-se, em primeiro plano, os que a lei considera totalmente inaptos ao exercício das atividades da vida civil. São *absolutamente incapazes*, que têm direitos, podem adquiri-los, mas não são habilitados a exercê-los. São apartados das atividades civis: não participam direta e pessoalmente de qualquer negócio jurídico”. *Instituições de Direito Civil*, 19ª edição, vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 169:

³ Pereira, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 161 - 166

⁴ Idem, ibidem, p. 161-184

⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 2º e 4º, parágrafo único

⁶ Giordani, Mário Curtis *Direito Penal Romano*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p.30. Kelsen, com razão, faz um relacionamento entre o indivíduo não imputável e a sanção penal: “A irresponsabilidade jurídica de um indivíduo é simplesmente sua não sujeição a sanções. O termo inglês *irresponsible* (irresponsável) equívale ao alemão *unzurechnungsfähig*, que significa, literalmente, incapaz de ser um sujeito ao qual algo pode ser imputado. A palavra imputação carrega, em verdade, a idéia de que um evento ou outro é atribuído ou posto em conexão com certo indivíduo. Mas a imputação que está em questão aqui não é a relação entre um indivíduo e uma ação sua, mas a relação entre a sanção jurídica e a ação, e, assim, indiretamente, o próprio

indivíduo juridicamente irresponsável e a sanção e não o fato que seria um delito caso cometido por outra pessoa. O conceito de imputação refere-se à relação específica entre delito e sanção.” Kelsen, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado* (*General Theory of Law and State*), São Paulo, Martins Fontes, 1992, p. 95-96.

⁷ Vide, Santos Justo, Antonio *Direito Privado Romano*, I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra, 2003, p. 141-142 e Mommsen, Teodoro *El Derecho Penal Romano.*, t. I, Madrid, España Moderna, 1999, ed. facsimilar, p. 72-93.

⁸ Ato infracional é a expressão adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁹ A idade merece escusa, dizia Ulpiano: *aetas enim excusationem meretur*. Digesto, 29,5,1,32, Ulpiano e também: *Impuberes non torqueantur: terreri tantum solent et habena vel férula cedit*, isto é, os impúberes não sejam torturados; costumam somente ser assustados e ser batidos com uma correia ou com uma vara. Digesto, 29,5,1,33, Ulpiano. *Os proximi infantiae* eram tidos como irresponsáveis. D. 9, 2,5,2 Ulpiano. Jesus M. Daz Biando Brandi.

¹⁰ Entre as pessoas que não tinham capacidade penal, estavam as desprovidas de capacidade de agir, por não terem alcançado a puberdade, quando se adquire a capacidade de contrair matrimônio. Vide Kaser, Max *Derecho Romano Privado* (tradução do original alemão por José Santos Cruz Teixeira, 2ª ed., Madrid, Réus, 1982, p.72-73, Di Pietro, Alfredo *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 94, 95, Martínez Jesús Daza y Ennes, Luís Rodríguez, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 3ª ed. Madri 2001 p.42; Moreira Alves, José Carlos “*Direito Romano-I*”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983 p. 149-150

¹¹ Giordani, Mario Curtis, op. cit., p. 31

¹² D., 50, 17, 108 Paulo: *Fere in omnibus poenalibus judiciis et aetati et imprudentiae succuritur*, isto é, em quase todos os juízos penais, a idade e a imprudência são protegidas; e D. 48,10, 22, pr., Paulo: *Cum dolus malus in eam aetatem non cedit*, pois o dolo não ocorre nessa idade. Sobre *puberdad e jurisprudentia*, Vide Tafaro, Sebastiano, *Pubes e Viripotens*, Bari, Cacucci Editore, 1988, p. 199-217.

¹³ D. 4,3,13,1. Ulpiano: *ego arbitrator et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est*; D. 44,4,4,26, Juliano; *Julianus quoque saepissime scripsit doli pupillos, qui prope pubertatem sunt, capaces esse*.

¹⁴ Gaio, 3, 208 e D. 50,17,111, pr., Gaio.

¹⁵ Código, 9, 47, 7: *Impunitas delictis propter aetatem non datur*.

¹⁶ Giordani, Mario Curtis, op. cit., p. 37-38

¹⁷ Mirabete, Julio Fabrini Código Penal Interpretado, atualizado até maio de 2001, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 238.

¹⁸ Mirabete, Julio Fabrini, ibidem, p. 80

- ¹⁹ Constituição da Republica Federativa do Brasil, 33ª ed., S. Paulo, Saraiva, 2004, p. 145.
- ²⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)., Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990, Fortaleza, Convênio Ministério da Justiça/Secretaria do Trabalho e Ação Social do Estado do Ceará, 1991, p. 36.
- ²¹ Campos, Francisco, in Mirabete, Julio Fabrini, op. cit., p. 48
- ²² Brasil, Novo Código Civil Brasileiro, Senado Federal, 2003, art. 3º, I:
- ²³ Abi-Ackel, Ibrahim, in Mirabete, Julio Fabrini, op. cit., p. 80.
- ²⁴ Mirabete, Julio Fabrini, op. cit., p. 238-239.
- ²⁵ Bulhões de Carvalho, Francisco Pereira, “Incapacidade de exercício absoluto”. In Carvalho Santos, J. M., Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, v. XXVI, Rio de Janeiro, Borsoi, s/d, p. 3.
- ²⁶ Brasil, Código Penal de 1890, art. 10. os comentário feitos por Tobias Barreto sobre a inimputabilidade do menor, in *Menores e Loucos em Direito Criminal*, Campinas, SP. Romana, 2003, p. 28-62.
- ²⁷ Grau, Eros Roberto e Telles Jr., Gofredo da Silva, “A desnecessária e inconstitucional redução da maioridade penal”, in Barros Leal, Cesar e Piedade Junior, Heitor (orgs.), *Idade da Responsabilidade Penal*, belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 27-32.
- ²⁸ Esta é a posição doutrinária de Celso Ribeiro Bastos e Ives Grandra da Silva Martins, constando dos Comentários à Constituição do Brasil, V, 4, Tomo I, p. 371.

REFERÊNCIAS

- Barreto, Tobias. *Menores e Loucos em Direito Criminal*. Campinas: Romana, 2003
- Beviláqua, Clovis. *Código Civil Comentado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, vol 1
- Brasil. *Constituição da República Federativa*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- _____. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal nº 8069, de 13/07/1990, Ministério da Justiça/ Governo do Ceará, Fortaleza, 1991
- Carvalho Santos, J. M. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, s/d.
- Di Pietro, Alfredo. *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1996
- Fiúza, Ricardo (coord). *Novo Código Civil Comentado*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2004
- França, Limongi, R. (coord). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977

- Freitas, A. Teixeira. *Esboço do Código Civil*. Brasília: MJ/Unb, 1983, art. I
- Giordani, Mario Curtis. *Direito Penal Romano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- _____. *O Código Civil à Luz do Direito Romano: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- Iglesias, Juan. *Derecho Romano I*. Barcelona: Ariel, 1953.
- Kaser, Max. *Derecho Romano Privado*. 2ª ed. Madrid: Réus, 1982.
- Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- Leal, César Barros e Piedade Júnior, Heitor (orgs.). *Idade da Responsabilidade Penal*. Del Rey: Belo Horizonte, 2003
- Martines, Jesus Daza y Ennes, Luis Rodriguez. *Institutos de Derecho Privado Romano*. 3ª ed., Madrd, 2001.
- Mirabete, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- Mommsen, Teodoro. *El Derecho Penal Romano*. t. I. Madrid: España Moderna, 1999, ed. facsimilar.
- Moreira Alves, José Carlos. *Direito Romano I*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- Panero, Ricardo Gutiérrez. *Derecho Romano*. 3ª ed. Valencia: Tirant le Blanch, 2004
- Pereira, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. v-I, Rio de Janeiro: Forense.
- Santos Justo, Antonio. *Direito Privado Romano I*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editor, 2003
- Silva, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 1998
- Tafaro, Sebastiano. *Pubes e Viripotens: nelle esperienze*. Jurídica Romana, Bari, Cacucci Editor, 1988.

O ENSINO DO DIREITO ROMANO: UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Agerson Tabosa Pinto

Doutor em Direito. Professor de Direito Romano na FA7.

Maria Vital da Rocha

Doutora em Direito. Professora de Direito Romano na FA7.

Comunicação apresentada no X Congresso Internacional y XIII Iberoamericano de Derecho Romano (Toledo, Espanha, de 06 a 09/fev/08)

INTRODUÇÃO

Entre 1988 e 1990 eu e a professora Maria Vital fizemos uma pesquisa sobre o *status* do Direito Romano no Brasil¹, após deixar de ser disciplina obrigatória dos cursos de Direito². Agora, neste Congresso, estamos a discutir questões mais gerais relativas ao ensino e à pesquisa da matéria. Achamos que poderia ter alguma validade nossa experiência no magistério da disciplina, numa escola nova, que muito tem se preocupado com a qualidade do ensino.

1 DESENVOLVIMENTO

A comunicação vai ferir alguns dos principais tópicos do plano de curso, desde a apresentação da matéria e seus instrutores até a referência à bibliografia e aos recursos técnicos e didáticos.

O que é que se vai ensinar? O Direito Romano que ensinamos é o direito que foi produzido e aplicado, em Roma, durante as três fases de sua vida política e que foi compilado por Justiniano no *Corpus Juris Civilis*. O seu tempo de vigência é de aproximadamente 14 séculos: 8 antes de Cristo, pois Roma foi fundada em 753; e 6, depois de Cristo, já que Justiniano morreu em 565 da nossa era. Daí para frente, até o direito que vai ser aplicado na Europa central é o *jus commune*, que

¹ A pesquisa foi publicada pela Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Brasil, v. 31, no. 1. jan. jun, 1990, pp. 111-128 e pela revista italiana *Index*, 20, 1992, Napoli, Jovene Editore, pp. 425-434.

² Pela Lei no. 4.024, de 20 de dezembro de 1961, coube ao Conselho Federal de Educação fixar os currículos mínimos e a duração dos cursos universitários. O de Direito foi fixado pela Resolução 162/72.

não é mais o direito Romano autêntico, mas direito romano misturado com direito canônico e com direitos locais, como o godo e o visigodo. Os caracteres que mais fundamente marcaram esse direito e que ainda hoje são visíveis nos direitos que dele descenderam, foram: o individualismo, o conservadorismo e o positivismo³. O Direito Romano teria privilegiado o *homo* isolado, como indivíduo, em detrimento do *homo* associado ou político, em comunidade ou sociedade; teria sido um direito que evoluíra lentamente, averso a mudanças abruptas e revolucionárias; teria sido um direito positivista, no sentido comteano, ou seja, um direito realista, palpável, um direito leigo e não mais divino, e um direito utilitário e pragmático⁴.

Que professores tiveram essa experiência de magistério?

Agerson Tabosa Pinto. Foi aluno e depois assistente do Professor Amorim Sobreira, na cadeira de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Interrompeu a docência, por curto lapso de tempo, a fim de cursar a pós-graduação: o mestrado, no Rio de Janeiro e o doutorado, na Universidade de São Paulo.

Maria Vital da Rocha. Foi aluna e monitora do Professor Agerson Tabosa e teve a oportunidade de fazer o doutorado, antes de ingressar no magistério. Estudou na Universidade de São Paulo, com Alexandre Augusto de Castro Correia e Limongi França, e na Universidade de Roma *La Sapienza*, onde recebeu aulas de Pierangelo Catalano, Mario Talamanca e Luigi Capogrossi. Participou de congressos de Direito Romano com o Professor Agerson Tabosa, onde ouviu destacados romanistas brasileiros, como José Carlos Moreira Alves, Sílvio Meira, Mário Curtis Giordani, Aloísio Surgik e Eduardo Marchi, e também estrangeiros, como Alfredo di Pietro (Argentina), Armand Torrent (Espanha) Gumesindo Padilha (México), Sebastiano Tafaro (Itália), Antonio Santos Justo (Portugal) e Guzmán Brito (Chile).

1.1 POR QUE SE ENSINA DIREITO ROMANO NO BRASIL?

Existe uma razão geral e várias razões específicas.

1.1.1 RAZÃO GERAL

É que o direito lusitano das Ordenações foi transplantado⁵ da metrópole para a colônia e era Direito Romano. Com a independência do Brasil, ficou estabelecido

³ PINTO, Agerson Tabosa. *Direito Romano*, 3ª. ed., Fortaleza, FA7, 2007, p. 18.

⁴ *Idem, ibidem*, p. 19.

⁵ MACHADO NETO, Luis A. *Sociologia Jurídica*, São Paulo, Saraiva.

que até a promulgação do novo código civil brasileiro, continuariam as Ordenações Filipinas de 1603. Dos 1807 artigos do Código Civil de 1916, Abelardo Lobo identificou 1445 (cerca de 80%) como sendo originários diretamente do Direito Romano⁶.

1.1.2 RAZÕES ESPECÍFICAS

As razões específicas costumamos dividi-las em teóricas e práticas. Na perspectiva do profissional do direito, razões teóricas são aquelas relacionadas com o seu embasamento científico e cultural, enquanto razões de ordem prática dizem respeito ao conhecimento diretamente relacionado com a *práxis* jurídica ou o *métier* profissional.

1.1.2.1 RAZÕES TEÓRICAS

O estudo do Direito Romano nos enseja adquirir ou reciclar conhecimentos de diferentes matérias, como a História, a Filosofia e a Sociologia, todas da maior importância para a formação humanística de qualquer profissional de nível superior, e, com mais razão, do futuro jurista. Com as lições de Direito Romano, podemos alcançar, v.g., a significação histórica da luta entre patrícios e plebeus, dos avanços da democracia em Roma, da oposição do senado aos objetivos imperialistas de César, e da influência do cristianismo na vida dos povos da Europa. Na explicação de noções como as de justiça, jurisprudência, direito natural e especificação, é absolutamente indispensável recorrer às lições de Lógica, Ética, e Metafísica, transmitidas desde os peripatéticos até os estóicos, de Aristóteles até Zenão⁷. É natural que ao estudarmos Direito Romano, recorramos, a todo momento, à ciência básica do direito, que é a Sociologia, em seus mais variados temas. Na abordagem da luta entre plebe e patriciado, por exemplo, é impossível deixarmos de rever, ao mesmo tempo, noções de estratificação e mobilidade social, de competição e conflito, de controle e mudança social.

1.1.2.2 RAZÕES PRÁTICAS

O estudo do Direito Romano é de grande utilidade prática para o profissional do direito, ao favorecer um conhecimento mais aprofundado, do nosso vocabulário

⁶ PINTO, Agerson Tabosa, p.

⁷ Consta que foi Bobbio quem afirmou ninguém ter tido ousado discorrer sobre a justiça sem ter lido a Ética de Nicômaco.

jurídico, das instituições jurídicas, não só do direito brasileiro, mas do direito moderno, em geral, das regras de interpretação. O nosso vocabulário jurídico ou forense é todo calcado no latim do Direito Romano, de que são provas, dentre centenas e milhares, palavras e expressões. Muitas vezes, o conhecimento do étimo, da palavra, facilita o alcance do seu significado jurídico, assim como fungível, de *fungi* = funcionar, e *foedus*, de aliança. Algumas instituições jurídicas não apenas se originam do Direito Romano, mas são a reprodução literal de suas correspondentes romanas. Segundo a lição de Gaio, por exemplo, justa era a *possessio nec vi, nec clam, nec precário*⁸. A todo profissional de direito compete permanentemente interpretar as leis, fazer hermenêutica jurídica. Ao juiz, por exemplo, para aplicá-las corretamente, na fundamentação de suas sentenças, e ao advogado, para utilizá-las eficientemente, em apoio às suas petições e arrazoados. E os romanos já usavam os três tipos de interpretação ainda hoje em moda: verbal ou filosófica, a lógica e a sistemática⁹.

1.3 O QUE SE ENSINAR DO DIREITO ROMANO?

Como a carga horária do Direito Romano é de apenas 80 horas aula, tivemos que comprimir a matéria e sacrificar assuntos que os manuais geralmente contemplam. Para os cortes, levamos em consideração a atualidade e importância dos institutos. O noivado, por exemplo, está fora de moda e dote não tem mais hoje a importância que tinha na família romana antiga. A inclusão, a seu turno, de um capítulo novo, sobre Direito Constitucional, é um lembrete da influência do Direito Romano sobre o direito contemporâneo também no campo do Direito público. Eis na íntegra, em anexo, o programa de Direito Romano¹⁰.

1.4 COMO ENSINAR DIREITO ROMANO?

Qual a metodologia que mais lhe convém? A escolha do método, como sabemos, está condicionada à influência das mais diferentes variáveis: a natureza da disciplina, o tamanho da turma, a disponibilidade de tempo (do professor e do aluno), a extensão do programa e o objetivo do ensino. Se Aristóteles não trabalhasse *full time* em sua Academia e se ensinasse Geometria e não Filosofia e suas turmas fossem numerosas, não teria escolhido, com certeza, o método do diálogo, ou peripatético, nem Sócrates teria usado sua maiêutica¹¹. Como

⁸ Gaio, 4,151 e Código Civil Brasileiro, art. 1200.

⁹ MAXIMIMIANO, Carlos. *Hermenêutica Aplicada ao Direito*, 11ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, pp. 106-130.

¹⁰ Anexo no. 01.

¹¹ PINTO, Agerson Tabosa. Análise da “Metodologia do Ensino do Direito Romano na Atualidade”, trabalho apresentado no V Colóquio Ítalo-Brasileiro de Direito Romano, promovido pela ASSLA, em Porto Alegre, de 01 a 04 de setembro de 1991.

nossas turmas são de aproximadamente 50 alunos, optamos pela aula expositiva, não a aula magistral ou coimbrã, mas a exposição entremeada com a participação de todos os alunos. É indispensável para a eficiente condução das atividades de classe, considerar como se desenvolve o processo de ensino-aprendizagem. Segundo Piaget e seus discípulos, o processo psicológico do ensino-aprendizagem atravessa, imitando o processo biológico da alimentação, três momentos, chamados de síncrese, análise e síntese. Pela síncrese, a mente do aprendiz capta, em seu todo, o objeto da aprendizagem. Pela análise, decompõe esse objeto, como se faz com o bolo gástrico, separando o que é novo do que já é sabido. Por último, pela síntese, assimila o que é novo ao já sabido, aprende e incorpora essa nova vivência à experiência passada, assim como parte do alimento é incorporada e a outra parte é expurgada¹².

1.5 RECURSOS CIENTÍFICOS E METODOLÓGICOS

1.5.1 BIBLIOGRAFIA

A bibliografia do Direito Romano, em nossa escola¹³, está dividida em básica e complementar. Somente constam da bibliografia livros com exemplares na biblioteca, à disposição dos alunos. Ainda bem que já dispomos do *Corpus Iuris Civilis*, de Corral, edição bilingue (Latim e Espanhol). Há várias traduções das Institutas de Justiniano, mas nenhuma do Digesto. Agora é que o Professor Hécio Maciel França Madeira, de São Paulo, iniciou a tradução do Digesto, tendo já publicado, em edição bilingue, o primeiro livro. A novidade, aqui, é o livro-texto. É o livro que se tem na mão (daí manual). Mas não é o simples compêndio, que contém, muito bem trabalhadas, as lições que devem ser aprendidas, não importa em que horas. O livro-texto tem inúmeras utilidades, propiciando muita economia de tempo. Ao invés de transcrever ou projetar no quadro-negro, importante definição, basta o professor indicar a página do livro-texto em que se encontra. O livro-texto pode trazer questionários e leituras, para apoio de exercícios e provas, além de conter sugestões de bibliografia especializada e de temas para pesquisa. Com o livro-texto é fácil verificar se todas as citações latinas feitas em classe foram devidamente traduzidas, reduzindo enormemente o esforço do entendimento¹⁴.

¹² PIAGET, Jean. A Epistemologia Genética: Sabedoria e Ilusões da Filosofia: Problemas de Psicologia Genética (L'Épistemologie Génétique: Sagesse et Illusions de la Philosophie: Problèmes de Psychologie Génétique), São Paulo, Abril Cultural, 1978, pp. 57-64. DE BENI, Michele e outros. Psicologia e Sociologia (curso introdutório), São Paulo, Paulus, 2004, pp. 154-156.

¹³ Anexo no. 02.

¹⁴ Para a Inglaterra, esse *textbook* novinho, a primeira edição é de 1994, e a segunda é de 1997, de autoria de Andrew Borkowsk, não parece ser novidade. É que clássicos de Shulz e Kaser, nos meados do século passado, já tinham sido publicados em inglês.

1.5.2 RECURSOS AUDIOVISUAIS E ELETRÔNICOS

Recursos áudio-visuais já os temos, mas pouco usamos. Desde o *slide*, o álbum seriado, o retroprojeto, o vídeo-cassete, o filme e o *power point*. O filme Julius Caesar, por exemplo, poderia contribuir, da melhor maneira, para os estudos da situação político-econômica do final da república romana. Para que não houvesse nenhuma desvantagem com sua exibição, que providências tomar ?

2 CONCLUSÕES

Toda inovação deve ser bem vinda. Venha ela na própria mercadoria ou apenas na embalagem. Com a adoção do livro texto, descobrimos muitas maneiras de melhorar o rendimento do nosso ofício e nos preocupamos em difundi-lo. *Bonum diffusivum sui!*



Resenha da obra **Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano** (Madrid: Iustel/Biblioteca Jurídica Básica, 2006, 241 p.), do prof. dr. Antonio Fernández de Buján¹

Autor da resenha: dr. Juan Miguel Alburquerque (professor catedrático de Direito Romano da Universidade de Córdoba, Espanha)
fd1alsaj@uco.es

El reconocimiento y la utilidad jurídica de esta investigación, tanto en el orden romanístico como procesal, se ha puesto claramente de relieve en numerosas recensiones que ha venido realizando la doctrina más autorizada, nacional e

¹ Este estudio realizado por el A., se integra en el marco del Proyecto de Investigación, SEJ2005-08535, cuyo investigador principal es Antonio Fernández De Buján, titulado: <<La reforma de la jurisdicción voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente, propuestas de futuro, derecho comparado>>. Financiado por la Dirección General de Investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia. Entre las publicaciones de interés en materia de jurisdicción voluntaria véase ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN: DERECHO ROMANO, *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id. *A propósito de la competencia en materia de iurisdicção voluntaria en Derecho Romano*, Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N., T. XXVIII pp. 95-134; Id. *Diferencias entre los actos de iurisdicção contenciosa y iurisdicção voluntaria en Derecho Romano*, Estudios Homenaje a A. D'Ors, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. *Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano "Iurisdicção voluntaria"*, en D. 1.16.2.pr., Estudios Homenaje a Juan Iglesias, Madrid, 1987, pp. 197-215. DERECHO ACTUAL, Id. "La Jurisdicción Voluntaria", Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id. *Jurisdicción voluntaria 2001*. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp. 329-342; Id. *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid, 2002, pp. 1997-2036; Id. *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. *Noción de iurisdicção y etapas. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. *Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro*, Anuario de Derecho de la U.A.M., vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id. *Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria*, Revista del Colegio de abogados de Lugo, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, Actualidad Civil, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp. 1317-1341; Id. *La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro*, Derecho de los Negocios, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004; Id. *La hora de la Jurisdicción Voluntaria*. Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo, 2005; Id. *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones*, La Ley 23 de marzo de 2005 pp. 1-9; Id. *Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro*. Estudios Homenaje a Manuel Albaladejo, 2005. Por último, señalar que el Autor es Vocal de la Ponencia encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. 2002-2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo Autor, *Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 8ª edición, Madrid 2005; Id. "Contribución al estudio histórico del arbitraje", Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id. "De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles". Convegno internazionale di studi in onore del profesor Alberto Burdese, Padova 2003, vol.2. Id. "Arbitraje". Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. "Carácter contractual del arbitraje". Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

internacional romanistas y procesalistas-, y que ha destacado con frecuencia la originalidad y la necesidad de una obra de estas características, en la que se presta especial atención a algunos aspectos impregnados de identificación romana y encuadrados aparentemente como novedosos en la procesalística actual. Una obra que contribuye a aumentar la comprensión de todos los pormenores jurisdiccionales, planteada con humildad y al alcance de la mayoría de las tendencias jurídicas convergentes. “Eterno y clásico retorno de principios, figuras e instituciones, polémica sin fin, tan romana y tan moderna al propio tiempo”, representa una expresión del Autor, que, en mi opinión, refleja el reconocimiento de una realidad jurídica y una línea de estudio no exenta de complejidad, pero científicamente abordada por él, con devoción y entusiasmo, al profundizar y analizar los perfiles de reflexión del trazado procesal jurídico-histórico, dogmático, y las perspectivas más contemporáneas revestidas de realidad y necesidad social indiscutible. La interpretación del proceso romano que nos ofrece el Autor, con resultados sumamente atendibles y señales elocuentes de ajustada conexión con las perspectivas procesales positivas de los diferentes ordenamientos jurídicos actuales, supone, también a mi juicio, el reconocimiento de una realidad visible que en pocas ocasiones se ha manifestado tan minuciosamente en la manualística existente. El A., se muestra una vez más perfectamente adherido a la práctica cotidiana jurídica, muy sensible científicamente a las nuevas direcciones aparentes del positivismo procesal, si bien, resaltando, sin carácter de excepción, tanto los principios fundamentalmente-, como la estructura misma del proceso romano que ha ejercido una aplicación ilimitada en la fundamentación y fisonomía de las instituciones procesales actuales. Como es sabido, la ciencia debe abstenerse de hacer arriesgados pronunciamientos pues el río del saber ha vuelto sobre sí mismo con demasiada frecuencia. Tiene escrito Rafael Domingo², en acertada expresión, “que cualquier consideración teórica acerca del nuevo orden jurídico mundial debe hacerse a la luz de las fuentes del Derecho romano”. En su opinión que compartimos, “es misión del *ius Romanorum*, en este siglo, servir de puente entre los distintos sistemas jurídicos del mundo...”

Sin duda, el A., ha realizado un gran esfuerzo, y gracias a sus conocimientos procesales del ordenamiento jurídico romano y contemporáneo³, ha retomado unas valoraciones jurídicas de interdependencia recíproca, conexiones y recepciones romanísticas en las nuevas tendencias procesales que hacía mucha falta completar en el panorama jurídico-procesal. Las referencias a la influencia romana en las

² Domingo, R. Ex Roma *ius*, en Colección The Global Law (Aut. Rafael Domingo, Director de la Cátedra Garrigues), Ed. Aranzadi (2005).

³ Cfr., n.1 de la actual recensión.

legislaciones recientes, también en tema de proceso, en los diversos estudios jurídicos de la romanística, ha sido sugerida frecuentemente por los estudiosos, no obstante, en la mayoría de las ocasiones con un carácter genérico y sin profundizar y conectar con una profunda valoración jurídica detallada. Asimismo, en mi opinión, en el fondo, con las alusiones abstractas y genéricas en lugar de producir efectos nítidos en el arco de influencia romana sobre el ámbito procesal positivo, parece que lo que se ha conseguido, especialmente, ha sido un efecto diverso: destacar un cerco de influencia restringido amparado en la abstracción. Afortunadamente en este sentido, bien documentado y con suficiente exactitud, el A., nos proporciona una información y un análisis puntual que nos hace comprender mejor lo más trascendental de la verdadera influencia jurisprudencial romana en el panorama procesal más reciente. Y entender con mayor claridad el espíritu del proceso que inspira las actuales legislaciones vigentes. Como él mismo destaca, la principal novedad de esta obra son las más de doscientas páginas referidas al proceso romano, en el que se encuentran ya recogidos, sin la denominación moderna, los principios de brevedad, concentración, publicidad, inmediación e inmediatez temporal, principio dispositivo y de aportación de parte, dado que son los litigantes, los que aportan, de forma exclusiva, los hechos y los medios de prueba, a tener en cuenta por el juez. Oscilaciones, acentos, polémicas doctrinales, y contrapesos romanos tan romanos como modernos al propio tiempo, en palabras del A., “entre una concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial”. Las preferencias, según las épocas, “entre oralidad y escritura, formalismo y ausencia de formalidades, poder coercitivo del magistrado o cargas procesales de las partes, obligación legal de fomentar la transacción⁴ entre los litigantes, o posición neutral o pasiva del órgano jurisdiccional”.

Los VI capítulos desarrollados en esta monografía que serán objeto de análisis preferente, colmados de datos elocuentes que contribuyen, en mi opinión, a disipar muchas dudas al respecto, son: A.- *Contenido y fundamento de la iurisdictio*. B.- *Etapas históricas del proceso*. C.- *Jurisdictión contenciosa y Jurisdictión voluntaria*. D.- *Estructura procesal de la in iure cessio en la época republicana y clásica*. E.- *Legis actio y iurisdictio voluntaria en las fuentes clásicas y postclásicas*. F.- *Progresiva disociación*

⁴ Cfr., por ejemplo, Fernández De Buján A. *Jurisdictión Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª ed. Madrid 1999, pp. 97 y ss. (Sobre la transacción de alimentos dentro de los supuestos de jurisdicción voluntaria, existen textos de derecho romano fundamentales en materia de *transactio alimentorum* (D.2.15.8 pr.; D.2.15.8.13 y D.2.15.8.17, donde se prohíbe además expresamente la delegación de *iurisdictio* por el magistrado competente en este caso, al igual que sucedía en los supuestos de *datio tutoris*, y de venta de fundos del pupilo). Véase Albuquerque J.M. “*Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de*

entre las nociones de jurisdicción y proceso. *Bibliografía*. Capítulo II. *La administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales*. A.- *Actio, iurisdictio, iudicatio*. B.- *Partes. Representantes.. Lugar y días hábiles para la actividad jurisdiccional. Competencia*; Capítulo III. *El procedimiento de las legis acciones*. A.- *Fase in iure: Citación. Comparecencia*. B.- *Los diferentes modos de litigar previstos en las leyes, modi agendi ex lege: acciones declarativas*. 1.- *Legis actio sacramento*. 2.- *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. 3.- *Legis actio per conditionem*. C.- *Acciones ejecutivas*. 1.- *Legis actio per manus iniunctionem*. 2.- *Legis actio per pignoris capionem*. D.- *Fase ante el Juez. Sentencia y cosa juzgada*. *Bibliografía*. Capítulo IV. *El procedimiento formulario*. A.- *Fase ante el magistrado, in iure*. B.- *Litis contestatio. Efectos*. C.- *Estructura de la fórmula: partes esenciales y accidentales*. D.- *Clases de fórmulas o acciones*. E.- *Fase ante el juez, apud iudicem. Sentencia*. E.- *Ejecución de la sentencia*. Capítulo V. *Procedimiento extraordinario, cognitio extraordinaria*. A.- *Nociones preliminares*. B.- *Tramitación: citación, comparecencia, litis contestatio, período de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos*. C.- *Procesos especiales: rescripto y sumarios*. D.- *Jurisdicción eclesiástica: Episcopalis audientia*. E.- *Protección pretoria extraprocesal*. 1.- *Interdictos*. 2.- *Puestas en posesión, misiones in possessionem*. 3.- *Estipulaciones pretorias*. 4.- *Restitutiones in integrum*. *Bibliografía*. Capítulo VI. *Arbitraje*. A.- *Observaciones preliminares*. B.- *Tipos de arbitraje*. C.- *Terminología en materia de arbitraje*. D.- *Arbitraje no formal y arbitraje de ius gentium. El papel de la bona fides y de la equidad en el arbitraje*. E.- *Arbitraje legal*. F.- *Arbitraje compromisario*. *Bibliografía*. (También se añade a la obra un índice de materias)

1. Podemos destacar con el Autor, en el análisis del contenido y fundamento de la *iurisdictio*, que este concepto ha sufrido numerosas variaciones en función de las diversas épocas de evolución del derecho romano y de las diferentes formas de proceso, y que en el lenguaje jurídico romano *iurisdictio*, como poder, actividad o incluso función del magistrado, no se corresponde en todos sus aspectos (en especial hasta la época clásica), con la jurisdicción actual. Nuestro Autor continúa exponiendo con claridad las diversas opiniones doctrinales (algunas extremas

Jurisdicción voluntaria”, RGDR. 4 www.iustel.com (Madrid 2005), pp. 1 y ss.; Id. *Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)*. RGDR. 3 (Madrid 2004), pp. 1 y ss.; Id. *La prestación de alimentos entre pariente. Introducción y antecedentes como deber moral*, en *Personalidad y capacidad jurídicas*, vol. I, Córdoba 2005, pp. 89 y ss.; Id. *Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio*, RGDR. 6, Madrid 2006; Id. *Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de la prestación de alimentos derivada de una relación de parentesco*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 9, A Coruña 2005, pp. 13 y ss.; Id. *Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: Especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)* 15, Madrid 2007; Id. *Alimentos y provisiones: Observaciones y casuística en tema de legados (D. 34,1 y D. 33,9)*, en *RDUNED*. 2, Madrid 2007.

y otras intermedias) avaladas y contrastadas con oportuna reserva por autores como Luzzatto conjunto de facultades atribuidas a los magistrados a los que se le confió la administración de justicia, Lauria excluye toda relación entre *iurisdictio* e *imperium*, Leifer la *iurisdictio* sería una de tantas manifestaciones del *imperium*, Bekker la *iurisdictio* como una simple declaración introductiva del proceso. A este respecto el A., se adhiere expresamente a la doctrina mayoritaria (verbigacia: De Martino, Pugliese y Luzzatto): “El término *iurisdictio* hace referencia a un conjunto autónomo de poderes del magistrado, distintos del *imperium*, dado que puede ser objeto de delegación y conferidos a magistrados privados de *imperium*, pero no independientes de éste, en cuanto que el *imperium* constituye su fundamento”. Asimismo, nuestro autor destaca que un punto de particular relieve hay que atribuirle también a la opinión de Gioffredi, que es según el A., el que en mayor medida se acerca a la realidad, cuando nos dice “que la *iurisdictio* no es una simple indicación técnica de la norma aplicable, sino que supone una indicación vinculante del ritual a seguir y de los formularios a pronunciar”.

De las etapas históricas del proceso el A., resume la agrupación doctrinal en las dos categorías conocidas: La conocida como sistema de los juicios privados, *ordo iudiciorum privatorum* (dentro de esta categoría se encuadran los procesos denominados acciones de la ley, *legis actiones*, y formulario, *per formulam* durante casi 100 años conviven el procedimiento de acciones de la ley y el formulario, la segunda categoría se corresponde con la *cognitio* extraordinaria (desaparece la bipartición del proceso).

La Jurisdicción Contenciosa y Jurisdicción Voluntaria constituye uno de los temas más polémicos tratados por el Autor. Ha sido sugerida por muchos estudiosos la necesidad de profundizar en un análisis que consiga darnos una fisonomía más definitiva de esta institución. Como es bien sabido, la disparidad de criterios doctrinales ha conseguido crear una sensación incierta y muy discutida. No obstante, a mi juicio, podemos hablar en estos momentos de la existencia de un esclarecedor tratamiento retomando y valorando el profundo y minucioso estudio realizado por el A., acerca de la jurisdicción voluntaria⁵. Parece razonable que en un capítulo de estas características, encuadrado en un estudio de variada temática el A., haya tenido que esbozar sintetizadamente los rasgos principales de la Jurisdicción Voluntaria. Y, en mi opinión, lo ha conseguido, si bien, a todos aquellos estudiosos que deseen profundizar en un tema tan apasionante les sugiero que lean las monografías específicas del A., y el repertorio de publicaciones a

⁵ Me remito a la n. 1 de este trabajo.

este respecto, especialmente, A. Fernández De Buján: *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano* (prologado por M. Amelotti), Madrid 3ª ed. 1999, y *La jurisdicción Voluntaria*. (Madrid 2001).

En el campo de las hipótesis y de las probabilidades analizadas por el A., considero que los motivos exegeticos, dogmáticos e históricos convergen a favor de las tesis mantenidas por el A., acerca del concepto, naturaleza jurídica y contenido de la denominada jurisdicción voluntaria, las diferencias entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, la advertencia que nos hace el A., de no identificar el procedimiento seguido en los supuestos de *iurisdictio voluntaria* con el denominado *iudicare de plano*.

Como nos recuerda el A., la expresión *iurisdictio voluntaria* aparece por primera vez en las fuentes jurídicas y extrajurídicas en el Libro I de la Instituciones de Marciano, y su mención se encuentra recogida en D.1.16.2 pr.-I: <<Todos los procónsules una vez que han salido de la ciudad tienen jurisdicción, pero no contenciosa, sino voluntaria, por ejemplo, pueden manumitir, emancipar o adoptar>> <<Ante el legado del procónsul no se puede manumitir, porque no tiene tal jurisdicción>>.

Independientemente de los estudios precedentes sobre las Instituciones de Marciano (Ferrini un libro destinado a la preparación de los jóvenes que intentan hacer carrera en burocracia imperial, y para uso de los propios funcionarios, De Giovanni un libro que presta especial atención a la forma en que debe aplicarse el derecho en las provincias, escrito en una época jurisprudencial en el que los temas didácticos prestaban una atención preferente a la definición más apropiada de los conceptos jurídicos, etc.), quisiera destacar con el A., que en el texto de Marciano (pág. 27) “el vocablo voluntaria... apunta a que la participación del magistrado se ejerce *inter volentes*, es decir, entre personas que espontáneamente, voluntariamente, reclaman o solicitan su intervención, y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado... En los supuestos de jurisdicción voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes, sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica...” (una especie de control de la legalidad de la actuación del concurrente o concurrentes en palabras de Volterra. Del repertorio doctrinal examinado por el A., cabría destacar a: Mommsen, Wenger, Wlassak, Keller, Luzzatto, Pugliese, Kaser, Ferrini, De Giovanni, Solazzi, De Martino, Girard, Scherillo, Gonnet, Álvarez Suárez, Düll, Martini, Scialoja, entre otros.

Atendiendo la Disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000, el Ministro de Justicia encomendó a la Comisión General de Codificación la elaboración de un anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicado ahora en el Boletín de información, Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria⁶ con objeto de dar conocimiento del mismo y propiciar su libre discusión. Como es sabido, el Anteproyecto referido en su Tit. I, Régimen General, Capítulo Primero, Disposiciones generales, Art. 1., nos habla del ámbito de aplicación de la presente Ley, y recoge la siguiente afirmación: “Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal sin estar empeñada ni promoverse contienda alguna entre las partes conocidas y determinadas, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria citado precedentemente, aparecen muchas afirmaciones de extraordinaria importancia, si bien en el contexto de esta recensión, repleta de los factores romanos más relevantes en el marco del proceso, sólo voy a transcribir algunos párrafos que también considero de gran interés: “No es la jurisdicción voluntaria una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamentación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano, existió el sustrato social y la realidad jurídica, de lo que por primera vez en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista clásico del siglo III d.C., llamado Marciano, en su obra Instituciones, con posterioridad recogida en el Digesto de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria, *iurisdictio voluntaria*. Dicha expresión se transmite en le Edad Media a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y de éste pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.” Y no quisiera terminar este comentario, sin resaltar de forma elogiosa algunas ideas que se desprenden de la Exposición de Motivos a este respecto. Partiendo de esta línea de reflexión y profundización en el diálogo entre historia, dogmática y realidad social, un punto de particular relieve hay que atribuirle al siguiente párrafo: “El apropiado mantenimiento de la denominación <<jurisdicción voluntaria>>, no debe calificarse en el caso presente, conforme se expone en la exposición de motivos de la LEC, como expresión en exceso tributaria de sus orígenes históricos, ni se trataría, tan solo, de uno de los supuestos en los que parece conveniente rendir tributo a la tradición del lenguaje jurídico, sino que al fundamento histórico de la

⁶ Ed. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Imp. Nnal. BOE. 2005

pareja nominal *iuridictio voluntaria* utilizada sin intervalos durante casi veinte siglos y la reforma de la justicia no debe ni puede prescindir de la historia (EM, XIV) ha de añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común y de los operadores jurídicos, así como consolidada en la doctrina y la jurisprudencia y la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa.

De los precedentes legislativos, cabría recordar que el Libro III de La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 regulaba íntegramente la jurisdicción voluntaria (Como es bien sabido, con ciertas deficiencias y sin demasiada uniformidad en los criterios, y sin datos suficientes para extraer un procedimiento general para todos los tipos de expedientes). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Ley 1/2000, derogó la LEC de 1881 con algunas excepciones oportunamente detalladas, entre las que, en consonancia con nuestro tema tratado, quiero resaltar que el Libro III de la LEC de 1881 quedaría vigente hasta que entrara en vigor la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria salvo los arts. 1827 y 1880 a 1900, que como es bien sabido, han sido derogados según dispone la disposición derogatoria única. 1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil/ 2000. La vieja LEC, en su Libro III, Primera parte, Tit. I, Disposiciones generales, en su Art. 1811, expresaba lo siguiente: Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas.

Desde la perspectiva estrictamente literal, en principio, se pueden observar algunos cambios que en esta sede me limitaré sólo a mencionar: la LEC de 1881, Art. 1811, a propósito de la jurisdicción voluntaria, señala que “se consideran actos de jurisdicción voluntaria...” Si bien en el Anteproyecto de la Ley de jurisdicción voluntaria referido, en su Art. 1, sobre el ámbito de aplicación de la presente Ley, los denomina “expedientes de jurisdicción voluntaria...” y no actos de jurisdicción voluntaria. El texto ha quedado así: “se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria...”. La LEC de 1881, prosigue en el mismo Art. 1811 “todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez” en este contexto, el Anteproyecto de la futura Ley de jurisdicción voluntaria amplía su sentido en Art. 1, y nos dice “todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un tribunal”-. La LEC de 1881, en el Art. 1811, prosigue su exposición, “ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas”, y en el Anteproyecto de la inminente Ley de jurisdicción voluntaria Art. 1, se suprime el término “cuestión” por “contienda”, quedando así redactado, “ni promoverse contienda alguna entre las partes conocidas y determinadas”. La LEC de 1881 termina la redacción de los actos que se consideran de jurisdicción voluntaria,

abordados en el Art. 1811 con la expresión: “ni promoverse cuestión alguna entre las partes conocidas y determinadas”. Sin embargo, con gran agudeza y oportunidad, en el Art. 1, del Anteproyecto se añade una expresión nueva, completamente asumible y justificada, “sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.” En suma, de los cambios sustanciales, unos con mayor enjundia que otros, podríamos sintetizar: El anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria sustituye la expresión “actos de jurisdicción voluntaria”, por “expedientes de jurisdicción voluntaria”; asimismo modifica la expresión referida al “Juez”, por “un tribunal”; otro de los cambios relevantes puede ser el cambio de redacción de la LEC de 1881, Art. 1811, que incluía la expresión “cuestión”, por “contienda”, como aparece en el Art. 1 del Anteproyecto. Y finalmente la inclusión de una redacción completamente nueva y que contribuye también a reforzar las garantías procesales, “sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición conforme a lo seguido en esta Ley.”

Las definiciones legales precedentes (LEC 1881 y Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria), se adhieren claramente al criterio de la no-contradicción o contenciosidad como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria, y sin entrar ahora en el amplio debate científico, especialmente en torno a la ausencia de conflicto como criterio determinante de la jurisdicción voluntaria, quiero sintetizar con A. Fernández De Buján⁷, que la observación de este criterio “supone situarse en la línea de la tradición histórica de nuestro derecho que con base en el texto de Marciano (ya referido por nosotros), recogido en el Digesto, ha pasado a las Partidas⁸ y de ahí a las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1885 y 1881”, y, como hemos visto, al Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria.

El carácter jurisdiccional de la *in iure cessio* en la época republicana y clásica es abordado por el A., en el apartado D) de este Capítulo I; en el E) la *legis actio* y *iurisdictio voluntaria* en las fuentes clásicas y postclásicas; F) progresiva disociación entre las nociones de jurisdicción y proceso. En suma, un capítulo inicial de casi cuarenta páginas que nos pone de relieve el pensamiento lineal de nuestro autor, sin desatender las posiciones doctrinales muy divididas sobre la clasicidad sustancial acerca de la contraposición entre *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria*.

⁷ Fernández De Buján, A. “*La Jurisdicción Voluntaria*”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 33 y ss.

⁸ Cfr. Fairén, *Sobre el paso de la jurisdicción voluntaria a la contenciosa. El artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la problemática actual*, <<ADC>>, 1991, pp. 947-949. (Con citas de la Glosa de Gregorio López y de la doctrina procesal).

2. - La administración de justicia: órganos jurisdiccionales y judiciales. Sin desligarse en ningún momento de las fuentes de conocimiento romanas, el A., ha sabido llenar de claridad sus explicaciones y resaltar su particular visión del proceso (*actio, iurisdictio, iudicatio*) y, como él mismo escribe, “desde una óptica y una terminología que pueden parecer modernas en ocasiones, pero que no lo son si nos atenemos a los propios datos, instituciones e intuiciones que suministrados por las fuentes romanas...” “han sido asumidos o desarrollados por la procesalística de los siglos posteriores”. La lógica que subyace en el propio trasfondo de la norma jurídica ha contribuido de especial forma a plasmar esta nueva perspectiva. El A., aborda el procedimiento desde la legislación decenviral, señalando las modificaciones propias de la reglamentación republicana y destacando con claridad de análisis la vertiente más progresiva de esta Ley de la XII Tablas. Entre las manifestaciones más destacables podríamos recordar con él: notas de oralidad, publicidad, audiencia contradictoria, brevedad, inmediación, concentración, aportación de los hechos por las partes y principio dispositivo la actividad jurisdiccional impulsada por los litigantes y no de oficio. Estos criterios, como señala nuestro autor, son coincidentes con los principios informadores del reformado proceso civil español (Cfr. Ley 7 de enero de 2000 - LEC del año 2000-). Recuérdese, en los seis siglos de la República, especialmente, proceso oral, forma verbal y pública, ante el magistrado, actor y reus adversarii, a lo largo de un día, y de uno o varios ante el juez, lo que constituía, como tiene escrito el A., “una manifestación, en la práctica procesal, de los principios de brevedad, concentración, publicidad, contradicción, inmediación, e inmediatez temporal, a los que cabe añadir los principios dispositivo y de aportación de parte, en atención a que son los litigantes, los que impulsan el desarrollo del proceso y los que aportan, de forma exclusiva, los hechos y los medios de prueba a tener en cuenta por el juez a la hora de dictar sentencia”. Asimismo existían magistrados que administraban justicia los días de mercado y conocían en el momento los problemas que surgían en las compraventas realizadas, en el foro, los días feriados (*ediles curules*). El contraste que se da en el Principado y el Imperio es destacado minuciosamente por el A.: procedimiento predominantemente escrito, lento, lleno de cautelas, de garantías procesales, de posibilidades dilatorias, sutilezas jurídicas, etc., en los que refuerza el poder coercitivo del magistrado como conductor del proceso y las cargas procesales (características propias del actual proceso civil español, cfr. LEC 2000). Nuestro autor alude con sutileza a la polémica entre concepción liberal y privatista y otra intervencionista y publicista de la actividad judicial.

Puede verse como el resultado de una indagación profunda el análisis de la acción *actio*, la tricotomía jurisprudencial *actio, petitio, persecutio*, la *iurisdictio*, como primera función propia de los magistrados *dare actionem, denegare actionem*, la bipartición del proceso que caracteriza el procedimiento

de las acciones de la ley y el procedimiento formulario, la atribución específica en materia de *iurisdictio* pretor urbano, pretor peregrino y los avances que supone. La competencia, para determinados supuestos, con relación a los municipios y colonias a magistrados locales, así como a magistrados por delegación de los pretores, y la evolución precedente. En las provincias, el gobernador y sus delegados, las sedes y distritos judiciales *conventi*. La desaparición de la tradicional bipartición del proceso en la etapa correspondiente al procedimiento o *cognitio extra ordinem* y el origen del mismo, profesionalización y funcionarización de la justicia un magistrado, representante del Estado, asume toda la tramitación hasta llegar a la sentencia. Pérdida de la capacidad creadora de los magistrados jurisdiccionales. El consiguiente efecto de la apelación de las sentencias dictadas por los jueces de menor categoría y su tramitación.

Nos interesa señalar asimismo, el minucioso análisis que realiza el A., sobre el sistema jurídico romano acerca de la elección de los jueces en cada una de las etapas históricas del proceso, album judicial pretor, en el principado el príncipe, listas, personas seleccionadas para ello, número de personas, edad de los mismos para tener acceso, función propia en cada momento histórico, los diferentes tribunales en materia criminal, extensión, en algunos supuestos, a materia civil, etc. Demandante y demandado, *actor* y *reus*, partes, *adversarii* o litigantes en la terminología procesal y moderna, capacidad para actuar como demandante, demandado o representante de los mismos, lo que se denomina por la procesalística moderna legitimación. Un pormenorizado análisis de los casos de representación admitidos del que quisiera destacar los supuestos en que se actuaba en defensa de un interés público, *pro populo*, es decir, como escribe nuestro autor “cuando se ejercita una acción popular institución de raíz democrática que se plasma en la Constitución española de 1978 en nombre de la república, *res publica*”. La concepción clásica de la justicia popular directa se recoge en el artículo 125 de la Constitución en el que se afirma que <<Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular que es la *actio popularis romana* y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado en aquellos procesos penales que la ley determine>>”. La aceptación, con carácter general, en el procedimiento formulario, de la idea de la representación, y los tipos de representantes procesales *cognitor*, *procurator*, *defensor*, los efectos procesales según la figura utilizada para la representación, los días aptos para la actividad judicial, lugar, progresiva extensión territorial y competencias específicas *forum originis o domicilii*, *forum solutionis*, *forum contractus*, *forum delicti commissi*, *forum rei sitae*, y el asesoramiento cualificado, en consonancia con las nuevas concepciones sociales y jurídicas, son estudiados por el A., demostrando los sólidos conocimientos de las investigaciones por las que discurre su trabajo. En materia de jurisdicción voluntaria hay que advertir con él, que el carácter singular

se mantiene en la todavía vigente, aunque pendiente de modificación, regulación y contenida en el artículo 1812 del libro III de la LEC de 1881, conforme a la que se establece que <<Para las actuaciones de jurisdicción voluntaria son hábiles todos los días y horas sin excepción>>. Asimismo, las fuentes romanas confirman que los magistrados, en supuestos de jurisdicción voluntaria, podían ejercer su función fuera de su circunscripción territorial⁹.

3. - En el primer tipo de proceso, que sepamos, experimentado por el pueblo romano, es decir, el procedimiento de las *legis actiones*, aunque las fuentes dejan abierto el acceso a posibles dudas, el A., partiendo de las principales fuentes de conocimiento sobre el proceso en general, destaca numerosos aspectos que se hace preciso recordar. De las fuentes primordiales Gayo IV, 11-30; la versión más completa Códice de Verona; y la reconstrucción que supuso el descubrimiento en 1933 en el Cairo del manuscrito en pergaminos publicado el mismo año por Arangio Ruiz; y otras noticias extrajurídicas extrae nuestro autor los siguientes datos, a los que añade numerosas explicaciones particulares: Fase *in iure*, el inicio del proceso, la citación realizada por el actor al demandado, las posibilidades del *reus* acudir, solicitar aplazamiento, garantizar la futura comparecencia mediante sustituto o *vindex*, posible negativa del *reus*, la autorización legal a conducirlo por la fuerza *manus iniectio* y el preceptivo llamamiento a testigos para verificar el hecho. La evolución de la originaria garantía personal a la real etc. Conocido por el magistrado el objeto de la controversia como nos indica el A., parece razonable pensar que, antes de solicitar la protección derivada de una acción específica, se procedería a dilucidar una serie de cuestiones previas competencia del magistrado, capacidad de las partes, la legitimación, la no reiteración del asunto, *ne bis in idem*; así como, la razonable atendibilidad a priori de la petición del actor y la inclusión del objeto de controversia en los moldes formales establecidos por la ley. Sin la concurrencia de los requisitos no se autorizaba la incoación del procedimiento. Tras la autorización, se cumplían los formalismos requeridos ritos, gestos o fórmulas verbales pronunciadas por ambas partes, según el tipo de actuación, lo que desembocaba en la *editio actionis*, petición de acción, y su concesión, *dare actionem*, “lo que suponía la autorización para sustanciar el proceso, en sentido técnico, ante el juez”. Acerca de los efectos de la comparecencia y las posibilidades

⁹ Cfr. Fernández De Buján A., *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, 3ª ed. Madrid 1999, pp. 97 y ss. Id. *La jurisdicción voluntaria*, Madrid 2001; Id. *La reforma de la jurisdicción voluntaria: Problemas, interrogantes, soluciones*, en La Ley, año XXVI, núm. 6216, 23/3/2005, pp. 1 y ss.; Id. *Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*, en Actualidad Civil, núm. 36, 2001, pp. 1281 y ss.; Alburquerque J.M. “*Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria*”, RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 7 y ss.

oposición, allanamiento, posición pasiva de indefensión, *indefensio*, quiero resaltar con nuestro autor, que la oposición frente a las pretensiones del actor, “constituía una manifestación del principio contradictorio”. Destacadas las características más típicas del procedimiento fórmulas verbales, extremado formalismo, rigidez, el secretismo al estar en manos de juristas-sacerdotes la creación, formulación e interpretación conforme a sus propias técnicas nos recuerda el A., el primer varapalo que se produce a esta situación con la publicación del denominado *ius papirianum* (S. VI), que continúa desmoronándose con la publicación de la legislación decenviral, la secularización de la jurisprudencia, y la publicación de las fórmulas de las acciones (S. IV). A la luz de las precedentes consideraciones el A., tiene escrito: “La relegación del secretismo en la noche de los tiempos, encuentra su contrapunto en la definitiva asunción de la publicidad, como principio informador de la actividad jurisdiccional”.

El análisis que nos ofrece el A., con relación a los diferentes modos de litigar previstos en las leyes romanas, destaca asimismo por la claridad, precisión, profundidad, apego a las fuentes principales y extracción de fundamentos y principios que están en adecuada sintonía con las perspectivas procesalistas de los tiempos actuales. De las cinco acciones de la ley *legis actio sacramento*, *legis actio per iudicem arbitrive postulationem*, *legis actio per conductionem*, *legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem*, las dos últimas acciones de naturaleza ejecutiva, y las tres primeras de naturaleza declarativa, Gayo I, 4, 12, como advierte el A., es probable que tres de ellas *legis actio* por juramento, *legis actio* por aprehensión o apoderamiento, *legis actio* por toma de prenda, estarían basadas en los *mores maiorum* y tendrían carácter predecenviral, mientras que la *legis actio* por petición de un juez y *legis actio* por emplazamiento habrían sido reguladas por primera vez en la Ley de las XII Tablas.

Con una serie de valoraciones críticas sustancialmente persuasivas y razonables aportadas por el A., discurre el estudio exhaustivo de cada una de ellas, con algunas afirmaciones dispersas que quisiera destacar. *Legis actio sacramento*, la referencia al juramento de Gayo I, 4, 13, interpretada como el paso del juramento con valor sacral e intimidatorio en caso de ser considerado injusto, a un juramento más secularizado, en el que la *poena pecuniaria* con la que se sancionaba el juramento injusto, iría a parar no ya a las arcas del Colegio Pontifical, como sucedía en los primeros tiempos, sino al Erario Público. La *poena sacramenti* cumplía, continúa el A., “en la práctica, un papel próximo al propio de las costas procesales, en el procedimiento formulario, y en todo caso, constituía un mecanismo de contención para los litigantes temerarios”. Se destacan asimismo las diferencias, novedades e innovaciones, entre unas y otras acciones. Entre otras, acerca de *legis actio per iudicem arbitrive postulationem*

respecto, a la anteriormente referida esta acción sólo puede ejercitarse en los casos específicos previstos (la primera tiene carácter general), se hace más ágil y breve la tramitación, se procede de inmediato a la designación del juez, el juez daría un *iudicium*, y el árbitro formularía un *arbitrium*, disponiendo de mayor margen de discrecionalidad. *Legis actio per condictioem*, constituye como señala el A., el antecedente de la acción clásica del procedimiento formulario denominada *condictio*, que era asimismo una acción civil abstracta, al no ser necesario expresar la causa por la que se reclamaba, siendo suficiente con probar su existencia en la fase probatoria ante el juez. Entre las diferencias y convergencias respecto de las anteriores cabría apuntar las siguientes: es la más moderna de las *legis actiones*, naturaleza abstracta no hay que indicar la causa, las formalidades son mínimas y breves, la reclamación no tenía que derivarse necesariamente de una *sponsio*, etc. El A., aborda a continuación, detenidamente, las acciones ejecutivas, *legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem*, los campos de aplicación, el paso tardío de la responsabilidad personal por deudas a la responsabilidad patrimonial, y las características principales de cada una de ellas.

De la fase *apud iudicem*, ante el juez, quiero destacar con el A., que las características consustanciales a esta fase del proceso son “concentración, brevedad y presencia activa del juez”. Asimismo, la posible defensa de las partes *oratores* y *advocati*, más frecuente en las causas penales, las exposiciones de las partes, que constituían una “manifestación del principio contradictorio”, la valoración de la prueba la testifical como preferente, el tránsito desde una valoración objetiva y reglada, característica de las primeras centurias, a una libre apreciación del juez en siglos posteriores, lo que se considera por la doctrina, “un fundamental avance ético-jurídico en la administración de justicia en Roma”. A propósito de las actuaciones legales y propias del juez, las negligentes o abstenciones dolosas prevaricación, la exposición de la sentencia oral y pública, no me voy a detener ahora, si bien, hay una observación del A., en el contexto de las *legis actiones*, que voy a resaltar: “en la época de las acciones de la ley, parece que el efecto de la cosa juzgada era sólo formal, por lo que variando el molde de la acción ejercitada, si ello fuera legalmente posible, cabía replantear de nuevo la cuestión”¹⁰. Sobre la introducción del procedimiento formulario Ley Ebucia 130 a.C, la coexistencia

¹⁰ Fernández De Buján, A. *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, cit. p. 102, “si bien en la época del procedimiento formulario la cosa juzgada producía efectos en el plano formal no podía interponerse la misma acción y en el material en todo caso la cuestión ya decidida, era inamovible entre las partes, con independencia del molde formal de la acción que se ejercitase, de modo que el magistrado o bien procedía a una *denegatio actionis*, o bien si no se había llegado, en atención a cualquier circunstancia, a proceder a tal denegación, el nuevo juez ante el que se plantease el asunto debería pronunciar una sentencia igual a la dictada con anterioridad”.

permitida de ambos procedimientos, la derogación formal de las acciones de la ley y la implantación obligatoria del procedimiento formulario - dos *leges Iuliae* 4 d.C - y las excepciones, juicio ante los centunviros, juicio por daño temido y de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, quiero recordar con el A., que aunque Gayo I. 4, 30, no hace referencia a los actos que Marciano denomina de *iurisdictio voluntaria*, sin embargo son diversos los textos clásicos en los que se menciona la *legis actio* a propósito de esta manifestación de la jurisdicción (verbigracia, Ulpiano D. 1. 16. 3; D. 1.20.1).

4. La introducción del procedimiento formulario¹¹, Gayo I.4.30, el paso de los *certa verba*, a los *concepta verba* conceptos verbales con contenido determinado, que se recogen en el escrito fórmula, y que representa el fundamento de las nuevas líneas de actuación procesal es, asimismo, meticulosamente analizado por el A., aclarando las orientaciones doctrinales acerca de las Leyes Ebutia y Julias por las que se introduce este novedoso sistema procesal que nos comenta Gayo. En este sentido cabría sintetizar con él dos corrientes de opinión: Conforme a la Lex Aebutia, la posición mayoritaria, sostiene la posibilidad de optar voluntariamente por uno o por otro sistema procesal (*legis actiones*, o bien, *per formulam*), en torno al 130 a.C., y habría que esperar a la derogación formal salvo excepciones

¹¹ Se mantiene en vigor durante toda la época clásica. Conforme a una Constitución de Constantino y Constante del año 342 se deroga legalmente. Si bien, como nos recuerda el A., "desde el siglo II, en provincias, en especial las imperiales, y desde el siglo III, en Roma e Italia, se habría ido produciendo una desaparición progresiva de la tramitación de las controversias, por medio de fórmulas escritas, con bipartición de fases ante el magistrado y ante el juez privado y, al propio tiempo, la generalización de la *cognitio* con aplicaciones particulares desde la época de Augusto-, que habiendo comenzado como procedimiento extraordinario, acabó por configurarse como la forma ordinaria de tramitación de los litigios". La *cognitio*, va asumiendo un perfil unitario y se va mostrando más sensible a la hora de atender las nuevas necesidades y direcciones procesales que se iban desvelando no se introdujo mediante ley general-. Cfr. Pugliese, G. *La cognitio e la formazioni di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Est., Biondo Biondi, 2, 1965, pp. 143 y ss.; Id. *Istituzioni di diritto romano*, (col. F. Sitzia y L. Vacca), Padova 1986, pp. 376-384.; García Sánchez, J. *Cognitio extraordinaria*, Materiales para el estudio, Portal Derecho, www.iustel.com, Madrid 2002, al hablarnos de los orígenes de este nuevo sistema procesal civil fuera del conocido, precedentemente, *ordo iudiciorum privatorum*- resalta asimismo la pluralidad de factores proclives a su implantación paulatina (lenta, progresiva) como es sabido, no hay una fecha exacta que nos pueda determinar el punto de partida: a.- la *cognitio magistratual*, especialmente del pretor, que tomaba algunas medidas en base a su *iurisdictio* al margen del procedimiento ordinario, el magistrado examinaba los hechos y realizaba un decreto, el lugar de la sentencia del juez, con el cual da por finalizada la causa, aunque sea provisionalmente; b.- La competencia jurisdiccional que se arrogó el *Princeps*, a partir de Augusto con la promulgación de los decretos resuelve de modo definitivo un litigio, al margen de los trámites ordinarios anteriores-; c.- amparo y protección jurisdiccional de ciertas materias por parte del *Princeps* materias que no tenían acogida y defensa procesal habitual en los anteriores sistemas del *ordo*, permitiendo su examen jurídico definitivo a algunos funcionarios (p.e. prestación de alimentos, fideicomisos, cuestiones relativas al *status* del la persona física, etc.-; d.-procesos que se desarrollaban fuera de Roma los funcionarios que actúan por delegación del emperador con competencia jurisdiccional plena (conocimiento de la causa de principio a fin, no siempre aplicaban el procedimiento ordinario optativo-, y a veces el derecho local).

concretas en atención a las Leyes Julias (17 a.C.). Otra tendencia doctrinal, que como señala el A., ha ido ganando adeptos en los últimos decenios, a propósito de la *Lex Aebutia*, hace hincapié en la asimilación por el *ius civile*, del procedimiento más flexible, escrito y menos formalista, que se sustentaba con frecuencia en ante los pretores peregrinos. En primer lugar se producía en el marco de las l.a., más flexibles l.a. *per condictioem*, y la que habría extendido el nuevo sistema escrito a las demás l.a., y procedido a la derogación de las mismas, sería la *Lex Iulia de iudiciorum privatorum romanorum*.

Fase *in iure*: si en el actual proceso, precedido por comunicaciones extraprocesales comunicación verbal del demandante al demandado, *editio actionis*, advirtiéndole de la petición, fundamento y pruebas, con carácter preventivo y con intención de evitar el proceso (D. 2.13.1.1 y 3), no se conseguía el fin precedente, se procedía a la citación formal y con publicidad. Ante la no-comparecencia, ni presentación de un *vindex*, el magistrado podía conceder una acción penal *in factum*. En el texto de Gayo I.4.183, se encuentran referencias a esta posibilidad apuntada y la necesidad de autorización pretoria para citar a determinadas personas ascendientes, descendientes, etc.. En el Edicto se contemplan asimismo otras actuaciones para diversos supuestos relacionados con el llamamiento a juicio por ejemplo, como nos recuerda el A., si el demandado se ocultase, el pretor podía autorizar una *missio in bona*, y en su caso una venta en subasta pública. Conseguida la presencia de ambas partes ante el magistrado *in iure*, el actor expone la pretensión, el fundamento y la acción (*editio o postulatio actionis*), y, según la postura del demandado, y las circunstancias determinantes, la tramitación se iría ajustando con varias posibilidades: a.- *confessio* (*confessus pro iudicato est*), b.- *indefensio*, c.- *iusiurandum* (los diversos juramentos podían ser, *iusiurandum calumniae*, *necesario o decisorio*, *voluntario*), d.- *transactio* recíprocas concesiones con el fin de llegar a un acuerdo¹²-, e.-desistimiento, f.- *interrogationes in iure*, g.- *cautiones*. Concluida la tramitación el magistrado procede: *dare aut denegare actionem* podía ser civil, honoraria o *ex novo*. Aceptada por el magistrado, la fórmula propuesta, la fase *in iure* finaliza con la aceptación del juez seleccionado por las partes, designado por el magistrado y la resolución del mismo, *iussu iudicandi* autoriza el inicio de la fase *apud iudicem*. Mediante la *potestas iudicandi*, se le otorga al juez potestad para decidir en la controversia reflejada en la fórmula.

¹² Cfr. D. 2.14, *De pactis* y 2. 15 *De transactionibus*. Entre otros, Alburquerque J.M., “La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el Derecho Europeo actual. Córdoba 1995, pp. 13 y ss.; Id. *Los pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com) Madrid 2001, pp. 1 y ss. Id. “Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et Victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria”, RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 1 y ss.

Las diferencias sustanciales con relación a la *litis contestatio* del procedimiento de las acciones de la ley y las contempladas en este nuevo sistema procesal son reflejadas con destacado interés por nuestro A. La función que en las *legis actiones*, cumplían los testigos, la cumple ahora la fórmula, y tras una etapa en la que se recurría al viejo sistema de convocar a testigos, se sustituye esta actividad definitivamente. De los efectos de la *litis contestatio*, cabría señalar con el A., la consunción de la acción ejercitada lo que se conocía con la expresión *eadem re ne bis sit actio* o, posteriormente, *ne bis in idem*. Según las circunstancias, los supuestos y tipo de juicios, podía operar *ipso iure*, o a través de la vía de la *exceptio* dependiendo del momento en que se alegue, *exceptio in iudicium deductae*, o *exceptio rei iudicatae*, es lo que se denomina, como escribe al A., “en la técnica jurídica, efecto preclusivo de la *litis contestatio*. Entre otros efectos de la *litis contestatio* que se analizan en este capítulo, se hace referencia a la *res litigiosa* quedaba fuera del tráfico jurídico, los efectos de la situación de *litispendencia*, las acciones intransmisibles se convierten, a partir de ese momento procesal, en transmisibles; las acciones temporales dejan de serlo para transformarse en perpetuas; el posible fallecimiento del juez, aunque se redacte otra fórmula escrita con las modificaciones, no implica una nueva *litis contestatio*. Continúa el A., haciendo una exposición muy esclarecedora de los aspectos materiales de la fórmula, y su composición, detallando adecuadamente las partes esenciales y accidentales de la misma *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*, *adiudicatio* y las partes accidentales que se introducían si se daban determinadas circunstancias. Partes extraordinarias de la fórmula *exceptio*, *praescriptio*. Clases de fórmulas o acciones en atención al derecho que se pretende exigir acciones reales, *actiones in rem* y acciones personales, los intereses perseguidos acciones privadas y populares, y según el órgano del que deriva el nacimiento de la acción, acciones civiles, acciones honorarias (pretorias y edilicias), útiles, ficticias, *in factum*, con transposición de sujetos. A propósito de la fase *apud iudicem*, fase ante el juez, y la sentencia, quisiera sintetizar con el A., especialmente, que los trámites a desarrollar (básicamente, exposición y defensa de las tesis de cada parte, la posición de los litigantes, la práctica de la prueba medios frecuentes: declaración, *confessio*, testigos, juramento, documentos, inspección del juez, dictámenes periciales, presunciones y la sentencia), “se caracterizan por la oralidad, concentración, audiencia, contradicción, principio dispositivo, inmediación y publicidad”. La sentencia no tenía que ser motivada ni por exigencia legal, ni en la práctica. El efecto principal, la cosa juzgada verdad legal, *res iudicata pro veritate habetur* lo que implica, mantenimiento de lo ya juzgado, *rebus iudicatis standum*, y no volver sobre el asunto de forma reiterada siempre que no se produzca variación en los sujetos o en el objeto litigioso, conforme a lo que se ha dado en denominar, como tiene escrito el A., límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada”. En el procedimiento formulario, la cosa juzgada, junto al efecto formal, negativo o

excluyente, produce efecto desde el punto de vista sustancial, como ya recordamos con el A., en páginas precedentes. Con relación a la parte dedicada en el estudio a los remedios contra la sentencia y la ejecución de la sentencia me remito a lo expuesto en el capítulo correspondiente, si bien, recomendando la atenta lectura de los aspectos derivados de su evolución e ineficacia funcional en determinados supuestos y la necesidad de observar medidas de ejecución más prácticas como, la venta de todo el patrimonio del *iudicatus*, *bonorum venditio*, y el paso a la venta selectiva de bienes, *bonorum distractio*. La ejecución patrimonial en que consiste la *bonorum venditio*, constituye, como afirma el A., “el antecedente del actual concurso de acreedores y procedimiento concursal”. Con el comentario apropiado sobre la acción pauliana, que se recoge con este mismo nombre en el Código Civil, art. 1111, y los comentarios sobre las enajenaciones fraudulentas, finaliza este capítulo.

5. La *cognitio* extraordinaria, que refleja una nueva concepción de la justicia y del Estado, se denomina así *cognitio extra ordinem*, en atención a que no se tramitaba por el procedimiento ordinario procedimiento formulario; aunque, como es bien sabido, acabó por constituirse en la verdadera tramitación de los litigios. Con este perfil unitario, se manifiesta con aplicaciones particulares desde la época de Augusto, mostrando más sensibilidad en todo lo concerniente a las nuevas necesidades que se iban presentando en la sociedad y que no disponían de una defensa procesal específica en el anterior sistema - *ordo iudiciorum privatorum*-. Aunque no se introdujo el nuevo sistema de administración de justicia mediante ley general, como nos recuerda el A., “desde el siglo II, en provincias, en especial las imperiales, y desde el siglo III, en Roma e Italia, se habría ido produciendo una desaparición progresiva de la tramitación de las controversias, por medio de fórmulas escritas, con bipartición de fases ante el magistrado y ante el juez privado y, al propio tiempo, la generalización de la *cognitio*, que habiendo comenzado como procedimiento extraordinario, acabó por configurarse como la forma ordinaria de tramitación de los litigios”. Justo García Sánchez¹³, al hablarnos de los orígenes de este nuevo sistema procesal civil fuera del conocido, precedentemente, *ordo iudiciorum privatorum* resalta asimismo la pluralidad de factores proclives a su implantación paulatina, lenta, progresiva, y como hemos referido, no hay una fecha exacta que nos pueda determinar el punto de partida: 1.- La *cognitio magistratual*, especialmente del pretor, que tomaba algunas medidas sobre la base de su *iurisdictio* al margen del procedimiento ordinario, el

¹³ García Sánchez, J. *Cognitio extraordinaria*, Materiales para el estudio, Portal Derecho, www.iustel.com. Madrid 2002. Cfr., entre otros, Pugliese, G. *La cognitio e la formazioni di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Est., Biondo Biondi, 2, 1965, pp. 143 y ss.; Id. *Istituzioni di diritto romano*, (col. F. Sitzia y L. Vacca), Padova 1986, pp. 376-384.

magistrado examinaba los hechos y realizaba un decreto, el lugar de la sentencia del juez, con el cual da por finalizada la causa, aunque sea provisionalmente. 2.- La competencia jurisdiccional que se arrogó el *Princeps*, a partir de Augusto con la promulgación de los decretos resuelve de modo definitivo un litigio, al margen de los trámites ordinarios anteriores. 3. - Amparo y protección jurisdiccional de ciertas materias por parte del *Princeps* materias que no tenían acogida y defensa procesal habitual en los anteriores sistemas del *ordo*, permitiendo su examen jurídico definitivo a algunos funcionarios, verbigracia, prestación de alimentos, fideicomisos, cuestiones relativas al *status* de la persona física, etc. 4. - Procesos que se desarrollaban fuera de Roma los funcionarios que actúan por delegación del emperador con competencia jurisdiccional plena. (Conocimiento de la causa de principio a fin, no siempre aplicaban el procedimiento ordinario optativo, y a veces el derecho local).

De las características principales de este nuevo procedimiento más libre de formas y que resulta la vía más apta para la realización del nuevo derecho creado por el Príncipe, *ius novum*¹⁴-, podemos recordar con el A., entre otros, que no se produce la bipartición del proceso, el llamamiento a testigos constituye sólo el momento procesal en el que las partes fijan sus posiciones no se produce la consunción de las acciones, aunque sí el efecto de litispendencia, el principio de prueba tasada es el que prevalece, en lugar del principio de libre valoración de la prueba, la subordinación jerárquica y la posibilidad de apelación, ante un juez de rango superior, la fusión entre la normativa procesal civil, honoraria y la específica del nuevo proceso. Entre los primeros asuntos que se tramitaban por *cognitio* asuntos no previstos por la regulación pretoria, o bien obligaciones morales o naturales, del amplio elenco de ejemplos que nos aporta el A., podría destacar con él las prestaciones de alimentos entre parientes y especialmente la transacción del derecho de alimentos¹⁵, reclamaciones de honorarios por los profesionales liberales, las reclamaciones por testamento inoficioso, fideicomisos, etc. El mayor rango en el orden jurisdiccional, de los diversos cargos de funcionarios, se asigna a los *praefecti praetorio* al frente de las cuatro prefecturas del territorio, y a los gobernadores provinciales, *praesides*, rectores procónsules. La regulación de competencias magistrados municipales, *defensores civitatum*. La administración

¹⁴ En este sentido, cfr., A. d'Ors, Derecho privado romano, p. 169.

¹⁵ Cfr., entre otros, Albuquerque, J.M. *Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)*. RGDR. 3 (Madrid 2004), pp. 1 y ss.; Id. "Alimentos entre parientes (II): *Alimenta et Victus*. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria", RGDR. 4 (Madrid 2005), pp. 1 y ss.

de justicia por los magistrados jurisdiccionales en lugares cerrados, por lo que se utiliza el término Audiencia para designar el Palacio de Justicia. El profundo y sólido conocimiento procesal del A., suficientemente demostrado, también le lleva a desarrollar de forma muy extensa todo lo relacionado con la tramitación, citación, comparecencia, *litis contestatio*, período de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos, los procesos especiales por rescriptos y sumarios, la jurisdicción eclesiástica, *episcopalis audientia*, y la protección pretoria extraprocesal. En este contexto destacaremos la atención prestada a la figura del actor y el demandado, la citación, y evolución del método según las etapas: Etapa inicial, *litis denuntiatio*, privada o avalada por el magistrado (*denuntiatio ex auctoritate*), oficial, *evocatio*, según el mandato, requerimiento verbal, si estaba presente, escrito, *litterae*, ausente, bandos o edictos (cuando se desconocía la residencia). En perspectiva constantiniana y posteriormente justiniana cabría sintetizar del siguiente modo: *litis denuntiatio*, autorizada por el magistrado, por escrito o remitido a su domicilio mediante un funcionario *executor*, la problemática en los supuestos de ausencia del demandado fijación de un edicto con la citación y la disposición de Constantino (año 322 C.Th. 2.4.2) sobre la inscripción en un Registro público de la citación referida. El escrito de citación del actor *libelus conventionis* como nuevo método en la época de Justiniano (procedimiento por libelo), remitido necesariamente por vía oficial y contestado mediante *libelus contradictionis*. Tras la recepción por el juez, fijación del día para la comparecencia el demandado garantizaba mediante caución, *cautio iudicatum sisti*. La tramitación del proceso en rebeldía, lo que se conoce con la denominación de contumacial. A continuación del momento en el que los litigantes han plasmado sus posiciones que suele identificarse con la *litis contestatio* se inicia el período de prueba. La prueba no es regulada de forma global por ninguna normativa del ordenamiento jurídico. Se puede hablar de algunos esbozos como intentos de sistematización (Código Teodosiano XI, 39), en el que se continúa mencionando a los testigos como instrumento previo a la prueba documental. De la consideración de la prueba habría que recordar que el papel esencial, originariamente, lo cumplían los testigos, el paso de su estimación incorporados al documento como elemento de ayuda, tanto en juicio como en el marco del tráfico jurídico, la *praxis* de los testigos instrumentales para confirmar la veracidad del documento, como del acto incorporado-, la atención especial a las cualidades de los testigos dignidad, buenas costumbres, etc., D.22.3.5.2, el tránsito de la prioritaria prueba testifical a la documental en la etapa postclásica por desconfianza en la fiabilidad de las declaraciones de los testigos, la introducción de Constantino del documento constitutivo o dispositivo tanto vale la fe de los instrumentos, como las declaraciones de los testigos, no debe prevalecer el testimonio no escrito sobre el escrito, posiciones jurisprudenciales contrapuestas y reflejos de la consideración tradicional que daba preferencia a la testifical perspectiva justiniana respecto a la posible discrepancia entre testigos y

documentos, *comparatio litterarum*: se dará preferencia a la testimonial, el desigual valor otorgado a los testigos en atención a su consideración social. En suma, como tiene escrito el A., “cabe considerar la Nov. 73 de Justiniano, el punto final de una lenta pero constante evolución precedente, caracterizada por el progresivo valor concedido a la prueba documental, que sólo con muchas vacilaciones consigue emanciparse y no del todo salvo en el documento público de la testifical, especialmente en el marco del reconocimiento del valor probatorio, la credibilidad, en último extremo, del documento tabeliónico, en atención al testimonio juramentado del notario ...” El contenido de estas constituciones (Nov. 73; 44; 47), afirma el A., “configura desde entonces hasta el momento actual, en buena medida, lo que se considera dogmática y práctica en la actividad notarial”.

En el tratamiento de la fuerza probatoria de los documentos se destaca también, el documento subjetivo *quirographum* y del documento objetivo *testatio*, la *praxis* provincial rito oral y documento probatorio en Occidente, y en Oriente, escritura constitutiva, registro público y documentos al portador (Amelotti), y confluencia de ambas orientaciones en destacar el valor del *documentum*, término más generalizado en etapa posclásica frente al precedente denominado *instrumentum*. En las páginas siguientes se afronta la cuestión de los *tabelliones* desde la primera mención en las fuentes (Ulp. D.48.19.94), las funciones según Ulpiano redactar documentos (*instrumenta formare*), escribir instancias (*libellos concipere*), otorgar testamentos, escribirlos o sellarlos (*testamenta ordinare, vel scribere, vel signare*), los lugares para desarrollar su actividad (foro, archivos públicos). En suma, recogían manifestaciones concretas del ámbito negocial, y en época postclásica se amplían competencias, y el reconocimiento social y jurídico de la profesión de tabelio, llegando en la etapa justinianeana a alcanzar una posición muy elevada en la organización de la cancillería imperial, considerados como eficaces colaboradores de su actuación legislativa los *tabelliones* asumen la responsabilidad de una de las cuatro secciones de los Archivos públicos en que se insinúan los documentos. Cabría señalar con el A., que no dejan de ser, en ningún momento, profesionales privados, no obstante, en el Imperio absoluto, fueron sometidos a un estricto control y subordinación al poder político, “que les aproxima a la consideración de funcionarios públicos en diversos aspectos: a) el alejamiento de la consideración originaria del documento tabeliónico como documento privado y b) el especial reforzamiento del valor probatorio en juicio del documento confeccionado por el tabelio”. Prosigue el A., con un minucioso análisis de las fuentes en las que se aprecian las confrontaciones y oscilaciones del valor probatorio, preferente o no, de su actividad, según el tipo de documentos, y las necesidades que se desprenden de las fuentes para aproximarse los efectos de la plena *fides publica* por ejemplo, como nos recuerda el A., en los procesos civiles (cfr. la Nov. 73. VII.), la credibilidad del documento notarial puede basarse en el

testimonio juramentado del tabelio, al que ha de añadirse el del escribiente. Otros medios de prueba podrían ser, la *confessio*, los juramentos, las *interrogationes* y las presunciones. La sentencia dictada por el juez se recogía por escrito y se entregaba una copia a las partes, y los remedios contra la misma cabría mencionar la apelación, el recurso de nulidad y otra excepcional el recurso de revisión. Aunque en la ejecución se podía mantener la probable ejecución personal, hay que recordar con él, entre otros, que se trataba de algo excepcional en la práctica, siendo lo más corriente el embargo y venta puntual de bienes específicos del condenado (recuérdese lo previsto para el régimen de concurso de acreedores que comentamos en el proceso formulario). El actor debe abonar los gastos ocasionados por la administración de justicia (pago de honorarios, esportula, *sportulae*, a los oficiales y subalternos), y en los supuestos de apreciada temeridad por incoar el procedimiento se condenará en costas. Este principio, reformado posteriormente, será asumido en todo caso por el perdedor en el juicio.

Los procesos sumarios (*summatim cognoscere*) abreviación de la tramitación que puede afectar a las formalidades, plazos, medios de prueba, tiempo, etc., (por ejemplo, cuestiones como alimentos entre parientes, etc.), aunque son análogos a los procedimientos abreviados o simplificados, como nos recuerda el A., son de naturaleza diferente, pues aunque se disminuyen las formalidades, plazos, etc., no cabe en ningún caso un conocimiento abreviado de la prueba (p.e. los interdictos, etc.-cfr. C. Th., 2.4.6). En los procesos por rescripto *per rescriptum principis* o *per libellum principis oblatum*, el juez resuelve la cuestión litigiosa adecuándose a lo que preconiza el rescripto. Como es sabido, en ocasiones, el príncipe o la cancellería imperial, daba instrucciones, al juez que lo solicitaba, mediante un rescripto. Las controversias entre clérigos o laicos conocidas por los Obispos son abordadas por el A., bajo el epígrafe, jurisdicción eclesiástica *episcopalis Audientia*, en el que partiendo de las principales fuentes (especialmente cristianas y jurídicas al efecto -Constituciones Constantino, 318 y 333-¹⁶, nos describe la evolución, poniendo de relieve el punto de arranque de la institución (preceptos de las fuentes cristianas), la posibilidad de, en cualquier momento de la tramitación ordinaria, someter la decisión del asunto al Obispo cuya decisión produciría efecto de cosa juzgada y plenos efectos civiles, conocían de forma abreviada, pero como resalta el A., conservando las fundamentales garantías procesales, la opción inicial de acudir al mismo de forma consensuada por ambos litigantes, o por decisión unilateral, la necesidad posterior del acuerdo de ambas partes, la limitación progresiva de

¹⁶ Cfr., entre otros, CTh. 1.27.1; Const. Imperial de Arcadio y Honorio 398 d.C; Valentiniano III, const. año 452; Nov. 83 pr.

las competencias (perspectivas justinianeas), a cuestiones canónicas de ahí que quepa hablar de fuero eclesiástico, finaliza con la problemática doctrinal acerca del carácter esencial dentro del propio ámbito jurisdiccional, o la intervención del Obispo tiene naturaleza arbitral, en cualquier caso, como tiene escrito el A., “la decisión produce efectos vinculantes para las partes y goza de ejecutividad”.

Con el estudio de la protección pretoria extraprocesal finaliza al A., este capítulo V. En determinadas ocasiones, si se producían determinadas situaciones extraprocesales, los pretores también dictaban resoluciones, generalmente previstas en el Edicto, aunque podían no estarlo: interdictos¹⁷ (prohibiendo u ordenando un determinado comportamiento), estipulaciones pretorias (ordenando la formalización de una promesa mediante contrato), puestas en posesión, *missiones in possessionem* (embargo de bienes), y *restitutiones in integrum* (teniendo por no celebrado el acto). Si no se acataba la resolución el magistrado podía imponer multas o el cumplimiento por la fuerza, actuando más bien con fundamento en su *imperium* y no en el marco propio de su potestad jurisdiccional (*magis imperio quam iurisdictionis*). Como señala acertadamente el A., “se trataba de actos no susceptibles de ser delegados, a diferencia de lo que sucedía con las actuaciones propias de la *iurisdictio*”. El procedimiento interdictal (*ex interdicto*), constituye, en palabras del A., “el referente histórico de la actual regulación de los procesos sumarios y de las medidas cautelares o aseguratorias”. Las órdenes, de carácter administrativo, encuadradas en al ámbito de los interdictos, son analizadas por el A., exponiendo un amplio elenco de las mismas clases: simples, dobles, privados, temporales, perpetuos, adquirir, retener, y recuperar la posesión, y resaltando a su vez la protección, de especial forma, que se otorga por esta vía interdictal a los intereses públicos¹⁸, preferentemente, y la subsidiaridad, en determinados casos, sobre los intereses privados. La problemática de las puestas en posesión (*missiones in possessionem*) como garantía, y las facultades realmente concedidas en estos supuestos, junto a las estipulaciones pretorias con finalidad cautelar de garantía y las *restitutiones in integrum*, fundamentada en algunas de las justas causas (edad, ausencia, error, intimidación, dolo, disminución de capacidad, fraude de acreedores...), son desmenuzadas agudamente por el A., en las últimas páginas de este extenso y bien elaborado capítulo.

¹⁷ Cfr. entre otros, Albuquerque J.M. *Los interdictos en Derecho Romano*, en Derecho y Opinión, Uni. Córdoba 1996, pp. 185-228

¹⁸ Cfr., entre otros, Albuquerque J.M. *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público. Especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae)*. Madrid 2002, pp. 55 y ss. Una remisión expresa, a este propósito, destacando y sintetizado los resultados de este estudio referido puede verse en Fernández de Buján A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, cit. pp. 186 y ss. Id. *Derecho público romano*, 8ª ed., Madrid 2005, pp. 550-552.

6. No quisiera terminar sin poner de relieve el carácter particular abordado por el A., sobre la problemática relativa al arbitraje, los tipos de arbitraje (arbitraje no formal, arbitraje del *ius gentium*, arbitraje legal, arbitraje compromisario), la terminología en esta materia (*arbitrium merum, boni viri, arbitri, iudicis, compromissum plenum*), el papel de la *bona fides* y la equidad del arbitraje, y, finalmente, el arbitraje compromisario (acuerdo entre dos o más personas entre las que existe una controversia, consistente en presentarse ante uno o varios árbitros, elegidos por las partes o designados por el pretor, así como en colaborar en la instrucción del arbitraje conforme al criterio arbitral y en cumplir lo decidido por el árbitro). En el marco de las conjeturas, parece razonable pensar con el A., que en los primeros tiempos, con anterioridad a la organización de la administración de justicia, la decisión de las controversias se encargara a uno o varios árbitros, elegidos de común acuerdo por los interesados. El A., nos recuerda asimismo algunos aspectos de los litigios surgidos entre miembros de las distintas comunidades (especialmente en el marco de las relaciones comerciales, recuérdese la Liga Latina, Foedus Cassianum). Como es sabido, el importante papel del arbitraje puede deducirse de numerosos textos jurídicos y literarios.

Acerca del importante papel que habría cumplido el arbitraje¹⁹ desde los primeros siglos de Roma, quiero resaltar con el A., (p. 200) que no sólo era un complemento o alternativa a la jurisdicción, sino que también se utilizaba como un instrumento de resolución de controversias, más allá de la autodefensa o autoayuda, por parte de un tercero imparcial y elegido de común acuerdo por las partes.

El uso o mantenimiento del arbitraje como técnica de resolución de conflictos en los siglos posteriores, también puede explicarse con el A., “por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, no obligatoriedad de la condena pecuniaria etcétera...”

La armonización del régimen jurídico del arbitraje conseguido con la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003) refleja ciertas connotaciones y concomitancias que a pesar de sus innegables avances respecto a sus precedentes legislativos más recientes (ahora más repleta de sensibilidad, reforzadora de los criterios antiformalistas al margen de la habitual exigencia de constancia escrita, al admitir otras formalidades; la consagración de la validez de la cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal;

¹⁹ Cfr., Ley 60/2003, de 23 Diciembre sobre Arbitraje.

que mantiene los conocidos efectos positivos y negativos del convenio arbitral; la flexibilidad, la libertad de las partes y de los árbitros teniendo siempre presente el derecho de defensa y el principio de igualdad, encaminados a la unidad de criterios), no parecen desprenderse de algunas fundamentaciones y conexiones latentes en el andamiaje jurisprudencial romano en tema de arbitraje: por ejemplo, se trataba en derecho romano de un instrumento de resolución de controversias y como hemos puesto de relieve anteriormente, vinculante, no una mera indicación; la resolución o laudo procedía de un tercero imparcial y elegido por las partes; parece obvio que se tratara de personas en pleno ejercicio de sus derechos; la exigencia de que la aceptación obligaba a los árbitros; la concurrencia de los pactos y su validez; el mantenimiento expreso del principio fundamental romano equidad, las situaciones de igualdad; audiencia y contradicción que pueden desprenderse del contexto romano (cfr., entre otros, Art. 9: Sobre forma y contenido del convenio arbitral: “El convenio arbitral²⁰, que podría adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato²¹ o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias...” Art. 12: Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros...” Art. 11: El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado...” Art. 21.1: “La aceptación obliga a los árbitros...”

En este párrafo anterior hemos indicado, sin pretensiones mayores, un reducido elenco teniendo en cuenta que un análisis profundo sobrepasa indudablemente los límites de esta exposición.

Las etapas correspondientes a la evolución habida desde los pactos²² realizados en el marco del tráfico comercial a los contratos consensuales, también son analizadas por el A., en mi opinión, en términos asumibles, destacando la libertad de la formalización de los pactos y situándonos, asimismo, en la problemática del consensualismo en la época republicana. A juicio del A., la teoría de Magdelain resulta aceptable, especialmente en la medida que pone el acento en

²⁰ Cfr., sobre la idea del acuerdo arbitral, el art. 7.1 de la Ley Modelo del la CNUDMI de 21 de Junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional nos dice: El <<acuerdo de arbitraje>> es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

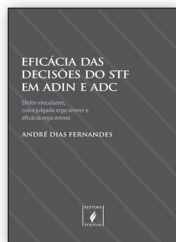
²¹ Cfr. Fernández De Buján, A. “Carácter contractual del arbitraje”. Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

²² Vid. Albuquerque J.M., “La protección jurídica de la palabra dada en derecho romano: Contribución a la evolución y vigencia del principio general romano <<pacta sunt servanda>> en el Derecho Europeo actual. Córdoba 1995, pp. 13 y ss.; Id. *Los pactos*, en Portal Derecho (www.iustel.com) Madrid 2001, pp. 1 y ss.

la importancia de la consensualidad en el marco de los pactos y negocios del *ius gentium*, así como en el papel jugado por el *ius praetorium* en su reconocimiento y posterior asunción por el *ius civile*²³.

A mi juicio, es sin duda una de las mejores obras de su género y supone asimismo una formidable oferta para la actual bibliografía procesal, especialmente sobre Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano. Quiero destacar el logro conseguido tras su esfuerzo y laboriosidad sabiendo conjugar el estudio con gran rigor histórico y sus proyecciones con nomenclatura moderna, principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, aportación de parte, perspectiva liberal y privatista hasta otra intervencionista y publicista de la actividad judicial. Lo que supone claramente el reconocimiento de una realidad visible, innovadora y propia de su Magisterio, del que se desprende una vez más la acertada reflexión y profundización en el apasionante y convergente conexo, en ocasiones diálogo entre historia, dogmática, y realidad social y jurídica. Aspectos que se han puesto de relieve con prontitud en las numerosas recensiones que se han realizado a esta obra ejemplar.

²³ Cfr. en general, Fernández De Buján, A. “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id “*De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*”. Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese, Padova 2003, vol.2. Id. “Arbitraje”. Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. “Carácter contractual del arbitraje”. Anuario de Justicia alternativa. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.



Prefácio de autoria do prof. Ives Gandra da Silva Martins ao livro **Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC** (Florianópolis: Podium, 2008), de autoria de André Dias Fernandes, juiz federal e professor da FA7.

O livro de André Dias Fernandes, *Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC*: efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*, oferece ao leitor interessante análise do sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, a partir da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias.

Examina o autor, com proficiência, três aspectos relevantes do controle concentrado (efeito vinculante, coisa julgada *erga omnes* e eficácia *erga omnes*), mostrando suas interligações e distinções, sobre distinguir os efeitos vinculantes das súmulas, em determinados aspectos. Neles, inclusive, para modular a rigidez da vinculação, admite a técnica da distinção, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na sua particular visão da supremacia da Constituição, pelo prisma da jurisdição constitucional, não só concentra e explicita os aspectos inerentes aos controles concentrado e difuso ou abstrato e concreto, como apresenta dificuldades e questões ainda pendentes de solução, razão pela qual uma certa flexibilização exegética permite-se, na exposição de suas idéias.

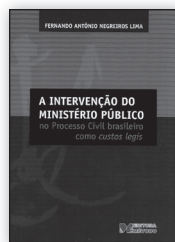
As conseqüências das declarações judiciais de inconstitucionalidade e o próprio papel daquelas que dependem de uma resolução congressual são, também, ponderados, no bem escrito livro, como matéria preambular do exame específico da eficácia das decisões definitivas da Suprema Corte.

Esclarece, em linha que Gilmar Mendes e eu adotáramos, no nosso primeiro livro sobre a matéria (Ação Declaratória de Constitucionalidade), a dupla face das ações diretas e declaratórias, para, ao final da obra, aplicar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como limitações ao efeito vinculante e à eficácia *erga omnes*.

Sugeri e “batizei” a ação declaratória, aos relatores da E.C. n. 3/93, para evitar a proposta do Governo Collor, de reintroduzir a “avocatória”. Minha sugestão, no concernente à legitimação ativa ampla, não foi, todavia, aceita, naquela Emenda, mas a n. 45/05 estendeu-a aos mesmos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.

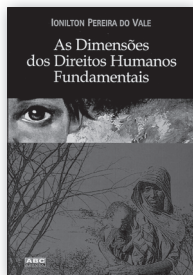
Considero o trabalho muito bom, com ampla discussão de temas relevantes, no que se refere à variada gama de aspectos dos controles de constitucionalidade do direito pátrio.

É, pois, com tranquilidade, que prefacio a obra de André Dias Fernandes, aconselhando sua leitura e estudo, por aqueles que militam no contencioso judicial, principalmente junto ao Supremo Tribunal Federal. A obra é de indiscutível utilidade.



Apresentação pela profa. dra. Maria Vital da Rocha do livro **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil brasileiro como *custos legis*** (São Paulo: Método, 2007), de autoria de Fernando Antônio Negreiros Lima, procurador da República e professor da FA7.

A literatura jurídica brasileira veio enriquecer-se com a publicação do livro *A Intervenção do Ministério Público no processo Civil Brasileiro*, de autoria de Fernando Negreiros. Reúne a obra todas as características que marcam um trabalho do gênero: pureza e clareza de linguagem, precisão dos conceitos, orientação metodológica, qualidade e atualização da bibliografia referida. Assim, por várias razões, autor e editora vão receber, seguramente, merecidos e eloqüentes aplausos. De minha parte, como apresentadora, poderia destacar cada um dos diferentes recursos, de forma e de conteúdo, que valorizam o trabalho, como, verbi gratia, a introdução histórica do instituto em apreço e sua apreciação à luz do direito comparado. Limito-me, porém, aqui, a enaltecer somente a adequada abrangência da obra. Nada de importante ficou de fora, como nada de supérfluo ocupou espaço. Tudo foi contemplado na justa medida. Antes de focar frontalmente o tema, a partir do capítulo IV, o autor cuidou, nos três capítulos iniciais, da conceituação do Ministério Público, de sua natureza jurídica, evolução histórica e projeção no direito comparado, e, finalmente, da definição do seu posicionamento frente a cada um dos três poderes constitucionais tradicionais: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Em seguida, o autor define interesse público e o distingue, com precisão, dos interesses individuais; mostra as diversas modalidades de atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro, concluindo que ele é sujeito parcial do processo (capítulo IV); prossegue, no capítulo V, a considerar a atuação do Ministério Público como fiscal da lei codificada; continua considerando o Ministério Público como custos legis, agora da legislação extravagante (capítulo VI), ferindo os mais diversos institutos públicos ou privados, desde o mandado de segurança até o direito do consumidor; encerra sua dissertação, dedicando o capítulo VII à disciplina processual da atuação do Ministério Público como fiscal da lei. Ovídio, no epílogo de suas Metamorfoses, proclamou que havia produzido uma obra mais perene do que o bronze (*aere perennis*) e que, enquanto existisse arte literária, ela seria celebrada (*perque omnia secula fama vivam*). Parodiando o grande poeta latino, que, enquanto houver, entre nós, Ministério Público, o livro do professor Fernando Negreiros, pelos méritos apontados, será reconhecido.



Apresentação da dissertação de mestrado de Ionilton Pereira do Vale, promotor de Justiça e professor da FA7, publicada sob o título **As dimensões dos Direitos Humanos Fundamentais** (Fortaleza: ABC, 2006).

O presente projeto tem como finalidade examinar, até onde possível, dentro dos limites de uma monografia em tese de mestrado, o fenômeno do aparecimento dos Direitos Humanos Fundamentais, para tanto indagando das fontes de pesquisa acerca, de todo o conjunto de dados, que justificam o seu aparecimento nas sociedades modernas. Reveste-se a importância do tema, face ao nítido predomínio das forças econômicas no mundo globalizado, frente aos direitos fundamentais, que de resto, ficaram enfraquecidos, ante a nova ordem econômica, social e política. A importância do tema, se justifica, até pela própria denominação, utilizada para definir tais direitos, ora chamados de humanos (em uma dimensão jusnaturalista) ora fundamentais (em uma dimensão positiva), o que os identifica com os anseios e ideais do próprio homem, e sua busca por justiça, vida plena, e demais atributos inerentes à sua dignidade.

A pesquisa científica tem como objetivo, contribuir com o estudo dos direitos fundamentais, através do estudo de diversas posições de autores, quer na doutrina pátria, quer na doutrina estrangeira, bem como inquirir acerca da plena validade e eficácia de tais direitos, frente ao ordenamento jurídico.

Reportamo-nos, igualmente acerca das dimensões ou gerações dos direitos humanos fundamentais e seu atual estágio nas sociedades contemporâneas.

Espera-se da identificação dos direitos fundamentais, a demonstração de sua parcial inaplicabilidade no Estado brasileiro, que tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, almejando contribuir com a sua efetiva aplicabilidade no Brasil, ante a detecção dos graves problemas sociais e políticos, que impedem a sua efetiva aplicação, inobstante o artigo 50, § 2º, da Constituição de 1988, que consagra a sua imediata aplicabilidade.

Procurou-se enfim fazer uma concatenação entre os diversos institutos que gravitam em torno dos direitos fundamentais, de modo a demonstrar a sua efetiva proteção, que vai enfraquecendo à medida que o mundo caminha a passos largos em direção à economia globalizada.



Apresentação do livro **Curso de Direitos Fundamentais** (São Paulo: Atlas, 2008), de George Marmelstein, juiz federal e professor de Direito Constitucional na FA7.

Ser professor de direitos fundamentais, aqui no Brasil, não é uma tarefa fácil. Afinal, parece que o que a gente ensina só existe nos contos de fadas. O aluno lê a Constituição e não consegue perceber qualquer sintonia com o mundo real, tal é o contraste entre a beleza do texto constitucional e a triste realidade brasileira.

O Brasil possui uma das Cartas Constitucionais mais avançadas em matéria de direitos fundamentais. Apesar disso, a concentração de renda, o analfabetismo, a pobreza, a desnutrição, a mortalidade infantil etc. são equiparáveis aos dos países mais pobres e menos comprometidos com a democracia.

Nossa Constituição, infelizmente, ainda é apenas uma miragem: ao se olhar para o papel, tem-se a impressão de estar em um oásis, cheio de beleza e abundância. Porém, quando se voltam os olhos para a realidade, o que se vê é um deserto vazio e sem vida.

De que adianta uma Constituição tão boa se ela não é aplicada? De que vale conhecer o texto constitucional se, na prática, ele não tem utilidade? Para quê estudar os direitos fundamentais se eles praticamente não possuem efetividade?

A falta de um sério compromisso político para realizar os direitos fundamentais gera uma sensação de desânimo, que enfraquece a luta em prol da efetivação das normas constitucionais.

Talvez esse sentimento explique o fato de o ensino do direito constitucional no Brasil deixar muito a desejar no que se refere aos direitos fundamentais. Aqui, o papel do professor é tão somente ajudar o aluno a decorar os artigos e incisos da Constituição. Com isso, o estudante acaba lamentando a existência de tantos direitos!

Foi com a intenção de mudar esse paradigma que tive a ousadia de escrever um Curso de Direitos Fundamentais. Sempre achei que o importante, dentro do ensino dessa disciplina, é fazer com que as pessoas assimilem e compartilhem os mesmos valores que inspiram o ordenamento constitucional. A sociedade precisa se convencer da importância ética dos direitos fundamentais para a construção de um ambiente de convivência melhor para todos. E não somente isso. É preciso também que se lute diariamente pela realização desses direitos, através de uma reivindicação consciente e planejada.

Os direitos fundamentais não devem ser para o aluno apenas um monte de textos a serem decorados avidamente, mas verdadeiras ferramentas de luta profissional e de cidadania a serem efetivados na máxima extensão possível.

No Curso de Direitos Fundamentais, que escrevi ao longo de prazerosos anos em que leciono essa disciplina, enfrentei temas que estão na ordem do dia das discussões éticas mais relevantes, como o aborto, a eutanásia, a pesquisa com células-tronco, as cotas para negros em universidades, o casamento de pessoas do mesmo sexo, as limitações do poder do Estado, a liberdade de expressão, o racismo, a tortura, entre outros temas igualmente polêmicos e importantes.

Foi um livro escrito com muito carinho e com uma preocupação em tentar empolgar o leitor, a fim de que ele também se apaixone pelos direitos fundamentais.

A minha relação de amor para com os direitos fundamentais surgiu há dez anos, no ano de 1998, quando eu era ainda um simples estudante da graduação.

Aquele ano foi particularmente especial, já que era um ano de comemorações. Afinal, a Constituição Federal de 1988 completava dez anos, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 completava cinquenta.

Em razão dessas festividades, o ambiente acadêmico respirava direitos fundamentais. Havia palestras, cursos, seminários, concursos de monografia sobre o assunto. Nesse cenário, iniciei minhas primeiras pesquisas. Foi amor à primeira vista. A partir daí, esse tema passou a fazer parte do meu dia-a-dia, tanto profissional (como advogado, procurador de Estado e, atualmente, juiz federal), quanto acadêmico (como estudante da graduação, estudante de especialização, estudante do curso de mestrado e, agora, professor).

Até então, confesso que minha relação com o direito era meio “sem sal”. Ainda não havia me empolgado com nenhuma disciplina jurídica. Achava que havia muita embromação e pouca emoção, muito formalismo e pouca substância. Não sentia qualquer entusiasmo ao ler uma obra jurídica. Sempre achei impressionante como os juristas possuem a péssima capacidade de transformar discussões extremamente interessantes em debates frios e sem-graça.

Mas com os direitos fundamentais, percebi que podia ser diferente, já que esses direitos possuem uma ideologia, um dinamismo. Eles estão cheios de valores e podem ser utilizados como instrumento de luta em favor de um mundo melhor. Se forem bem manejados, são capazes de se transformar em um poderoso mecanismo de mudança social. Era justamente isso que eu estava procurando. Algo típico do idealismo da juventude.

Desde então, minha relação com o direito melhorou da água pro vinho. Passei a gostar de verdade de estudar as disciplinas jurídicas, sempre tentando direcionar o estudo para a óptica dos direitos fundamentais ou pelo menos para o direito constitucional, que era o que me dava vontade de aprender. E assim fui crescendo profissionalmente... Fui aprovado em diversos concursos públicos, fiz

especializações e mestrado, tornei-me juiz federal e professor. Tudo isso se deve em grande parte aos direitos fundamentais. Por isso, tenho uma gratidão especial para com eles. Sem eles, talvez eu fosse apenas mais um profissional do Direito desmotivado e sem estímulo, como há muitos por aí. E a melhor forma que encontrei para retribuí-los por tudo o que eles me proporcionaram foi escrever um livro-curso, a fim de compartilhar com outras pessoas o mesmo sentimento de empolgação que eu senti e ainda sinto quando estudo essa matéria.

Espero que agora, passados vinte anos da promulgação da nossa Constituição cidadã, essa minha contribuição possa resultar em algum efeito prático e possa, senão tornar a Constituição uma realidade, pelo menos conscientizar os leitores da importância dos direitos fundamentais para que eles possam tentar, dentro de suas possibilidades e limitações, efetivar ao máximo as normas constitucionais.

É possível conhecer as idéias básicas contidas no livro a partir do meu blog: direitosfundamentais.net. Sinta-se à vontade para visitá-lo.

CURSO DE DIREITO
REVISTA JURÍDICA DA FA7
Normas para publicação

- I. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar artigos jurídicos, cujos originais serão submetidos a exame pelo Conselho Editorial.
 - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
 - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.
- II. O Conselho Editorial informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
 - a) Os originais não serão devolvidos.
 - b) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
 - c) Alterações substanciais serão solicitadas pela Comissão Editorial ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
 - d) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.
- III. Os originais submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, conforme abaixo:
 - a) em uma via impressa em papel tamanho A4, letra Arial, corpo 12, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas e impressas em um só lado;
 - b) em MS Word (.doc), em versão 6.0 ou superior, gravado em disquete ou cd;
 - c) em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do Manual de formatação de monografia jurídica, do curso de Direito da FA7, que se encontra disponível na biblioteca da faculdade e no seu sítio eletrônico;
 - d) para os textos classificados nos itens 'a' e 'b' da cláusula IV abaixo, com resumo, em português, e abstract, em inglês, com extensão de 80 a 100 palavras cada, mais três ou quatro palavras-chave (com respectivas key words);
- IV. Os originais submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:

- a) Estudos teóricos/ensaios – análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras);
 - b) Relatos de pesquisa – investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo a metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);
 - c) Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - d) Ressonâncias – resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - e) Resumos – de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
- V. Os originais submetidos para publicação deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor. O referido termo encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
- VI. Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.

Conselho Editorial.

