

REVISTA JURÍDICA DA FA7

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

RevJurFA7	Fortaleza	v. IV	n. 1	abr. 2007	216 p.
-----------	-----------	-------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro. – v.1, n.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

Otávio 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
60.811-024, Fortaleza, CE, Brasil

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 DE CURSOS:

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 APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO APRESENTAÇÃO

O curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro (FA7) continua tendo vários bons registros de sucesso.

Em maio deste ano, foi publicado o resultado do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes, o Enade. Nosso curso ficou em primeiro lugar na classificação das instituições de ensino superior privadas do Ceará, obtendo 4 no conceito Enade e 4 no IDD, que é o conceito que busca determinar quanto de conhecimento os cursos agregam aos alunos.

O III Encontro de Iniciação Científica, em junho de 2007, contou novamente com apresentação de trabalhos de alto nível, por alunos do curso orientados por nossos professores. Os três trabalhos que obtiveram as melhores notas estão aqui publicados.

Além disso, ainda estamos comemorando a formatura da nossa primeira turma, que aconteceu em agosto de 2007, e o alto índice de aprovação da mesma no Exame de Ordem, superando o percentual de 60%.

Outro motivo de júbilo é a alta aceitação e o respeito que nossa revista vem obtendo, em tão pouco tempo, entre doutrinadores pátrios e europeus, cujas contribuições já falam por si.

Para a realização deste número, agradecemos à diretoria da faculdade, pelo apoio; aos articulistas, pela colaboração; e, de modo muito especial, ao prof. Felipe dos Reis Barroso, por todo o empenho pessoal dedicado à edição, o que inclui a tradução dos *abstracts*.

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

Bom proveito e até breve,

Profa. Dra. Maria Vital da Rocha
Coordenadora do curso de Direito

Lista de abreviaturas

ADI	–	Ação Direta de Inconstitucionalidade
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	–	<i>Habeas corpus</i>
ISO	–	<i>International Standardization Organization</i>
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 SUMÁRIO SUMÁRIO

Estudos Teóricos e Ensaios

CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS E COOPERATIVAS DE TRABALHO (José Menescal de ANDRADE Jr. e Felipe dos Reis BARROSO)	11
LA OBRA DE GARCÍA GOYENA Y EL PROCESO CODIFICADOR IBEROAMERICANO (Luis Rodríguez ENNES)	29
EXCEPCIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA DE ESPAÑA Y LAS INTERVENCIONES MÉDICAS FORZOSAS EN HUELGAS DE HAMBRE LLEVADAS A CABO POR ENCARCELADOS (Sandro Luís Brito NOVAIS)	49
A UNIÃO ESTÁVEL BRASILEIRA E SUAS RAÍZES ROMANÍSTICAS (Agerson Tabosa PINTO)	65
PROPOSTA DE CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINÇÃO ENTRE OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E OS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, QUANTO AO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (Otávio Luiz RODRIGUES Jr.)	81
EL EMPLEO DEL LENGUAJE COMÚN Y GESTUAL EN LA JUSTICIA INGLESA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL UTILIZADO POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA TRAS LA INSTAURACIÓN DEL JURADO (Luisa Blanco RODRÍGUEZ)	103
OBRIGAÇÃO COM CONVENÇÃO DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA (Marcelo Sampaio SIQUEIRA)	123
CONTRIBUIÇÕES E JUSTIÇA TRIBUTÁRIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA (Natércia Sampaio SIQUEIRA)	147

Ressonância

AQUECIMENTO GLOBAL, LICENCIAMENTO E ANÁLISE DE IMPACTOS AMBIENTAIS (João Alfredo Telles MELO)	163
--	-----

Trabalhos do III Encontro de Iniciação Científica

A NOVA ORDEM MUNDIAL E OS CÓDIGOS DE JUSTIÇA: A CULTURA POPULAR EM OPOSIÇÃO À AXIOMÁTICA DO LUCRO (Ciro W. C. ALVES e Gabriela M. de O. BARCELOS)	167
ASSÉDIO MORAL - O MAL INVISÍVEL DA RELAÇÃO DE TRABALHO (Paulo Ygor M. L. PIAULINO)	183
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DA LEI Nº 11.340/06 (Ana Karina L. PONTES e Juliana de A. NÉRI)	201

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.*

CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS E COOPERATIVAS DE TRABALHO

JOSÉ MENESCAL DE ANDRADE JR.

Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

jmenescaljr@uol.com.br

FELIPE DOS REIS BARROSO

Mestre em Administração pela DePaul University (EUA). Especialista em Direito Comercial pela University of Bristol (Reino Unido). Professor da FA7 e da Universidade de Fortaleza. Advogado.

felipe.barroso@uol.com.br

Sumário: 1. Das peculiaridades e do funcionamento das sociedades cooperativas; 2. Do funcionamento da cooperativa. Suas peculiaridades; 3. Do princípio da identidade; 4. Da não incidência do ISS sobre as cooperativas; 5. Da ausência de receita e despesas. Da ausência do elemento "preço" que implica em ausência da "base de cálculo"; 6. O enquadramento do ato cooperativo e da atividade da cooperativa de trabalho na regra matriz do ISS; 7. Da ausência do objetivo de lucro no funcionamento da cooperativa; 8. Da ocorrência do *bis in idem*; 9. Decisões sobre a matéria. Jurisprudência.

Resumo: O presente tema, apesar de não ser exatamente novo, continua atual e na pauta de assuntos polêmicos e de interesse para os estudiosos. Despiciendo falar da carga tributária que beira o confisco no país e que causa insatisfação na sociedade. Ainda mais se se levar em conta o baixíssimo retorno que os administrados têm nos serviços públicos e na infra-estrutura de apoio social. Fosse o retorno mais justo, a carga tributária pareceria mais leve e justa. Neste quadro justifica-se o esforço ingente das sociedades cooperativas para fazer valer os benefícios tributários que a Constituição e as leis lhes

ensejam e que a fome pantagruélica do poder público pugna por não considerar tais benefícios, sufocando a economia. Em especial, discute-se aqui a não incidência do Imposto sobre Serviços (ISS) sobre a atividade-fim da cooperativa, posicionamento decorrente de disposições normativas, entendimentos doutrinários e farta jurisprudência.

Palavras-chave: Tributos. Cooperativas. Serviços. Não incidência.

1 DA NATUREZA JURÍDICA DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO

As sociedades cooperativas de trabalho são constituídas sob os ditames da lei federal nº 5.764, de 16.dez.71 (lei de regência das cooperativas), que regula o seu funcionamento. O Código Civil de 2002 trouxe nova regulamentação da matéria, mas não mudou a sua essência, pelo contrário, dispôs expressamente, no seu art. 1.093, que fica ressalvada a norma específica que regula a matéria, ou seja, a lei 5.764/71.

Siqueira (2004), dentre outros doutrinadores, têm considerado que esta lei passou a ter *status* de lei complementar. Isto por força do art. 146, III, c, da Constituição Federal. Com efeito, esta norma constitucional reserva à lei complementar o adequado tratamento do ato cooperativo. Como a lei 5.764/71 trata da matéria, tomou a feição desta modalidade de norma, nos mesmos moldes do que aconteceu com o Código Tributário Nacional (Baleeiro, *apud* Siqueira, 2004, p. 27).

A lei de regência das cooperativas ocupou-se em dar os contornos conceituais ao tipo societário, conforme disposto nos seus arts. 3º, 4º e 5º. As cooperativas, na realidade, são sociedades instrumentais auxiliares, voltadas para os seus cooperados. Veja-se a lei, *in verbis*:

Art. 3º. Celebram contrato **de sociedade cooperativa** as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, **sem objetivo de lucro**.

Art. 4º. As cooperativas são **sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados**, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

- I. adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
- II. variabilidade do capital social representado por cotas-partes;
- III. limitação do número de cotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;

- IV. inaccessibilidade das cotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;
- V. singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
- VI. "quorum" para o funcionamento e deliberação da assembléia geral baseado no número de associados e não no capital;
- VII. retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da assembléia geral;
- VIII. indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica educacional e social;
- IX. neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;
- X. prestação de assistência aos associados e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;
- XI. área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços."

Art. 5º As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão "cooperativa" em sua denominação.
Omissis. (Original sem negrito).

Assim, a cooperativa é uma sociedades civil, de forma e natureza jurídica próprias, criadas com o fito de prestar serviços aos seus cooperados, sem o intuito de lucro. Ela difere dos outros tipos societários, entre outros aspectos, pelo fato de que:

- a) na cooperativa, prevalece o associado e não o capital;
- b) não há o intuito de lucro;
- c) a finalidade da sociedade é a prestação de serviços direta e desinteressada aos seus cooperados, enquanto na sociedade capitalista a prestação de serviços é o meio de obter o maior lucro possível;

As cooperativas gozam de proteção, estímulo e tratamento especial dispensados pela lei e pela Constituição Federal, que prevê:

Art. 5º. Omissis.

XVIII a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

Omissis.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

omissis

III. estabelecer normas gerais de legislação tributária, especialmente sobre:

omissis

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas."

Art. 174. *Omissis.*

omissis

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Omissis.

2 DO FUNCIONAMENTO DA COOPERATIVA. SUAS PECULIARIDADES

Conforme a lei e a interpretação mais abalizada da doutrina, a cooperativa tem por objetivo "a congregação dos integrantes de determinada profissão para a sua defesa econômico-social", e "a geração de condições para o exercício das atividades laborais". É uma sociedade instrumental, que serve para a contratação coletiva dos seus cooperados, evitando-se a exploração do trabalho e eliminando o intermediário na relação.

No desempenho de suas atividades, a cooperativa age como representante de seus cooperados, em relação jurídica similar ao mandato, na medida em que estes, ao ingressarem na sociedade, outorgam poderes a ela para contratar em nome deles. Por sua vez, o ingresso dos cooperados é livre, assim como a sua saída. Em outras palavras, os trabalhadores, desde que satisfaçam as condições e haja condições objetivas de aceitação por parte da cooperativa, podem entrar livremente na sociedade, assim como dela saírem, quando desejarem. É o princípio da porta aberta, consubstanciado no inc. I, do art. 4, da lei 5.764/71, acima transcrito.

Ressalte-se, ainda, que a atividade é desempenhada sem intuito de lucro, conforme expressa disposição legal contida na parte final do art. 3, da mesma lei 5.764/71.

No seu funcionamento, a cooperativa repassa aos cooperados os valores que contratualmente recebe dos clientes. Tais valores são repassados na exata proporção da atividade e se constituem em "produção cooperativa".

A atividade é exercida pelos cooperados, que atuam como autônomos, e, como prestadores de serviços, são contribuintes individuais do Imposto sobre Serviços (ISS), *ex vi legis*.

A cooperativa não presta serviços pertinentes ao campo econômico em que atuam seus cooperados, estes é que o fazem. A cooperativa só presta serviços aos próprios cooperados, serviços estes que se consubstanciam na administração do trabalho individual

de cada um, assim como todas as atividades voltadas para proporcionar condições de trabalho que, sozinhos, os trabalhadores não teriam condições de obter.

Por tal atividade - ressalte-se - a cooperativa não recebe nada, nenhuma contraprestação. Toda a movimentação é de recursos dos cooperados e em função destes, sem nenhum pagamento à cooperativa, seja a que título for.

O desempenho de tal atividade pela cooperativa consiste na realização do "ato cooperativo", que recebe conceito no art. 79, da lei 5.764/71, in verbis:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produtos ou mercadorias.

Assim funciona a cooperativa.

3 DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE

Impõe-se considerar que a cooperativa não presta serviços a terceiros e sim aos seus cooperados, que, por sua vez, em seu próprio nome e por sua própria responsabilidade, prestam serviços aos clientes contratados pela sociedade, recolhendo o ISS por tal atividade. Ora, entre a cooperativa e seu associado, consagra a doutrina, que se afigura o princípio da identidade, bem explicado por Lima (1997, p. 51):

A circunstância de ser a cooperativa conceituada como de 'economia auxiliar' ou como 'sociedade auxiliar', posta a serviço do incremento da situação econômica dos seus membros-utentes, levou a doutrina a visualizar na cooperativa uma extensão da economia dos seus sócios, o prolongamento, ou o braço alongado das economias associadas.

Considerando que o interesse da cooperativa, na prestação do serviço, se identifica com o interesse que o sócio possui em fruí-lo, há escritores que sustentam que as relações entre o cooperado e a cooperativa realizam-se sob a égide do **princípio da identidade**. O interesse da cooperativa, teoricamente, sempre coincide com o interesse do sócio, na realização dos negócios internos desenvolvidos entre ambos.

Essa identidade de interesses entre a cooperativa e o associado, perceptível nas operações realizadas na esfera das relações internas da sociedade, levou a doutrina a estudar mais detidamente esse negócio interno, nascendo daí a teoria do ato cooperativo. (Original sem grifos e negritos).

O princípio da identidade é essencial na abordagem da matéria, principalmente levando-se em conta que, no trato do assunto, há que lidar com princípios e conceitos "[...] de um Direito próprio, o Direito Cooperativo." (Bulgarelli, 1998, p. 37).

A propósito do referido princípio, e para compreensão do universo cooperativista, Krueger (2003, p. 58-59), a nosso ver de forma lúcida, traz ilações interessantes e que se afiguram pertinentes:

No caso das cooperativas da maioria dos ramos do cooperativismo, não há ocasião de conflito entre os valores trabalhistas e as regras cooperativistas. Entretanto, pode surgir conflito nas cooperativas de trabalho, já que se está cooperativizando nada menos que o próprio trabalho. Esse é o núcleo do problema. Evidentemente, se no mundo do trabalho protege-se [sic] as crianças, se se aceitam critérios irredutíveis de seguridade, de dignidade humana etc., no âmbito cooperativo não se deve desconsiderar estas regras fundamentais.

Pode-se demonstrar o afirmado a partir da aplicabilidade direta do sistema analítico de Dunlop sobre as relações trabalhistas. O modelo apresenta três protagonistas: os empresários, os trabalhadores e o Estado como legislador ou fiscalizador. Os três protagonistas se inter-relacionam e produzem as regras que regem as relações de trabalho, sob a influência das condições ambientais: as condições de mercado, o desenvolvimento tecnológico e a distribuição de poder na sociedade. Ainda os protagonistas agem a partir de certos sistemas de valores que formam suas ideologias.

Entretanto, as cooperativas unificam em um único agente social (protagonista) papéis que as sociedades empresariais em geral separam: são proprietários da cooperativa, ao mesmo tempo em que são provedores ou clientes. Trata-se do **princípio da identidade**, ou da **dupla qualidade** que caracteriza o cooperado. Essa dupla qualidade advém do regime autogestionário e auxiliar que caracteriza a cooperativa. A dupla qualidade dos membros da cooperativa explica-se porque esse tipo de sociedade inverte os meios e fins que caracterizam as sociedades empresarias não cooperativas: enquanto nestas, a atividade societária é um meio de alcance dos fins empresariais (lucro), nas cooperativas, as atividades empresariais são o meio de alcance do objetivo societário (acréscimo de renda direto ou indireto) [...]. (Original sem negritos).

O autor, a nosso ver de forma percuciente, vai ao centro da questão, incursionando nas peculiaridades essenciais do sistema de funcionamento das cooperativas, do ponto de vista da visão dos sistemas trabalhista, cooperativista e

econômico. Mas não é só. Também aprofunda a matéria e mostra a diferença nos pressupostos dos quais partem os sistemas:

A razão primordial das dificuldades de se harmonizar a dupla posição do associado de cooperativa de trabalho como dono e usuário (princípio da dupla qualidade) da cooperativa e de trabalhador na execução de serviços contratados junto à cooperativa consiste no fato de o direito trabalhista e do cooperativismo possuírem lógicas antinômicas. Dessa forma, adotam pressupostos e respostas diferentes ante o mesmo problema: alienação do trabalhador dependente. Como pressuposto, a legislação trabalhista é fruto de uma concepção dialética materialista e histórica. Equivale dizer: tem por seu pressuposto que a relação entre trabalhadores e empresários é intrinsecamente antagônica. O cooperativismo, por outro lado, é fruto de uma concepção utópica de compreensão de uma relação simplesmente oposta (em sentido dual: antagônico e solidário) entre trabalhadores e empresários. [...]

Por sua vez, especificamente no que diz respeito ao ato cooperativo em si, Ataliba ensina:

Atos cooperativos não configuram serviços, em sentido técnico. Os atos em questão referem-se a relações internas entre cooperativa e cooperado, idênticas às que correlacionam sócios e sociedade, quaisquer que sejam o tipo e natureza. Assim como não se pode falar em serviço tributável em decorrência das relações entre o sócio e a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, inviável cogitar de serviço tributável, igualmente, nas relações que enlaçam cooperativa e cooperado. Nem mesmo no sentido vulgar é correto falar em serviço. Fora diferente e a lei não prestigiaria a expressão "ato cooperativo". A cogitação de serviço tributável exige a presença do prestador e do tomador. Este, como vimos, é sujeito essencial à figura da prestação de serviços. Só há prestação de serviços onde haja terceiros. Cooperado e cooperativa, umbelicalmente, ligados, não são terceiros, um em relação à outra, ou esta em relação àquele. O ato cooperativo configura o impropriamente designado, mas expressivo "serviço para si próprio", intributável por excelência porque não há, tecnicamente, serviço para si mesmo. Ausente está o requisito indispensável da presença de outrem, do terceiro destinatário alheio à sociedade.

(...)

Tais atos, em suma, são intributáveis posto não configurarem serviço, seja no caso de cooperativas, seja quando atos equivalentes são praticados em qualquer outro tipo de sociedade, civil ou comercial.

As atividades da cooperativa desenvolvem-se no plano interno (negócios-fim) e no plano externo (negócios-meio). As operações no plano interno, onde se situam os atos cooperativos, não envolvem terceiros, pelo que não há prestação de serviços em sentido técnico, nem em sentido usual ou vulgar, porque não há falar-se em prestação de serviços a si mesmo.

É requisito essencial e indispensável para a incidência do ISS a existência do destinatário, do tomador do serviço. A cooperativa e o cooperado não são terceiros nas relações que entre si estabelecem (princípio da identidade). Ao contrário, estão no mesmo pólo em relação aos terceiros, ou seja, às pessoas com quem se relacionam juridicamente. Logo os atos cooperativos não configuram serviços tributáveis.

As operações do plano externo (negócios-meio) - v. conceito acima - são exatamente instrumento, expediente, recurso, meio indispensável para a consecução dos fins societários e também não se constituem obviamente em serviços tributáveis.

4 DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS COOPERATIVAS

Assim, o ISS não incide sobre os serviços que a cooperativa presta porque, em primeiro lugar, só o faz em relação a seus cooperados e, em segundo lugar, nada recebe por esses serviços - caso claro e irrefutável de não incidência tributária.

Corroborando a tese acima, cumpre rever Ataliba:

1. As atividades das cooperativas desdobram-se em dois planos - interno e externo.
2. No plano interno situam-se os atos cooperativos que dizem respeito às relações entre cooperativa e cooperados e vice-versa.
3. Essas relações não envolvem terceiros, não havendo, portanto, prestação de serviços, em sentido técnico, nem no vulgar, porque ninguém presta serviços a si mesmo.
4. Requisito ou elemento imprescindível para a incidência do ISS é a existência do destinatário (tomador) do serviço.
5. Sociedade e associado (ou sócio) não são terceiros nas relações que entre si promovem. Ao contrário, situam-se em mesmo polo, em relação às demais pessoas com que se relacionem juridicamente.
6. Logo os atos cooperativos não configuram serviços tributáveis.

7. As operações externas (ou instrumentais) realizadas pelas cooperativas representam meio para a consecução dos fins societários: a auto-ajuda. Conseqüentemente, também não são traduzíveis em serviços tributáveis.

[....]

17. Por todas estas abundantes razões, podemos afirmar com segurança a impossibilidade jurídica de incidência do ISS sobre o ato cooperativo ou sobre as operações externas das cooperativas. [...]. (Em parecer citado).

5 DA AUSÊNCIA DE RECEITA E DESPESAS. DA AUSÊNCIA DO ELEMENTO "PREÇO" QUE IMPLICA EM AUSÊNCIA DA "BASE DE CÁLCULO"

As cooperativas, conforme sua natureza jurídica peculiar e particularidades de seu funcionamento, não têm receita nem despesa, sendo estas dos cooperados. Isso se conclui pelas disposições dos arts. 80 e ss. da dita lei n. 5.764/71 e pelas razões de doutrina:

[...] as cooperativas não têm receita e também não têm despesa. Não se trata de mera inexistência de lucro, mas inexistência de receita e despesa, uma vez que a primeira é destinada aos sócios e a segunda é suportada por estes. Ambas proporcionalmente à atividade de cada um." (Lima, 1997, p. 173).

Ainda na linha de raciocínio desenvolvida pelo doutrinador *supra*, é certo afirmar que as cooperativas só terão receita e despesa quando realizarem atos não cooperativos, ou seja, quando prestarem os serviços, que se constituem no seu fim social, a pessoas da mesma categoria econômica dos sócios, mas que não se incluem no quadro de associados, como já acima referido.

Assim, recebendo valores que são dos seus cooperados e assumindo obrigações e despesas que também são dos seus cooperados, e não auferindo nada em contrapartida pelo exercício de tal atividade, a sociedade não tem receita, nem despesa suas.

Ora, a legislação que regula o ISS prevê que a base de cálculo do ISS é o "preço do serviço".

Tomar-se a receita que é dos cooperados como base de cálculo para a imposição da cobrança do ISS, além de não corresponder à verdade dos fatos na espécie, seria tomar a sociedade cooperativa como sociedade civil comum, tipo societário este em que os sócios trabalham em nome da sociedade. Dislate dessa natureza fere as normas relativas à natureza e organização das cooperativas, o que não pode ser feito pelas normas tributárias. As normas específicas é que dão os conceitos legais, jurídicos dos elementos pertinentes à área por elas reguladas, conforme os arts. 108 a 110 do Código Tributário Nacional.

Considere-se também que, não tendo receita nem despesa próprias e realizando os serviços sem nada receber por eles, não ocorre o fator "preço", que é elemento essencial e indispensável para ocorrência fática das condições do surgimento da obrigação do pagamento do tributo. Por outra, se a cooperativa nada recebe, o preço dos serviços que presta aos cooperados é "zero" e o percentual da alíquota do ISS sobre zero é zero. O imposto incide, sim, sobre o serviço prestado pelo médico, que já recolhe individualmente o tributo.

Com efeito, conforme já referido, a cooperativa presta aos médicos cooperados os serviços de administração cooperativa da atividade deles (objeto social). A sociedade não presta serviços médicos e hospitalares. Os médicos é que o fazem, com o meio indispensável da rede credenciada, ambos inseridos no ato cooperativo (principal e auxiliar/acessório). Por tais serviços inerentes ao objeto social e dirigidos aos seus próprios cooperados, a cooperativa nada recebe em troca. As despesas de tais serviços (taxa de administração) são despesas dos próprios cooperados retirada de sua própria remuneração, ou seja, de sua produção.

6 O ENQUADRAMENTO DO ATO COOPERATIVO E DA ATIVIDADE DA COOPERATIVA DE TRABALHO NA REGRA MATRIZ DO ISS

Tem-se mais que, considerando-se não o ato cooperativo em si, na sua contextura jurídica, que, semanticamente (por definição), estaria imediatamente livre da incidência de tributos em geral (art. 79, da lei n. 5.764/71), mas a situação fática que envolve este ato, consistente na prestação de serviço de representação da cooperativa aos seus sócios, a conclusão será no sentido do não preenchimento dos pressupostos da regra matriz, de sorte a não existir o fato jurídico tributário.

Analisando-se o critério de forma tópica, tem-se que: já ficou assentado que os atos das cooperativas de trabalho, no cumprimento de suas finalidades, consistem em organizar e viabilizar a contratação global de seus sócios, ou seja, de praticar o ato cooperativo.

A situação fática resultante do ato cooperativo não gera tributos, pois é realizado sem qualquer fim lucrativo. No caso específico das cooperativas de trabalho, em razão do princípio da dupla qualidade, a ausência de lucro reflete-se na inexistência de receita, como foi exposto acima.

Ao ISS interessa o preço e não o resultado, de sorte que, ao realizar o enquadramento da situação operacional das cooperativas de trabalho na regra matriz do ISS, o intérprete deve observar essa circunstância, especialmente quanto ao conseqüente tributário.

Assim, dentro do já exposto anteriormente, pode-se incluir no critério material da hipótese tributária a prestação de serviço por parte da cooperativa (exclusivamente aos sócios-cooperados), que compreende exclusivamente a representação dos cooperados (médicos prestadores de serviços na área de ação da sociedade e contribuintes

individuais do ISS para o município) na organização, planejamento e viabilização dos contratos celebrados em nome destes.

Esta prestação realiza-se sempre dentro de um município que tenha exercido a competência de criar o mencionado tributo, com o caráter de não eventualidade, preenchendo-se assim os critérios espacial e temporal da hipótese tributária da regra matriz.

Assim, no critério pessoal, o enquadramento materializa-se com a figuração da municipalidade como sujeito ativo e a cooperativa de trabalho como sujeito passivo. Presentes, pois, os elementos pessoais da relação, permitindo que se processe a verificação do aspecto quantitativo, imprescindível para se completar a relação.

Como já explicado acima, a cooperativa de trabalho nada recebe pela atividade que presta aos seus associados, não possuindo, portanto, qualquer receita própria.

7 DA AUSÊNCIA DO OBJETIVO DE LUCRO NO FUNCIONAMENTO DA COOPERATIVA

Como se não bastasse, outro fator também se impõe a favor da conclusão de que as cooperativas de trabalho médico não são devedoras de ISS. É que, como também já frisado, por expressa disposição legal contida na parte final do art. 3º da lei nº 5.764/71, as cooperativas não têm objetivo de lucro, sendo oportuna afirmação de Lima (1997, p. 50):

Como sociedade de pessoas, o destino da cooperativa é servir ao grupo associado, sem a mais leve intenção de lucrar à sua custa [...].

Por definição legal, são tributáveis os serviços que tenham por fim o lucro. Carvalho, abordando a matéria em parecer sobre ISS e cooperativas afirma:

[...] é lícito asseverar que a hipótese de incidência do ISSQN se consubstancia *na prestação a terceiro de utilidades, materiais e imaterias, de conteúdo econômico e com caráter reiterado, sob regime de direito privado, realizada dentro dos limites geográficos do Município, reputando-se acontecido o fato no instante da entrega do serviço, pronto e acabado, à pessoa interessada.*

Ataliba, por seu turno, assevera:

[...] sendo as operações instrumentais meios para alcançar um fim que é sempre desinteressado, falta-lhe o conteúdo econômico, suporte inamovível de incidência do ISS, como modelado constitucionalmente. O objetivo de lucro, ainda que potencial, é inafastável para a incidência desse tributo municipal.

Trata-se de requisito essencial, sem o qual o tributo não pode ser exigido sem afronta à Constituição.

Ora, as cooperativas são entidades sem fins lucrativos, *ex vi legis*. Logo não se pode submetê-las ao ISS.

Qualquer exigência nesse sentido fere a norma que cuida da estruturação das cooperativas. Mais que isso. Importa incursão no patrimônio privado que a Constituição não autoriza; ao contrário, repele.

Serviço desinteressado é intributável." (*In parecer citado*, p. 30).

Ora, agindo desinteressadamente para a consecução do seu objetivo social e não recebendo nada por isso, não obtendo "lucro", não há, também por esse motivo, como impingir às cooperativas a obrigação do pagamento do ISS. É pertinente que se diga, ainda, que, às sociedades cooperativas não é vedada a obtenção de resultados positivos ao final de seu exercício social. Tais resultados, previstos na lei de regência, no art. 4º, VII, no entanto, não são "lucro" da cooperativa. São resultados dos cooperados, que, por imposição legal, ficam à disposição da assembléia geral e são primordialmente distribuídos com os associados na proporção de sua produção junto à sociedade, salvo expressa deliberação em contrário da referida assembléia. Na realidade são recursos dos cooperados, valendo esclarecer que a faculdade de outra destinação deliberada pela assembléia geral consiste na aplicação na própria cooperativa, como, por exemplo, na constituição de um fundo para compra ou construção de imóveis, aquisição de equipamentos, reforma etc., sendo sempre ato em proveito da coletividade dos cooperados. O retorno das sobras diz respeito à correção do que o cooperado recebe sob a forma de produção durante o exercício.

8 DA OCORRÊNCIA DO *BIS IN IDEM*

Destaque-se outro aspecto relativo ao tópico aqui enfocado. É que, conforme já afirmado, os médicos exercem suas atividades, prestam os serviços que a cooperativa contratou em nome deles, na qualidade de prestadores autônomos.

Em tal situação, são atingidos pela legislação do ISS, que os alcança como devedores do imposto nessa atividade. Assim, os médicos são prestadores autônomos e, *ex vi legis*, recolhem o ISS sobre tal atividade. Se se admitisse que a cooperativa fosse devedora do mesmo imposto sobre os serviços prestados por seus médicos cooperados, afigurar-se-ia indubitavelmente o *bis in idem* da exação ou bi-tributação (tomando-se o conceito amplo de bi-tributação como 'toda imposição duplicada de tributo', segundo Moraes, 1973, p. 510-512), o que é rechaçado pela sistemática do ordenamento jurídico tributário nacional. Com efeito, admitindo-se, por hipótese, a obrigação de recolhimento do ISS pela cooperativa, e levando-se em conta que, indubitavelmente, o médico é contribuinte do tributo por essa mesma atividade como

autônomo, os mesmos serviços seriam tributados uma vez como "receita" da cooperativa, e outra como obrigação pessoal dos médicos cooperados como contribuintes individuais, o que, como visto, é inaceitável no nosso sistema tributário.

9 DECISÕES SOBRE A MATÉRIA. JURISPRUDÊNCIA

A matéria já foi objeto de apreciação administrativa, havendo reiteradas decisões favoráveis aos argumentos aqui expostos, dentre as quais destacam-se decisões administrativas das Prefeituras Municipais de Presidente Prudente-SP; Ijuí-RS; Botucatu-SP; Joinville-SC; Franca-SP; Paranaguá-SC; Salto-SP; Vitória-ES; Petrópolis-RJ; Mogiguaçu-SP; Limeira-SP; Registro-SP; Conselheiro Lafaiete-MG; Cruzeiro-SP; Pato Branco-PR; Santo André-SP, entre outras.

O poder Judiciário, por sua vez, tem prolatado inúmeras decisões judiciais a favor da tese acima exposta. Ressaltem-se, entre outras, as decisões: de primeira instância da Unimed de Porto Alegre-RG, Santos-SP, Pindamonhangaba-SP, Recife-PE, Salvador-BA; decisões de tribunais estaduais: Ceará; Amazonas; Goiás; São Paulo; Pará; Rio Grande do Sul; Rio de Janeiro; Tribunal de Alçada do Paraná;

Há pronunciamento favorável do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu, em votação da Primeira Turma, no recurso especial nº 33.260-0, originário de São Paulo, do qual se destaca trecho do voto do ministro Garcia Vieira (relator):

Processo

REsp 33260 / SP ; RECURSO ESPECIAL
1993/0007659-0

Relator(a)

Ministro GARCIA VIEIRA (1082)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

28/04/1993

Data da Publicação/Fonte

DJ 07.06.1993 p. 11244

Ementa

**ISS - COOPERATIVA MÉDICA SEM FINS LUCRATIVOS.
NÃO ESTÃO OBRIGADOS AO RECOLHIMENTO DO ISS AS
COOPERATIVAS, CONSTITUIDAS PARA PRESTAR SERVIÇOS A SEUS
ASSOCIADOS, SEM FINS LUCRATIVOS.**

A CORREÇÃO MONETÁRIA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO É
CALCULADA NOS TERMOS DA SUMULA N. 46 DO EXTINTO TFR.
RECURSOS IMPROVIDOS.

Acórdão

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:005764 ANO:1971

ART:00004 ART:00005 ART:00007 ART:00003

LEG:FED SUM:000046

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJ-CE já se manifestou favoravelmente sobre a matéria, tendo decidido unanimemente pela procedência da tese aqui esposada, **considerando a não incidência do ISS sobre as atividades de uma cooperativa**, assim como corroborou o mesmo entendimento em decisão sobre processo que teve como parte a Unimed do Ceará – Federação das Cooperativas de Trabalho Médico do Ceará Ltda. Foram relatores dos dois processos os des. Edgar Carlos Amorim e Edmilson Cruz:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJ-CE

APELAÇÃO CÍVEL Nº 96.04084-3

APELANTE: UNIME DE FORTALEZA – COOPERATIVA DE
TRABALHO MÉDICO LTDA.

APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATOR: Des. Edgar Carlos Amorim

EMENTA

O ato cooperativo tem regime jurídico específico que não enseja a configuração de prestação de serviços em sua feição econômica, sujeita à incidência do ISS.

Não estando na lista federal de serviços a atividade cooperativista, exatamente por não identificar serviço com retribuição, não pode o Município pretender exigir ISS, mesmo que elabore uma lista sua.

Acórdão unânime.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ – TJ-CE

PROCESSO Nº 95.02187-8

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

APELANTE: UNIMED DO CEARÁ – FEDERAÇÃO
COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DO ESTADO DO
CEARÁ

APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATOR: Des. Edmilson Cruz

EMENTA: ISS – COOPERATIVAS – ATIVIDADE
EMENENTEMENTE COOPERATIVA – ATO NÃO
ABRANGIDO NO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO
SOBRE SERVIÇO.

- A Municipalidade não tem o direito de fazer incidir o referido tributo nas operações realizadas por tais cooperativas – Inteligência dos arts. 3º e do art. 79 da Lei 5.764/71.
- Ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.
- Ocorrência do bis in idem, por se ter dois serviços distintos, um relacionado com a venda de planos de saúde e assistência médica pela cooperativa, o outro com a prestação de serviço pelo médico filiado à cooperativa.

Recurso conhecido e provido.

Acórdão unânime.

Decisão do STJ tem servido de base para que municípios de todo o país promovam autuações e execuções fiscais contra as cooperativas de trabalho. A principal decisão brandida pelos municípios é a seguinte:

Processo

REsp **254549** / CE ; RECURSO ESPECIAL2000/0033977-6

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

17/08/2000

Data da Publicação/Fonte

DJ 18.09.2000 p. 105JSTJ vol. 21 p. 117RDDT vol. 63 p. 182RSTJ vol. 139 p. 86

Ementa

TRIBUTÁRIO. ISS. COOPERATIVAS MÉDICAS. INCIDÊNCIA.

1. As Cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços médicos praticam, com características diferentes, dois tipos de atos: a) atos cooperados consistentes no exercício de suas atividades em benefício dos seus associados que prestam serviços médicos a terceiros; b) atos não cooperados de serviços de administração a terceiros que adquiram seus planos de saúde.
2. Os primeiros atos, por serem típicos atos cooperados, na expressão do art. 79, da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, estão isentos de tributação. Os segundos, por não serem atos cooperados, mas simplesmente serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitam-se ao pagamento de tributos, conforme determinação do art. 87 da Lei 5764/71.
3. As cooperativas de prestação de serviços médicos praticam, na essência, no relacionamento com terceiros, atividades empresariais de prestação de serviços remunerados.
4. Incidência do ISS sobre os valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde. Atos não cooperados.
5. Recurso provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. Votaram de acordo com o Relator os Exmos. Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Com todo respeito ao entendimento considerado no acórdão, entendemos que a decisão parte de premissas falsas e chega a conclusões que discrepam do entendimento doutrinário mais propício ao caso. É que, conforme minudentemente acima exposto, o conceito de ato cooperativo considerado na decisão diverge do conceito doutrinário mais abalizado. Com efeito, no item 1, letras *a* e *b* da ementa, há, salvo melhor juízo, impropriedades. Os atos cooperativos têm seu conceito dividido em duas partes: atos

cooperados em benefício de seus médicos cooperados e atos de administração a terceiros que adquiriram seus planos de saúde. Ora, os atos cooperativos, neste aspecto, são os atos praticados entre a cooperativa e seus associados. Mas naturalmente envolvem terceiros. Não fosse assim, os médicos só praticariam atos cooperativos se se tratassem uns aos outros. Ou por outra, numa cooperativa de táxi, os motoristas só praticariam atos cooperativos se se transportassem uns aos outros. Entrando o terceiro no negócio jurídico, descaracteriza-se o ato cooperativo.

Na realidade, há confusão conceitual nas premissas. Se se considerarem os serviços internos prestados pela cooperativa aos seus cooperados, conforme acima exposto, tem-se que sobre estes não incide o tributo. Se se considerarem os atos que são praticados com envolvimento do usuário, ou seja, do terceiro, não se afigura o ato cooperativo. Os atos, no entanto, se entrelaçam e são, afinal, atos cooperativos que passam ao largo da incidência tributária.

Podemos concluir com os seguintes argumentos:

- a) Não incide o ISS sobre a atividade cooperativista de trabalho médico. O ISS não incide sobre os serviços que a cooperativa presta porque, em primeiro lugar, só o faz em relação a seus associados e, em segundo lugar, nada recebe por esses serviços. Caso claro de não incidência tributária ante a inoccorrência do fato gerador do tributo, por estar o sujeito passivo fora do alcance da lei tributária.
- b) A cooperativa não tem receitas nem despesas (art. 80, da lei 5.764/71). Receitas e despesas são dos cooperados, por expressa disposição legal. A cooperativa presta os serviços aos seus cooperados (na realização do objeto social) desinteressadamente, sem receber nada por isso. O caráter econômico de intuito de lucro é indispensável para a incidência do ISS. Não recebendo nada por isso, não há “preço” de serviço. Não havendo preço não há base de cálculo de ISS, ou se nada recebe pelos serviços aos cooperados, a suposta base de cálculo é zero e a incidência da alíquota sobre zero é zero. Não há incidência.
- c) A cooperativa não presta serviços médicos e hospitalares a terceiros (usuários), condição indispensável para a incidência do ISS. Os médicos é que o fazem. A sociedade presta serviços aos seus médicos cooperados, administrando-lhes a atividade e ensejando campo e oportunidades de trabalho.
- d) Não se preenchem os pressupostos da regra matriz do ISS, pelo que não ocorre fato jurídico tributário que enseje a obrigação do pagamento do ISS por parte da dita empresa.

- e) Pagamento pela cooperativa seria ocorrência de *bis in idem* tributário. Os médicos cooperados atuam na qualidade de profissionais autônomos e, nessa situação, recolhem ISS por força de lei. Tributar a atividade do médico como autônomo e a mesma atividade pela cooperativa, que, pelo princípio da identidade, se confunde com o cooperado, seria ensejar a ocorrência do *bis in idem* tributário, rechaçado pelo ordenamento jurídico tributário brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

ATALIBA, Geraldo. **Parecer**: Unimed – Porto Alegre – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Limitada. São Paulo, 10 nov. 1981.

BULGARELLI, Waldírio. **As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Parecer**: O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza e as Cooperativas de Serviços Médicos – pressupostos constitucionais, regem-matriz do tributo e peculiaridades que governam sua incidência, para a Unimed do Brasil. São Paulo, s/d.

Krueger, Guilherme (coord.). **Cooperativismo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LIMA, Reginaldo Ferreira. **Direito Cooperativo Tributário**. 1 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: s/ed, 1973.

SIQUEIRA, Paulo César de Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro**. São Paulo: Dialética, 2004.

SERVICE TAX AND LABOR COOPERATIVES

Abstract: The present theme, although it is not totally new, is still polemic and raising special interest of legal experts. It is unnecessary to mention the heavy tax burden in Brazil and the high degree of dissatisfaction of society with the low return in terms of social investment. In this context, cooperatives have been demanding the tax benefits brought by the Federal Constitution and collateral norms. Specifically, it is discussed here that labor cooperatives are not subject to service tax, imposed by municipalities throughout Brazil.

Key words: Taxes. Cooperatives. Services. Labor.

LA OBRA DE GARCÍA GOYENA Y EL PROCESO CODIFICADOR IBERO-AMERICANO

LUIS RODRÍGUEZ ENNES

Catedrático de Direito Romano na Universidad de Vigo (Espanha)
sdefdo@uvigo.es

Sumário: I. Introducción; II. El Proyecto de García Goyena; III. La Ilustración europea y la codificación iberoamericana. IV. La persistencia del Proyecto isabelino en las naciones iberoamericanas.

Resumen: Florencio García Goyena nació en Tafalla (Navarra-España) en 1783. Fue un español que vivió en el exilio francés durante diez años debido a sus ideas liberales. Por este tiempo conoció de primera mano las obras jurídicas revolucionarias y llegó a ser un admirador de Napoleón y muy particularmente del gran Código de 1804. Cuando regresa a España es nombrado Ministro de Justicia y en 1847 fue elegido Jefe de Gobierno. En 1851 escribió un Proyecto de Código Civil que contiene alrededor de dos mil artículos inspirado fundamentalmente en el Código napoleónico. Este texto jamás fue promulgado por razones políticas pero tuvo un poderoso influjo en los tres grandes legisladores iberoamericanos: Bello, Teixeira de Freitas y Vélez Sársfield.

Palabras clave: Código de Napoleón. Independencia iberoamericana. Proyectos.

La codificación en España sufrió análogos avatares que el constitucionalismo, aunque no se aprecie una misma cronología entre uno y otro fenómeno¹. Las constituciones nacían con poca fe en su perdurabilidad al elaborarse, en la mayoría de las ocasiones al dictado de la doctrina de un partido. Quizá la excepción a este principio

¹ Vid., entre otros, ANTEQUERA, La codificación moderna en España (Madrid, 1886); CLAVERO, "Historia jurídica y código político: los Derechos forales y la Constitución", en AHDE 50 (1980) p. 131-154; GÓMEZ ARBOLEYA, "El racionalismo jurídico y los códigos europeos", en Revista de Estudios Políticos 43 (1952) p. 37-60; PESET REIG, "La primera codificación liberal en España (1803-1823)", en REDI 48 (1972) p. 125-157.

que puede estimarse general, sea la Constitución de 1837, que aunque elaborada por los liberales, hace concesiones a la doctrina de los moderados; y pese a ello su vigencia fue efímera, por su sustitución por la Constitución de 1845, producto del acceso de los moderados al poder. Con tal variabilidad constitucional, es presumible la falta de condiciones idóneas, como es la estabilidad política y social, para realizar con la mesura y ponderación que requiere la tarea codificadora. Hemos de tener presente, además, que por vía de la codificación se realiza la adaptación de los distintos sectores del ordenamiento jurídico al régimen constitucional². Esta identidad entre los dos fenómenos jurídicos, constitucionalismo y codificación, no fue posible en España hasta la época de la Restauración; bajo la vigencia de la Constitución de 1876, se promulgó el Código civil español, consolidándose así las aspiraciones de la nueva clase social nacida al amparo del nuevo régimen político³.

La línea del pensamiento uniformista, consustancial al movimiento codificador, se confirma con la simple comparación del artículo 258 de la Constitución de 1812 con el artículo 4 de las sucesivas Constituciones de 1837 y 1845. En efecto, el primero de ellos previene que “unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía”. Como puede apreciarse, unidad legislativa absoluta en las Constituciones de 1837 y 1845, que alumbraron el Proyecto de Código civil de 1851. Y no se olvide que este designio uniformista, fue seguramente el factor determinante que -como tendremos ocasión de analizar- llevó al fracaso del proyecto isabelino de Código civil. Lo cual tal vez explique que se volviera al conocido criterio de la primera Constitución de 1812, es decir uniformidad legislativa con matizaciones⁴.

El gobierno presidido por Joaquín María López, nombró por Decreto de 19 de agosto de 1843 la primera Comisión General de Codificación, que dirige Manuel Cortina. Fruto de su trabajo lo constituyen las bases generales con su programa de

² Con evidente acierto observa FUENTESECA, "O Dereito civil de Galicia: consideracións histórico-xurídicas", en Primeira Promoción Dereito Civil de Galicia (Ourense, 1991) p. 21: "A concepción romana do ius civile como dereito propio do cidadán (civis) atópase operante detrás da codificación civil francesa como unha peza básica do Estado republicán. O dereito civil ordea a esfera dos intereses privados do cidadá e é historicamente o dereito privado por excelencia. A codificación configura un corpus de dereitos privados do cidadán fronte ó corpus politicum que é o ius publicum ordeador da res publica, que é a comunida política. Esta dualidade entre a esfera dos intereses privados e a dos intereses públicos é unha liña xurídica que deslinda os dous aspectos da comunidade política, e é unha peza constitucional dende a res publica romana ata as modernas constitucións da Europa occidental. Esta é a función de peza imprescindible do edificio político do Estado de Francia postrevolucionaria, que o ius civile aportou dende os seus raigaños romanos. Os dereitos privados ó ser codificados por mandado constitucional tornanse en esixencias lexítimas integradas na estrutura constitucional. O Código civil é o estatuto privado do cidadán, artellado constitucionalmente como a base dos seus dereitos políticos".

³ BARÓ PAZOS, La codificación del Derecho civil en España (1808-1809) (Santander, 1993) p. 16.

⁴ PUIG FERRIOL, "El denominado problema foral desde la perspectiva de un Centenario", en Centenario del Código civil (Madrid, 1990) p. 1621, en la que añade: Así, el artículo 91-3 de la Constitución de la nación española de 6 de junio de 1869 preveía que "unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes"; que se reproduce en el artículo 75-1 de la posterior Constitución de la Monarquía española de 1876.

codificación, consignando en la tercera: “Que el Código Civil comprenderá las disposiciones convenientes para que en su aplicación a las provincias que tienen legislación especial, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aún las esperanzas creadas por las mismas legislaciones”⁵. Por indicación del Presidente de la Sección de Código civil -y “a fin de conciliar en cuanto sea posible las disposiciones de las legislaciones forales con la de Castilla o que merezcan ser examinadas para su adopción o abolición en el nuevo Código”- se dirige, con fecha 11 de noviembre del mismo año 1843, una comunicación interesando el informe de las Audiencias y Colegios de Abogados de A Coruña y Oviedo sobre las disposiciones que deberían adoptarse acerca de los foros de Galicia y Asturias; a los expresados órganos de Valencia, “sobre las cuestiones de derecho civil que más llamen la atención en las provincias de su territorio y señaladamente sobre sucesiones, censos, uso y aprovechamiento de aguas”; a los de Granada, acerca del mismo punto del uso de las aguas; a los de Zaragoza, además, sobre los puntos que juzguen más dignos de atención acerca de la patria potestad y derechos respectivos de los cónyuges; y a los de Bilbao “sobre cuanto crean oportuno en materia de sucesiones legítimas y refractos que deben tenerse en consideración por la divergencia de usos y fueros de aquel país respecto de Castilla”⁶.

II

Reorganizada la Comisión de 1846⁷, el nombramiento de uno de sus miembros y ponente principal FLORENCIO GARCÍA GOYENA como Ministro de Gracia y Justicia allanó sin duda las dificultades⁸ y, por fin, en 1851 ve la luz el proyecto. Fue

⁵ Comisión de Códigos: Crónica de la Codificación Española 1 (Madrid, 1970) p. 48.

⁶ CABANAS RODRÍGUEZ, “Desarrollo histórico del Derecho gallego”, en Libro del I Congreso de Derecho gallego (A Coruña, 1974) p. 67. Amplia información y bibliografía al respecto en RODRÍGUEZ ENNES, Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia (Santiago de Compostela, 1999) p. 181 ss.

⁷ Integraban la Sección primera de la Comisión General de Codificación de 1846, que redactó el Proyecto de 1851, Florencio García Goyena -que la presidió- Claudio Antón de Luzuriaga y Juan Bravo Murillo, actuando como Secretario el Sr. Sánchez Puig. Tal Comisión estableció primeramente unas bases, 53 en total, para la elaboración de un Código civil, cuyo original firmado por Bravo Murillo se encuentra en el Archivo de la Comisión General de Codificación. Sobre ello puede verse LASSO GAITE, “Crónica de la Codificación Española”, en Codificación civil (Génesis e historia del Código) 1 (Madrid, 1979) p. 157 ss. La paternidad del Proyecto de Código civil corresponde a sólo dos de los cuatro miembros de esta Comisión. Es prácticamente seguro que fuera García Goyena quien llevara la voz cantante y lo verdaderamente arduo del trabajo, quedando para Luzuriaga las cuestiones hipotecarias y actuando de corifeos y árbitros Bravo Murillo y Sánchez Puig. [Acerca de éste último, cfr. LACRUZ BERDEJO, “Nota preliminar” a GARCÍA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español (Zaragoza, 1974) p. IV].

⁸ GARCÍA GOYENA era navarro, nacido en Tafalla en 1783. Incorporado tras la licenciatura al claustro de profesores de la Universidad, desempeñó “Cátedra de Digesto”, desde la que impartiría clases de Derecho romano que le obligarían a profundizar en el conocimiento de las fuentes romanas que tan útil habría de

este uno de los varios casos que se dieron en el XIX de Códigos civiles redactados casi en su totalidad por un solo autor. Eso es, en efecto, lo que ocurrió en Chile con el Código civil de Bello; en Brasil con el Esboço de Teixeira de Freitas y en Argentina con el Código civil de Vélez Sarsfield. Denota ello que la época disponía de grandes juristas para acometer tales empresas legislativas.

El Proyecto de 1851 modifica sensiblemente el criterio de codificar solamente la legislación castellana puesto que, sin apartarse del mismo, introduce algunas de las especialidades del llamado Derecho foral. Estas introductorias de alguna institución no estrictamente castellana no representan, de ningún modo, variar el contenido de que la codificación se realiza sobre y respecto el único Derecho de importancia, a saber, la legislación castellana⁹. GARCÍA GOYENA, por su progenie navarra, era consciente

serle más tarde en sus tareas de codificador y comentarista. En 1816 fue nombrado Síndico consultor de las Cortes y Diputado de Navarra, cargo suprimido en 1820, y pasó a Jefe Político de León. A la caída del trienio constitucional emigró a Francia, hasta la muerte de Fernando VII. Sin duda pudo aprovechar su exilio para familiarizarse con algunos libros franceses, leer las obras ajenas más corrientes y reflexionar sobre ellas para sacar conclusiones propias. Entre otros cargos fue Ministro de Justicia en un breve período de tiempo cuando otro jurista prestigioso, Pacheco, ocupó la Presidencia del Consejo de Ministros e incluso desempeñó esta misma Presidencia del Consejo de Ministros cuando Pacheco dimitió en 1847; en sustitución de Bravo Murillo ostentó además la presidencia de la Comisión General de Codificación, constituida con arreglo al Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Como apunta CASTÁN VÁZQUEZ, no se ha reconstruido aún la vida entera de Goyena, ni se ha publicado todavía la biografía extensa que parece merecer su personalidad y el papel por él representado en la Codificación. Se le ha silenciado en los escasos libros que contienen vidas de juristas [con todo, cumple constatar que le hace una semblanza biográfica LASSO GAITE en “Los presidentes de las Comisiones de Códigos” en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* -en lo sucesivo ARAJL- 19 (1988) p. 168 ss.]. Las obras de pura Historia de España apenas lo mencionan aunque haya sido Presidente del Consejo de Ministros. Casi desapercibidos han pasado el primer centenario de su muerte, que se alcanzaba en 1955 y el segundo de su nacimiento que hubiésemos celebrado en 1983 y sólo escasos escritores recordaron, en contraste con las conmemoraciones brillantes que estos años atrás han tenido en sus respectivos países los centenarios de los tres grandes codificadores iberoamericanos: Bello, Teixeira de Freitas y Vélez Sársfield. Celebremos que, al menos, el Proyecto de 1851, obra principal de Goyena, no cayó nunca en el olvido [Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, “El proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, en ARAJL 19 (1988) p. 264-265]. Empero, no faltan, por fortuna, biografías breves de Don Florencio que nos permiten conocer en buena parte su vida y, al hilo de ella y de sus publicaciones, su pensamiento. Así, ESQUIROZ ARMENDARIZ, “Navarra en el Proyecto isabelino de Código civil de 1851 y e las ‘Concordancias’ de García Goyena”, en *Príncipe de Viana* (Pamplona, agosto-dic. 1985) p. 695-696; SALINAS QUIJADA, “Semblanza de Florencio García Goyena”, en *Merindad* (Tafalla, 1983) 37 p.; MARTIRENA, s.v. “García Goyena y Ororbia, Florencio Francisco”, en GER 10, p. 697.

⁹ El propio GARCÍA GOYENA, manifiesta sin ambages su rechazo al particularismo jurídico en estos términos: “Referirse de una manera general a costumbres y Fueros abolidos tendría visos de una resurrección: aquellos continuarán en el concepto vulgar como leyes del Estado, seguiría la misma confusión que hasta aquí y quedaría frustrado el objeto de este Código o la unidad constitucional: sería echar nuevamente a los españoles al laberinto de que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar” [Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* 3 (Madrid, 1852) p. 256].

de la existencia de un particularísimo jurídico en algunos territorios de la nación¹⁰, pero su visión como hombre público y con una alta responsabilidad de Estado, le llevó a acometer una serie de reformas de nuestra legislación que tendían insoslayablemente a la homogeneización del Derecho civil en España, sin duda para estructurar el Estado sobre unos mismos principios jurídicos¹¹, tal como se preconizaba en la Constitución de 1845. Con indudable acierto, los profesores A. D'ORS y BONET CORREA han señalado que el Proyecto “refleja, como no podía ser menos, el tono cultural y político de la época”¹² y FEDERICO DE CASTRO ha precisado que el Proyecto era “moderadamente, aunque respetando las líneas fundamentales de la organización tradicional de la familia española”¹³; GARCÍA GOYENA es, en suma, un jurista agudo y despierto.

De acuerdo con estos principios, el Proyecto de 1851 empleó como guía el Code francés y tomó como eje el Derecho castellano entre los diversos Derechos hispánicos fue, en suma, de corte centralizador y antiforal. GARCÍA GOYENA, basándose en las discusiones del Proyecto en el seno de la Comisión, elaboró un libro comprensivo de los antecedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrecía concordadas todas sus disposiciones con el derecho anterior, e incluso con el derecho comparado con motivos y comentarios sobre cada uno de sus preceptos, fijando su espíritu y resolviendo algunas cuestiones que pudieran suscitarse en su aplicación práctica¹⁴; y esta interpretación debería reputarse como auténtica, por haber sido

¹⁰ Vid., al efecto A. D'ORS, “Los derechos civiles regionales en la España moderna”, en *La formazione Storica del Diritto moderno in Europa* (Florenia, 1977) p. 935-941.

¹¹ Esta postura de que la codificación se limitaba al derecho castellano era lugar común en la época. TOMÁS Y VALIENTE [Cfr. *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1983) p. 578] recoge las manifestaciones de LORENZO DE ARRAZOLA, jurista coetáneo del proyecto isabelino, cuando indica que entre “las legislaciones que dominan en España, nos parece obró con cierto acierto la de Castilla. Ninguna otra de las que rigen en la comarcas es tan perfecta, tan completa, tan estudiada; ninguno otra ha sido objeto de tantos y tan concienzudos trabajos; ninguna otra tiene vida y existencia propia en todas sus partes...”.

¹² A. D'ORS Y BONET CORREA, “En el Centenario del Proyecto Isabelino de Código civil”, en *Información Jurídica*, en lo sucesivo II 96 (1951) p. 488.

¹³ FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España* (Madrid, 1984) p. 192.

¹⁴ El título completo de la obra es: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español por el Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena, Senador del Reino, Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, Vice-Presidente de la Comisión General de Códigos y Presidente de la Sección del Código Civil* (Madrid, 1852) Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial. La obra consta de 4 tomos: t.I., 509 p.; t.II, 383 p.; t.III, 512 p. y t.IV, 479 p.. La edición de Zaragoza de 1974 aparece presidida -tal como hemos apuntado en nt. 7- por una “Nota preliminar” de LACRUZ BERDEJO: “Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil”, en la que muestra la importancia de este trabajo de García Goyena (“libro clave”, dice), para la correcta hermenéutica del Derecho civil contenido en el Código. Esta “Nota” se publica también en la RCDI 50 (1974) p. 289-302.

discutida y aprobada en el seno de la Comisión que elaboró el Proyecto de Código¹⁵.

Don Florencio no llegaría a ver en La Gaceta su Proyecto pese a las lisonjeras palabras que le dedicó al infausto Rey Consorte¹⁶, que parecen confirmar su inhabilidad política. Recientemente ha mejorado el juicio que merece a la doctrina científica el proyecto isabelino¹⁷. Ante todo, con la perspectiva que proporciona el paso del tiempo y, por ende, la universalización del modelo codificador napoleónico, cabe poner en tela de juicio la tacha peyorativa de “afrancesado” que sufrió el proyecto isabelino. Hay que reconocer que, a mediados del siglo XIX, era general la fascinación ante el Código

¹⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, en un reciente trabajo, considera que este último inciso-relativo a la interpretación auténtica del futuro Código -fue contraproducente en el sentido de que añadió “un motivo más, no declarado abiertamente por nadie, pero tan importante como los otros, para que el Ministro González Romero se decidiera a paralizar la tramitación del Proyecto [Cfr. “Una posible causa más del provisional fracaso del Proyecto de Código civil español de 1851”, en RDP (junio 1998) p. 427 ss]. El obstáculo a la tramitación del Proyecto que sugerimos tiene como punto de arranque el párrafo final del Oficio que la Comisión de Códigos elevó, con fecha de 5 de mayo de 1851, al Ministerio de Gracia y Justicia, presentado y acompañando al original del Proyecto de Código civil. Para mayor claridad lo reproducimos entero, subrayando el texto en que nos apoyamos. Dice así: “COMISIÓN DE CÓDIGOS. Excmo. Señor: La Sección del Código civil formada con arreglo al artículo 1º del Real Decreto de 11 de septiembre de 1846, se dedicó desde luego a discutir y aprobar cada una de las disposiciones que comprende esta obra. En toda ella ha procurado dirigirse por los principios que acordó la comisión general, creada en 19 de agosto de 1843, y suprimida en 31 de julio de 1846... Sin perder de vista estos antecedentes, la actual Sección compuesta de los que suscriben ha formado el Proyecto de Código civil que tengo la honra de pasar a manos de V.E. Con esta ocasión creo que tengo el deber de manifestar a V.E., que simultáneamente con el Código ha formado el señor don Florencio García Goyena una obra que contiene la historia, el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en su aplicación. *Esta interpretación y resoluciones pueden considerarse auténticas, por haberse hecho previa discusión y con aprobación de la Sección.* - Dios guarde a V.E. muchos años. - Excmo. Señor. - Por indisposición del Sr. Vicepresidente, CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA. - Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia”.

¹⁶ Pág. XI de las “Concordancias -citamos por la ed. de 1974-: “A.S.M. EL REY, SEÑOR: Las buenas leyes son el mayor beneficio que los reyes pueden hacer a los pueblos, y el monumento más imperecedero de su gloria: la de los reyes guerreros pasa con el humo y estruendo de las batallas para no ocupar luego sino una fría página en la historia; la de los reyes legisladores gana en veneración y brillo con el transcurso de los siglos. La Reina, vuestra augusta esposa (D.L.G.) lleva ya justamente los dulces dictados de la Buena y Generosa, pero está destinada á llevar tambien el de Legisladora; y su gloria bajo este aspecto será la gloria de V.M., como lo fueron de don Fernando 5º todas las glorias de doña Isabel 1ª. Estos pobres trabajos míos, que tengo la honra de dedicar á V.M., encierran el origen, historia, motivos y espíritu del que probablemente se denominará *Código Civil de doña Isabel 2ª*. Dignese V.M. acogerlos con su natural benignidad como una muestra de mi respetuosa y sincera adhesión á su Real Persona, y de mi profunda gratitud por los distinguidos rasgos con que se ha servido manifestarme su Real aprecio. Dios guarde y bendiga por largos años la preciosa vida de V.M.: Madrid, 27 de diciembre de 1851. SEÑOR: A.L.R.P. de V.M.- Florencio García Goyena”.

¹⁷ Su mérito lo ha ponderado ÁLVAREZ VIGARAY quien observa que a partir del Proyecto “la interacción Código-doctrina científica cambia de sentido, en el Proyecto de 1851 el que con una indiscutible autoridad impulsa a la doctrina y en las obras doctrinales se nota el influjo del Proyecto que da mayor altura científica a esos trabajos; la cita del Derecho castellano es sustituida por la del Proyecto como si éste estuviera vigente, dándosele una autoridad casi igual a la que tendría el Código” [Cfr. “El sistema del Derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX español”, en RGLJ (1986) p. 325-326].

francés; este -como dice ÁLVAREZ DE MORALES¹⁸- “tuvo una influencia en Europa, América e incluso Japón, que permite hablar en propiedad de una auténtica recepción del derecho francés”. La proyección del Code Napoleón en Europa ha sido bien estudiada por MAZEAUD¹⁹ y en punto a su recepción en América basta con recordar que O’Higgins llegó a proponer en el congreso chileno que se promulgara en Chile como código propio el francés estimando que “fuera de éste sólo había barbarie”²⁰. Si esta afirmación estaban tan extendida ¿cómo iban a sustraerse a ella los codificadores de 1851?. No olvidemos que Goyena era un ilustrado que había vivido en Francia y a la edad de 21 años vió promulgarse el Código de Napoleón.

La publicación de materiales inéditos de la Comisión General de Codificación, o el hallazgo de otros nuevos, ha permitido ofrecer una nueva visión de la significación de este buen proyecto en el proceso de codificación civil en España²¹. A mayor abundamiento, el citado proyecto, aunque técnicamente mejorado fue el modelo y punto de partida del posterior Código, que en opinión de LACRUZ BERDEJO recoge en un 65% los artículos del proyecto isabelino²².

Como acertadamente observa TOMÁS Y VALIENTE²³ “en 1851 se supo hacer un código pero no se quiso promulgarlo” ¿por qué no se promulgó entonces? La mayor parte de los autores insisten en su sesgo antiforal²⁴, a nuestro juicio especialmente

¹⁸ ÁLVAREZ DE MORALES, *Historia de las instituciones españolas (siglos XVIII-XIX)* (Madrid, 1982) p. 222.

¹⁹ MAZEAUD, “El Código francés y su influencia en España”, en *IJ* 95 (abril 1951) p. 445-446.

²⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, “El proyecto de Código civil de 1851”, cit., p. 278.

²¹ Así SALVADOR CODERCH, en sendos artículos publicados desde 1980 (“El Proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el derecho civil catalán”, en *RJC* 1980/1981 p. 49 ss y 1982, p. 313 ss.) ofrece un análisis del proyecto en relación con instituciones centrales del derecho catalán, como son la legítima, enfiteusis y *rabassa morta*, desde una perspectiva en parte superadora de anticuadas corrientes de autores regionalistas, que achacan al Proyecto de 1851 su promulgación como ley.

²² LACRUZ BERDEJO, “Nota preliminar”, cit., p. IV-V p. donde observa: “Añádase que otro veinte o veinticinco por ciento, si bien supone adiciones, supresiones o modificaciones importantes, a veces radicales, sigue teniendo su punto de partida en un precepto isabelino, que sirve todavía para dar cuenta de su intento y significado” (...) “Con todos sus fallos, el texto isabelino es el antecedente claro de nuestro Código civil. Según la base primera de la ley de 1888, el Código tomará como base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio”.

²³ TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones (1808-1978)* (Madrid, 1989) p. 27.

²⁴ Así, entre otros, GROIZARD, ilustre penalista que reconoció los verdaderos obstáculos que se presentarían en España en el intento uniformador: “Entre la legislación de Castilla y la de Aragón, hay más discordancia que entre aquella y la de la mayor parte de las Naciones europeas. Esta es la gran dificultad de la Codificación en España. No decimos que la función es imposible: sostenemos sólo que es difícil y peligrosa, si no se toman en consideración antecedentes históricos, y sobre todo si no se preparan los ánimos en favor de nuevas leyes” [Cfr. “De la Codificación en España”, en *RGLJ* 21 (1862) p. 17-21]. Por su parte, MARTÍNEZ ALCUBILLA, dos décadas más tarde, justifica el fracaso del Proyecto de 1851 en estos términos: “porque han sido causas bastantes poderosas a impedirlo, el natural afecto que varias provincias de España tienen a los fueros que las rigen, y sus fundados temores de que antiguas y respetadas instituciones, que afectan a la manera como en ellas está constituida la familia o la propiedad, desapareciesen por completo o se resintiesen profunda y dolorosamente en aras del principio unitario en todo su rigor aplicado” [Cfr. *Boletín jurídico-administrativo, apéndice al Diccionario de la Administración española peninsular y ultramarina. Anuario de 1880* (Madrid, 1880) p. 40].

patente en algunos preceptos, como el que prohíbe en la regulación económica del matrimonio que los esposos pacten en régimen de bienes conforme a fueros y costumbres (art. 1237). Su tendencia centralista es bien conocida²⁵, prueba irrefutable la constituye el hecho de que, en forma taxativa, el último de los artículos deroga el conjunto del derecho foral y consuetudinario²⁶.

Semejante radicalismo, desconocedor de la vitalidad y empuje de la legislación foral fue una de las causas que impidieron que el Proyecto llegara a buen término²⁷. Hubo otras, sin duda, como la apuntada por ROCA TRÍAS: “las luchas internas de un país que no había acabado de encontrar su organización y que quería copiar los resultados de una revolución (la francesa) sin hacerla”²⁸. Ligadas con esto último figuran sus posiciones, también tajantes, en otras cuestiones que rozaron los principios e intereses de la Iglesia²⁹, cuestión por lo demás candente cuando ese mismo año se estaba firmando el Concordato³⁰. Era demasiado.

²⁵ Ya en nuestros tiempos, SALINAS QUIJADA comenta que “no cabía más antiforalidad” (Cfr. “Semblanza de Florencio García Goyena”, cit., p. 657) y observa igualmente que “el Proyecto conjuga las dos tendencias: la afrancesada y la castellanizante; cualquier influencia menos la foral de las regiones españolas que gozaban de sus derechos primitivos” (*Ibid.*, p. 673).

²⁶ “Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código” (art. 1992). D’ORS y BONET CORREA denunciaron el carácter “demasiado radical” de este último precepto, derogatorio de los fueros a imitación de la ley francesa del 30 Ventoso: “pero el problema de la diversidad también jurídica de los pueblos de España -comentan- no toleraba aquella terapéutica a la francesa” (Cfr. “En el centenario del proyecto isabelino”, cit., p. 485).

²⁷ GÓMEZ DE LA SERNA liga la oposición antiuniformista al influjo de la Escuela Histórica savignyana: “Había entonces empezado en nuestra patria a tener influencia la escuela histórica alemana y esto hacía que se mirase con recelo la conveniencia de la Codificación del Derecho civil, lo que algunos años antes parecía natural, sencillo y no expuesto a graves inconvenientes” [Cfr. “Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II”, en RGLJ 39 (1871) p. 284 ss]. Sobre el alcance e influjo de esta Escuela, *vid.*: GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo* (Barcelona, 1969) p. 123-154; ATARD, *La Escuela Histórica del Derecho* (Madrid, 1980); más recientemente VALLET DE GOYTISOLO, “La polémica de la Codificación: la Escuela filosófica y la Escuela histórica”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* 19 (Madrid, 1988) p. 63-109. La crítica de “antiforalismo” aparece fundamentada en el precepto que acabamos de transcribir. Con todo, cabe preguntarse qué otra formulación cabe incorporar a un Código civil que, como de su propia naturaleza habría de inferirse, se convertiría en Ley General en todo el Reino. El sistema que se establece ha de ser unitario, lo que es consustancial con la idea de Código.

²⁸ ROCA TRÍAS, “La Codificación y el Derecho foral”, en RDP (1978) p. 596-642.

²⁹ El artículo 608 no reconocía a la Iglesia capacidad para adquirir bienes inmuebles por vía testamentaria y se exigía la autorización del Gobierno para la adquisición de bienes muebles.

³⁰ También tuvo algo que ver con poner el Proyecto de 1851 en vía muerta, su regulación del matrimonio y del divorcio civil no vincular y la atribución de tal materia a los tribunales civiles, innovación que en opinión de ANTEQUERA, *La Codificación moderna en España*, cit., p. 69: “no podían tener cabida en el Código civil de una nación católica”. El dictamen de la Universidad salmantina fue concluyente sobre este particular: “.... considerando que la disciplina común de la Iglesia atribuye el conocimiento de las mismas (se refiere a las causas matrimoniales) a los Tribunales de los Obispos... que las leyes de España se vienen conformando desde la más remota antigüedad con este sistema que es general en los países Católicos... no hay razones

III

Las obras de Voltaire, de Montesquieu, de Diderot, de Rousseau, son leídas e imitadas. Una pléyade de pensadores profundos, de hombres políticos y de escribanos, fornecidos de ideas nuevas, aparecen en la esfera pública. En la ciencia del Derecho, el Siglo de las Luces consagra el triunfo de la doctrina del Derecho natural. Visto el papel que esta doctrina ha jugado en la Europa de las Luces, en lo que concierne a la formación de una nueva actitud con respecto al Derecho romano y sus prolongaciones en el pensamiento y en la práctica judicial, parece útil consagrarle algunas líneas. Que el Derecho romano fue combatido con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico de la Ilustración se difundió entre nosotros, está fuera de toda duda³¹. Los juristas ilustrados tomaron aversión a unas leyes que comienzan a ser calificadas como “bárbaras” y a ser desdeñadas desde las elevadas alturas de un racionalismo seguro de su propia capacidad innovadora³². Esta corriente antirromanista enlazada con la idea del derecho popular -propia del iusnaturalismo- al exigir a las leyes una claridad y sencillez tales, que pudieran ser comprendidas por todos, sin necesidad de la intervención de los juristas³³.

que aconsejen la introducción de una novedad trascendental en cuya consecuencia podría turbarse la armonía entre la Iglesia y el Estado” (Cfr. *Colección de Memorias y discursos inaugurales y otros trabajos de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*); en este sentido, son especialmente ilustrativos el de MONTERO RÍOS sobre la “Doctrina de la Iglesia sobre sus relaciones con el Estado en las diferentes épocas de la historia”, pronunciando en 1875, y el de CHARRÍN TIGERO, sobre “Relaciones entre la Iglesia y el Estado”, de 1876. Más modernamente, acerca de la posición de la Iglesia contra la ecléctica regulación de la institución del matrimonio prevista en el Proyecto, *vid.*, CARRIÓN, *Historia y futuro del Matrimonio civil en España* (Madrid, 1977); ROLDÁN VERDEJO, *La Ley de Matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada* (Granada, 1980) y, muy especialmente, CRESPO DE MIGUEL, “El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil español de 1851”, En RGLJ (1987) p. 653-728. Su postura queda paladinamente reflejada en la p. 724 cuando escribe: “En el Proyecto de 1851 el matrimonio tiene como base ideológica el sistema regalista de la potestad exclusiva del Estado sobre el contrato matrimonial. Sin embargo, por razones políticas no interesaba aplicar todas las consecuencias prácticas de estas bases, por lo que se llegó a un eclecticismo sobre el ordenamiento canónico. En concreto, el proyecto del matrimonio estaba influenciado por las doctrinas de Pistoya, de Pothier, y más directamente por el *Code Napoléon*”.

³¹ Amplia literatura al respecto en RODRÍGUEZ ENNES, “El Derecho romano y la Ilustración”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano VI* (Madrid, 1994) p. 125 ss.

³² KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. Santa Cruz Teijeiro (Madrid, 1955) p. 226. El propio autor en nt. 32 añade: “Así, por ejemplo, Thomasio afirma que ‘no hay libro más insulso y simple que las *Iustiniani Institutiones*’. Conocida es también la manifestación del iusnaturalista holandés Schorer, de que es más fácil encontrar una perla en un muladar que en el *Corpus Iuris* una idea utilizable. También el título del escrito de Thomasio, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno receptae in foris Germanorum* (1703), prueba su falta de simpatía hacia el Derecho romano. En este escrito pretende su autor probar que el derecho a reclamar indemnización por el daño aquiliano, rigió en Alemania por ser de Derecho natural y que esta misma *lex Aquilia*, en cuanto se desvía de los principios iusnaturalistas que constituyen su fundamento, no ha sido recibida.

³³ FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los estudios de Derecho romano en Francia después del Código de Napoleón* (Roma-Madrid, 1970) p. 18.

La Codificación es, sin duda, uno de los fenómenos históricos más complejos de la evolución jurídica. Codificar es llegar a su grado de madurez en la ordenación del Derecho, que presupone siglos de variedad legislativa, desorden en la aplicación de las normas, fuertes corrientes filosóficas subyacentes, servicio a una ideología política muy definida y pugna doctrinal, en algunos momentos de gran crudeza³⁴. Código no designa cualquier libro que recoja y elabore reglas jurídicas. Indica, más cumplidamente, un libro que aspira además a la plenitud. En el fondo podría decirse que la aspiración a la plenitud es funcional al deseo del Código de imponerse, de dominar, de considerarse jurídico. El Código siempre históricamente ha sido llamado a realizar la función unificadora, que se nos aparece como el corolario de la aspiración a la plenitud. La codificación, pues, ha cumplido la función de unificar, suprimiendo fraccionamientos, subdivisiones, pluralidad de situaciones³⁵.

Unificar indica, después, también una operación que se desarrolla en un ámbito geográfico o territorial, dirigida a suprimir las fuentes jurídicas locales y sustituirlas por una regla única y uniforme. Históricamente ha sido a menudo una operación compleja, difícil y traumática, porque detrás del fraccionamiento geográfico del Derecho no se escondían, como frecuentemente se ha dicho, sólo miedos ancestrales o cómodos letargos. Los juristas del siglo XIX que se permitían descalificar de esta manera poco sería de historia diversa y que obrando así confesaban toda la debilidad de su posición teórica, no podían comprender ni tan sólo imaginar que, detrás de aquellas divisiones geográficas del Derecho, estuviesen, en realidad, trozos de historia real; que en las mismas se reflejase la diversidad estructural de una sociedad inmóvil, de una economía natural, de un mundo aún no conmovido por la lógica del mercado.

La unificación jurídica se pretende a través de la construcción de un derecho racional que se quiere plasmar en un código válido para toda la nación; es, por tanto, la consecuencia lógica de la ideología de la Ilustración. A través de los códigos, el iusnaturalismo halla la forma más gráfica de expresión de las ideas acuñadas por Domat, Pothier, Thomasio, Loysel o Pufendorf, cuyas obras que aparecen sistematizadas con arreglo a los principios racionalistas, prepararon los presupuestos teóricos y los esquemas ideales de las codificaciones modernas³⁶.

³⁴ ALONSO PÉREZ, “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”, en *Centenario del Código civil I* (Madrid, 1990) p. 17.

³⁵ Vid., al respecto, ROTH, “Unifikation und Codification”, en *Zeitschrift für Reichs und Landesrecht* 1 (19873) p. 1-27; EGGER, “Rechtseinheit”, en *Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung* III, 1 (Berna, 1911) p. 404-422; BRUNNER “Die Rechtseinheit”, en *Gesammelte Abhandlungen zur Rechtsgeschichte* II (Weimar, 1931) p. 361-377; AQUARONE, *L’unificazione legislativa e il codici del 1865* (Milán, 1960); GETZ, *Die deutsche Rechtsseinheit im 19. Jahrhundert a rechtspolitisches Problem* (Bonn, 1966), GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento* (Bari, 1979); CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea* (Madrid, 1982).

³⁶ Sobre esta interesante cuestión, cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO, “La idea de Código en la ilustración jurídica”, en *Historia, Instituciones, Documentos* 6 (1979) p. 49-88; VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XII e au XIXe siècle. Essai de définition* (Bruselas, 1967); COING, “Zur vorgeschichte der Kodifikation: die diskussion um die Kodifikation im 17, und 18 Jahrhundert”, en *La Formazione storica del diritto moderno in Europa* II (Florencia, 1977) p. 797-817.

¿Cómo llegaron las ideas iluministas europeas a Iberoamérica?. Se ha hablado - con cierta dosis de exageración sin duda- de los barcos de la Ilustración que transportaban al mismo tiempo que los productos, los libros, las noticias y las ideas de la Europa culta³⁷. Con todo, en América, como en España, y más aún que en España, lo que se entendía como Ilustración sólo tenía una relación lejana con el movimiento enciclopedista francés. Se trataba, no de “aplantar lo infame”, sino de elevar el nivel cultural de la población permaneciendo fieles, en lo esencial, al catolicismo tradicional, al que sólo se procuró adaptar a las exigencias del mundo moderno: menos metafísica y más física. La obra del padre Feijóo, divulgador de talento, parece haber sido mucho más meditada y leída que la de Rousseau³⁸.

El movimiento de la Ilustración llegó a América a través de España, merced a aquellos funcionarios tan criticados a los que, a partir de 1765, se les encargó modernizar las colonias³⁹. La mayor parte de ellos eran hombres bien preparados para su misión y estaban animados por un espíritu nuevo. Llegaron a hacer fructificar el territorio, a sacarlo de su letargo y a conducirlo por la vía del progreso. Los obispos nombrados por España tenían los mismos propósitos. Bajo el impulso de unos y otros, se fundaron sociedades patrióticas de acuerdo con el modelo de las que ya funcionaban en la metrópoli con el fin de desarrollar la instrucción pública, la agricultura y el comercio; se abrieron bibliotecas públicas a partir de las confiscadas a la Compañía de Jesús; se crearon imprentas allí donde aún no había y se alentó la publicación de periódicos y revistas para difundir las Luces. Por doquier, se hizo un esfuerzo por reducir el peso de las disciplinas tradicionales -teología, metafísica, Derecho romano⁴⁰- y por introducir materias nuevas -matemáticas, física, ciencias naturales, jurisprudencia, Derecho natural.

No cabe duda, pues, que las ideas codificadoras penetraron en Iberoamérica al socaire de los vientos ilustradores. Empero, conviene precisar que el objetivo propio de la Codificación no es el cambio sustancial del Derecho. La Codificación, por tanto,

³⁷ En torno al tema, vid.: RAMÓN DE BASTERRA, *Los navíos de la Ilustración*, apud MAEZTU, *Defensa de la Hispanidad*⁴ (Madrid, 1941) p. 39-40.

³⁸ Como ha apuntado MARAVALL: “Feijoo no es sólo un tema español, sino tema común a todo el área de la cultura en lengua española. En América Feijoo ocupa la misma posición y desempeña el mismo papel que en la Península. Es leído e influye como ningún otro en el pensamiento del siglo XVIII y el carácter polémico de su obra es paralelo en ambos lados del Océano, dando lugar a campañas semejantes y trayendo consecuencias similares a la penetración del pensamiento moderno” [Cfr. “Feijoo, el europeo, desde América”, en *Revista de Occidente* año II (2ª época) nº 21, diciembre de 1964, p. 349=*Estudios de la Historia del Pensamiento Español (siglo XVIII)* (Madrid, 1991) p. 573 -citamos por esta últ.-]. Más bibliografía sobre el tema en ARDAO, *La filosofía polémica de Feijoo* (Buenos Aires, 1962).

³⁹ GONZALO ANES, *La Corona la América del Siglo de las Luces* (Madrid, 1994) p. 15 ss.

⁴⁰ “¿Qué nos importa el derecho de los antiguos romanos?, exclamaba el Obispo de Quito, Pérez Calama; es más útil conocer la legislación de España y de las Indias”. Un sacerdote mexicano llevó esa preocupación utilitaria hasta la caricatura: “para el común de los mortales -escribió- la manera de cocer una hogaza de pan o de preparar una lechuga es mucho más importante que todas las ediciones que se podrían hacer de Virgilio, de Horacio y de otros poetas delicados”. Referencias tomadas de JOSEPH PÉREZ, *Historia de España* (Barcelona, 1999) p. 364.

no es sinónimo de innovación jurídica; lo es en cuanto a los modos de conservación, manifestación y fijación del Derecho y en cuanto a su estructura; pero no en cuanto a su contenido, pues los Códigos son también el reflejo del derecho tradicional por el que se ha regido un determinado pueblo a lo largo de su historia, y ello sin perjuicio de dar acogida a nuevas instituciones, o a otras preexistentes, ahora convenientemente reformadas. Derecho que se ofrece sistematizado, conciso y “racionalizado” a través de un nuevo lenguaje, sin duda para descubrir y corregir las deficiencias de que adolecía el Derecho del Antiguo Régimen⁴¹.

Alcanzado este punto en nuestro *iter* expositivo, debemos preguntarnos acerca de la existencia o no de una solución de continuidad en la vigencia del derecho hispano, tras la independencia de las antiguas colonias. Ante todo, es necesario constatar un fenómeno -que es consecuencia de la psicología de toda colonia que se libera: en el primer momento al socaire del ardor de la lucha por la emancipación, se generan enconos que impulsan a cortar todo vínculo con el país colonizador⁴². Esta actitud se refleja netamente en los países que se apresuraron a codificar su Derecho civil, como Bolivia, que procuraron volver las espaldas a la tradición jurídica de la metrópoli, y así vemos que el Código civil de Bolivia, sancionado en 1831, es una simple traducción del Código civil francés⁴³. Con posterioridad a la Independencia, a pesar de las Constituciones y de los Códigos, la vigencia de muchas leyes españolas se perpetúa a través de los años por simple inercia. Basta, por ejemplo, con abrir el Código civil argentino y releer las notas que Vélez Sarsfield

⁴¹ A este respecto, cumple señalar que, mientras otros países comenzaron a publicar sus nuevos códigos, ya en tiempos de las monarquías del despotismo ilustrado, España yacía pasiva en profundo y mortífero letargo y su Derecho, construido en gran parte con materiales viejos e inservibles, permanecía confusamente recopilado. Las Recopilaciones están muy lejos de lograr un Cuerpo legal con carácter de verdadero Código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, sin especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. Son colecciones de leyes o instituciones carentes de proporcionalidad, en las que no existe una impronta nacional de contornos inconfundibles (Cfr. ALONSO PÉREZ, “Ideal codificador”, cit., p. 18). La Novísima Recopilación, pese a promulgarse en los comienzos del gran siglo codificador, no estuvo a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código civil napoleónico. No extraña, por tanto, que MARTÍNEZ MARINA la calificase de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas” [Cfr. *Juicio crítico de la Novísima recopilación* (Madrid, 1820)].

⁴² Como acaeció en los Estados Unidos. Allí, los sentimientos hostiles se reservaron a Inglaterra. Con la independencia política recientemente lograda se imponía y generalizaba la idea de un derecho americano autóctono. Escritores y magistrados atacarán el *Common Law* que, después de haber constituido el baluarte de las libertades públicas contra el absolutismo real... aparecerá ahora como una institución monárquica y aristocrática. El ideal republicano y el sentimiento del derecho nacional favorecía, de otro lado, la idea de codificación. Tres estados prohibieron por ley la cita de decisiones inglesas posteriores al *independence day* -4 de julio de 1776-. El territorio de Nueva Orleans, adoptó códigos similares a los franceses. Bentham ofreció en 1811 sus servicios al presidente Madison para redactar un código para los EE.UU. [Cfr. FRIEDMAN, *Introducción al Derecho Norteamericano*, trad. esp. Joan Vergé (Barcelona, 1988) p. 49 ss.].

⁴³ TERRAZAS TORRES, *Estudio preliminar al Código civil de Bolivia* (Madrid, 1959) p. 9 ss.

colocó a los artículos, para encontrar a cada paso referencias a las leyes de Partida, que el codificador argentino conocía perfectamente y manejaba con soltura, no sólo porque las estudió en la Universidad de Córdoba, sino también porque en el ejercicio diario de la profesión debía aplicarlas. Menciona también la Novísima Recopilación, pese a que – según las opiniones más autorizada – no llegó a tener vigencia en el Virreinato del Río de la Plata, y cita igualmente normas de carácter especial como las Reales cédulas para América e incluso la más moderna legislación española contemporánea como la Ley Hipotecaria de 1861⁴⁴. Lo mismo sucedía con la influencia de la doctrina; la apertura a otras influencias europeas ultrapirenaicas, no sólo había comenzado en los años coloniales – como hemos tenido ocasión de apuntar – sino que, en parte, venía encauzada por la propia doctrina española de los siglos XVIII y XIX⁴⁵.

A mayor abundamiento, cuando las naciones americanas se independizan de la Corona de España, conservan durante mucho tiempo en vigencia el Derecho español, o por lo menos lo hacen hasta que se logra la consolidación política de los gobiernos nacionales y, ya despreocupados de la lucha por la emancipación, pueden dedicar sus esfuerzos a la tarea de la renovación legislativa y dictarse sus propios códigos⁴⁶.

Los países hispanoamericanos, excepto Bolivia, participaron en la codificación conjuntamente con España y Portugal. No se limitaron, pues, a recibir códigos europeos o de corte europeo como, por ejemplo, Japón, Siam o Turquía, sino que realizaron también su propia codificación. Esta codificación hispanoamericana forma una unidad con la codificación española y portuguesa y conjuntamente con ella está ligada doblemente a la europea. Por una parte, recae sobre un derecho europeo vigente en América y, por tanto, es similar a la codificación europea y, por otra parte, recoge y aprovecha la experiencia de la primera fase de esa codificación. No estamos, pues, ante un caso de dependencia cultural, sino de comunidad cultural entre Europa e Iberoamérica⁴⁷. Ello nos debe conducir indefectiblemente a rechazar, por superficial, la *communis opinio* de la trascendencia de la influencia del Code Napoleón, como punto de partida para el estudio de los sistemas jurídicos latino-americanos⁴⁸. En punto a la trascendencia o

⁴⁴ MOISSET DE ESPANÉS, “Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)”, en RDP 46 (1972) p. 600.

⁴⁵ DE LOS MOZOS, “Algunos aspectos de la influencia hispanoamericana en el Código civil de Andrés Bello”, en RGLJ 77 (1978) p. 450, donde añade en nt. 50: “De la obra de Juan SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, que tuvo una gran difusión a comienzos del siglo XIX, sobre todo como libro escolar, se siguen haciendo numerosas ediciones, pero las posteriores se encuentran en América, o desde allí se promueven, yendo adicionadas con apéndices de las legislaciones de Chile, Méjico y Venezuela”.

⁴⁶ MOISSET DE ESPANÉS, “Derecho civil español y americano”, cit., p. 599.

⁴⁷ BRAVO LIRA, “Relaciones entre la Codificación europea y la Hispanoamericana”, en REHJ 9 (Valparaíso-Chile, 1984) p. 51.

⁴⁸ Sobre esta cuestión, vid.: VALLARD, *Le droit latino-américain* (París, 1954); RODRÍGUEZ RAMOS, “Visión de conjunto del derecho de América Latina”, en RGLJ (Madrid, 1960), CASTÁN VÁZQUEZ, “El sistema jurídico iberoamericano”, en REP 157 (1968) p. 209 ss.; “El sistema de derecho privado iberoamericano”, en *Estudios Castán* 6 (Pamplona, 1969) p. 157 ss.

significación de la influencia francesa, cabe constatar un evidente paralelismo entre la codificación en América Latina y el Codice civile de 1865, puesto que tanto las jóvenes repúblicas americanas, como la Italia del Risorgimento ven en el Code civil la consagración de los ideales de su independencia. Pero este dato, por lo que respecta a América Latina, no se puede supervalorar de tal manera que se desconozca, allí donde subsista, la “continuidad” de la tradición jurídica anterior, de origen ibérico, sea castellana o portuguesa⁴⁹.

IV

Entre las vías de conocimiento de las codificaciones europeas en España, Portugal e Iberoamérica, merece especial mención la obra de SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, publicada en 1840⁵⁰, cuya traducción española apareció en 1843 y fue reeditada en 1847⁵¹. En ella se contienen en columnas paralelas los tres grandes códigos: ALR, ABGB y Code civil, junto con otros ocho: Dos Sicilias, Luisiana, Cerdeña, Cantón de Vaud en Suiza y Holanda. SAINT-JOSEPH es, además, autor de una obra similar, que también fue utilizada por los codificadores portugueses e iberoamericanos⁵².

Durante la mitad del siglo XIX, al socaire de los influjos independentistas, los modelos más seguidos fueron los Cinq codes franceses, hasta tal punto que los primeros códigos civiles en los países de derecho castellano y portugués fueron -con más o menos adaptaciones- meras traducciones del Code Napoléon⁵³. Como acertadamente observa BARÓ PAZOS: “los primeros intentos codificadores de todos estos países tuvieron como modelos los códigos franceses, los únicos que en los momentos iniciales

⁴⁹ DE LOS MOZOS, “Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano”, en RDP 60 (1976) p. 777.

⁵⁰ SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon* (París, 1840) 4 vols.

⁵¹ VERLANGA-MUÑIZ, *Concordancia entre el código civil francés y los códigos civiles extranjeros* (Madrid, 1842), 2ª ed. (Madrid, 1847).

⁵² SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les codes de commerce étrangers et les codes de commerce français* (París, 1851).

⁵³ Esto sucedió en Santo Domingo, donde en 1825, bajo la dominación haitiana se promulgaron los *Cinq codes*, que traducidos y con algunas modificaciones siguen vigentes [Cfr. MEJÍA RICART, *Historia General del Derecho o Historia del Derecho Dominicano* (Santiago, República Dominicana, 1943)]. Poco después -entre 1827 y 1829 se adoptó en Oaxaca, un estado mexicano, un código civil que no es sino una versión castellana del *Code civil*. Pero tuvo una vigencia efímera [Vid., al respecto, *Código para el gobierno del Estado Libre de Oajaca* (Oajaca, 1829)]. Hay una reedición de los tres libros en ORTIZ-URQUIDI, *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana* (México, 1974). En cambio el de Bolivia, como es sabido también traducción del francés, rigió por más de un siglo [Cfr. TERRAZAS TORRES, *Estudio preliminar al Código civil de Bolivia* (Madrid, 1959) p. 9 ss]. El de Costa Rica, similar al anterior, incluido dentro del Código General de 1841, rigió casi medio siglo, hasta 1888 [Cfr. *Código General de la República de Costa Rica*, 1841 (Nueva York, 1858). Consta de tres partes: materia civil, materia penal y materia de procedimientos judiciales]. Vid., al respecto, BEECHE JUJÁN-FOURNIER JIMÉNEZ, *Estudio preliminar a Código Civil de Costa Rica* (Madrid, 1962).

de la independencia se habían consolidado como cuerpos legales completos y homogéneos”⁵⁴. En Latinoamérica el influjo de la Revolución Francesa caló hondo, y aprovechando los avatares de la Guerra de la Independencia española, se sirviera de las realizaciones galas en el campo del derecho para dar cauce a sus ansias emancipadoras. Desde esta perspectiva, las codificaciones del derecho privado y las constituciones – en lo que respecta al derecho público de los distintos países latinoamericanos – se utilizan como instrumentos formales de ruptura con la metrópoli⁵⁵, pero sin que ello suponga una completa quiebra en la tradición jurídica de estos países, que mantienen una cierta continuidad con el derecho histórico. Lo ordinario, pues, en Iberoamérica fue la elaboración de códigos propios, es decir, basados en el derecho castellano o portugués hasta entonces en vigor, hasta tal punto que, como se ha afirmado por BRAVO LIRA, “la codificación hispanoamericana es más fiel al derecho castellano o portugués que la española o portuguesa”⁵⁶. Pretender explicar este hecho nos llevaría muy lejos. Por eso aquí cabe recordar que, después de todo Brasil y Chile son, precisamente, los dos Estados sucesores de la monarquía portuguesa o española que primero lograron consolidarse bajo una forma nacional, en tanto que Portugal y España debieran soportar guerras civiles miguelistas o carlistas y un largo período de inestabilidad⁵⁷. Por otra parte, el fenómeno es más amplio. Como es sabido, en las poblaciones fundadas en lejanos territorios prende fácilmente una tendencia arcaizante. Así se observa que con la lengua ocurre algo similar a lo que acaece con el derecho. El castellano y el portugués hablados en Iberoamérica mantienen vivos giros y locuciones desaparecidas mucho tiempo atrás, incluso siglos ha, en Castilla o Portugal.

El Proyecto de García Goyena, que por las circunstancias antedichas, había resultado inviable, se convirtió, en cambio, en una de las principales fuentes utilizadas por los codificadores americanos. Es lugar común considerar al Código civil chileno como el gran código latinoamericano⁵⁸. Fue redactado en 1855⁵⁹ y promulgado el 14

⁵⁴ BARÓ PAZOS, *La codificación*, cit., p. 152.

⁵⁵ DE LOS MOZOS, “Algunos aspectos de la influencia”, cit., p. 452-454.

⁵⁶ BRAVO LIRA, “Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana”, en REHJ 9 (1984) p. 63.

⁵⁷ El primero en hacerlo notar, hace casi cincuenta años, fue el ilustre iushistoriador luso BRAGA DA CRUZ, “*A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro* en *Revista da Faculdade de Direito* 50 (Sao Paulo, 1955).

⁵⁸ BRAVO LIRA, con harto expresivas palabras afirma: “En cuanto cuerpo ordenado, sistemático y completo de derechos patrio o nacional, purgado de las contradicciones, vacíos y defectos de las antiguas leyes, el código de Bello fue, en su época, la más cabal realización del ideal codificador común a los países de derecho castellano y portugués. Por su rigor, sistematización y por su difusión puede compararse al *Code civil* francés o al ABGB austríaco” (Cfr. “Relaciones entre la codificación”, cit., p. 59 y 63).

⁵⁹ Al parecer los trabajos de redacción fueron ya iniciados en 1831. Sobre esto, vid. LIRA URQUIETA, *El Código civil chileno y su época* (Santiago de Chile, 1957); GUZMÁN BRITO, “Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 7 (1978) p. 601-646; BRAVO LIRA, “La Codificación en Chile (1811-1907) dentro del marco de la Codificación europea e hispanoamericana”, en REHJ 12 (1987-88) p. 51-109.

de diciembre de ese mismo año, entró en vigor el 1 de enero de 1857⁶⁰. Se debe a ANDRÉS BELLO, humanista, lingüista y gran jurista que constituye, al propio tiempo, una de las más egregias figuras de la lengua y el derecho castellano en el siglo XIX⁶¹. Este Código civil de Chile, obra cumbre de la codificación iberoamericana, tuvo una asombrosa difusión. Con mínimas modificaciones fue adoptado por Colombia y El Salvador a partir de 1860, Ecuador en 1861, Nicaragua en 1871, Honduras desde 1880 y Panamá desde 1917⁶². Además, influyó en la codificación de otros países iberoamericanos como Uruguay⁶³, Argentina⁶⁴ y Paraguay⁶⁵; siendo también utilizado por TEIXEIRA DE FREITAS como una de las fuentes de su Esboço o Proyecto de Código civil brasileño⁶⁶. ¿Cuaés fueron las fuentes que utilizó Andrés Bello? Ante todo, debemos poner de manifiesto su condición de buen romanista, lo que le permitió dotar a su Código de una continuidad tradicional en lo que respecta al derecho vigente la Ultramar a través del derecho de la metópoli⁶⁷. DE LOS MOZOS ha observado igualmente que el Código de Bello constituye “un notable factor de continuidad de la tradición romanista en la América Latina”⁶⁸. Su tiempo de exilio en Londres iniciado en 1810, y que duró hasta 1829, le permitió conocer el derecho europeo y seguir de cerca las consecuencias en el orden jurídico de la Revolución Francesa, plasmadas fundamentalmente en el Code de 1804.

⁶⁰ Utilizó la edición *Código civil de la República de Chile. Precedido de un juicio crítico por Gumersindo de Azcárate* (Madrid, 1981).

⁶¹ Sobre ANDRÉS BELLO, venezolano de nacimiento, pero chileno de adopción, existe una inmensa bibliografía, incrementada hace unos años con motivo de la celebración del bicentenario de su nacimiento; de ahí que nos limitemos a constatar las obras más significativas: AMUSÁTEGUI, *Vida de Don Andrés Bello* (Caracas, 1950); CALDERA, *Andrés Bello* (Caracas, 1950); ÁVILA MARTEL, *Andrés Bello, breve ensayo sobre su vida y obra* (Santiago, 1981); GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y Codificación del derecho civil en Chile* (Santiago, 1982); MURILLO RIBERA, *Andrés Bello, historia de una vida y de una obra* (Caracas, 1986).

⁶² BRAVO LIRA, “Difusión del Código civil de Bello en los países de Derecho castellano y portugués”, en *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano* (Caracas, 1987) p. 343-373=REHJ 9 (1984) p. 51-64.

⁶³ NARVAJA, *Notas y concordancias del Código Civil de la República Oriental, escritas por el autor del mismo código* (Montevideo, 1910); NIN y SILVA, *Código Civil de la República Oriental del Uruguay* (Montevideo, 1958).

⁶⁴ RISOLIA, *Andrés Bello y el código civil de Chile. Su influencia en la intelectualidad y la legislación argentinas* (Buenos Aires, 1974).

⁶⁵ Ley de 19 de agosto de 1875.

⁶⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, *Código civil, Esboço*, 4 vol. (Río de Janeiro 1860-65).

⁶⁷ Sobre la influencia romanística en la obra de Bello, vid. PACHECO GÓMEZ, *La Universidad de Chile* (Santiago, 1953) p. 38-47. Según VERA, las fuentes que utilizó Andrés Bello fueron los Códigos de Napoleón, Austria, Luisiana y la “sabia legislación romana y española” [Cfr. *Código Civil de la República de Chile*, I (Santiago, 1982) p. VII y VIII].

⁶⁸ DE LOS MOZOS, “Perspectivas y métodos para la comparación jurídica en relación con el Derecho privado iberoamericano”, en RDP (1976) p. 778.

Finalmente, el conocimiento puntual que este ilustre jurista tenía de la labor codificadora que se realizaba en España al tiempo de la confección de su Código civil (1831-1855), que se refleja en el influjo que tuvieron el Proyecto de 1851 y la obra de García Goyena en el código chileno⁶⁹. Es sabido que Bello recibió el proyecto isabelino a tiempo de tenerlo en cuenta en sus trabajos⁷⁰. Con todo, harto probada tal influencia, no deja de sorprendernos la parca consideración que le merece al propio Bello. La explicación a esta insuficiente ponderación podría obedecer a que las circunstancias políticas de la época no le inducen a ello y sí a destacar los influjos procedentes del derecho francés o inglés. Empero, la civilística chilena contemporánea reconoce sin ambages la importante aportación del proyecto isabelino. A título ejemplificativo, basta con traer a colación las palabras de LIRA URQUIETA cando afirma: “los autores de nuestro Código civil -se refiere al chileno- tuvieron un texto completo y modernizado con el cual comparar su trabajo, y texto doblemente útil pues reunió a la síntesis de la vieja legislación española los adelantos de la Codificación francesa y europea”⁷¹. Por todo ello se puede convenir con GUMERSINDO DE AZCÁRATE, que “El código chileno, al no traducir literalmente el código napoleónico, sino que teniendo a la vista ese y otros tomando como punto de partida el derecho común español, hasta entonces allí vigente, lleva impreso un sello de originalidad que le envidiaron algunos de los hechos recientemente en la culta y vieja Europa”⁷².

La codificación argentina es también obra personal de otro insigne jurista, de elevada talla intelectual, DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, autor del Código civil aprobado el 25 de septiembre de 1869, aunque su puesta en vigor se pospuso hasta el día 1 de enero de 1871⁷³. El código argentino es deudor de un conjunto heterogéneo

⁶⁹ La afinidad entre el Proyecto de 1851 y el Código de Andrés Bello se manifiesta a través de las *Concordancias* de García Goyena, conocidas en el otro lado del Atlántico a poco de su publicación en España. Su difusión, según CASTÁN VÁZQUEZ, se vió favorecida por el éxito que alcanzó el *Febrero reformado*, en su edición preparada precisamente por el jurista navarro y Joaquín Aguirre en 1841 [Cfr. “La influencia de García Goyena en las Codificaciones Americanas”, en *Homenaje a Juan Roca* (Murcia, 1983) p. 156].

⁷⁰ El hecho lo explica muy bien el civilista chileno LIRA URQUIETA con estas palabras: “En los años que precedieron a la redacción definitiva de nuestro Código Civil, llegó una espléndida obra española que prestó inapreciables servicios: fue el Proyecto de Código Civil español de García Goyena. A este libro no se le dio en España la resonancia debida. Aparecido en 1852, como fruto de los trabajos codificadores de la Comisión de Juristas que presidía don Florencio García Goyena, llegó a Chile pocos meses después y alcanzó a ser utilizado en el llamado Proyecto de 1853 y en el Proyecto de 1855. Presentaba este libro una ventaja inapreciable que no podían dar las obras españolas restantes, como las de Escribiche o Eugenio de Tapia: se tomaban en cuenta no únicamente las leyes castellanas y los fueros, sino también las recientes leyes europeas. Se trataba de un esfuerzo de adaptación encomiable. Es posible que el Proyecto fuera considerado en la Península como algo muy avanzado, y por esa causa se le dejó en la penumbra, más lo cierto es que influyó mucho, y ventajosamente, en el Código Civil chileno” [Cfr. “Estudio preliminar” de la ed. del *Código civil de Chile del Instituto de Cultura Hispánica* (Madrid, 1961) p. 11-12].

⁷¹ LIRA URQUIETA, *Andrés Bello* (México, 1948) p. 98.

⁷² GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Código civil de la República de Chile. Precedido de un juicio crítico* (Madrid, 1881) p. VII.

⁷³ Sobre la codificación del derecho argentino es imprescindible la monografía debida a TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en Argentina (1810-1870). Mentalidad e ideas jurídicas* (Buenos Aires) 1977.

de influencias. Destacan los Códigos de Bello y el napoleónico como las obras principales que utilizó Vélez en su redacción⁷⁴. Rige en Paraguay⁷⁵. Con todo, la influencia de la tradición española es menos acusada que en el código chileno, pero no es del todo punto inexistente. Basta, por ejemplo, abrir el Código civil argentino, y releer las **Notas** que VÉLEZ SARSFIELD colocó a los artículos, para encontrar a cada paso referencias a las Leyes de Partida, a la Novísima Recopilación, a las Reales Cédulas para América⁷⁶. Por lo que hace al Proyecto de García Goyena, sabemos que lo tenía en su biblioteca, como se advierte en el catálogo de esta publicado por la Universidad argentina de Córdoba, y lo citó numerosas veces en sus Notas al Código⁷⁷. De hecho emplea una técnica similar a la del autor del proyecto isabelino acompañando su obra con notas explicativas de los motivos y concordancias de los preceptos que proponía, y que son muy útiles para conocer las fuentes y sentido de los mismos. En alguna ocasión, se aprecian también en las concordancias las mismas erratas⁷⁸. Con todo, la influencia del Proyecto del Señor Goyena, como lo cita VÉLEZ SARSFIELD, queda paladinamente clara⁷⁹.

En México, la literatura jurídica española alcanzó una importante difusión, a través fundamentalmente del Febrero y de las Instituciones de SALA. Esta doctrina española se recoge en el primer “código” que se realiza en este país en un intento de facilitar el conocimiento del derecho vigente y que se denominó “Pandectas Hispano Mexicanas”⁸⁰. Empero, el primer proyecto verdaderamente digno de ser calificado como precursor de un código fue el elaborado en 1860 por el jurista JUSTO SIERRA⁸¹, en el que se denota una influencia

⁷⁴ Como apunta MUSTAPICH, “La influencia del Derecho civil francés fue extraordinaria... De los dos mil doscientos ochenta y dos artículos de que consta el Código de Napoleón, la mitad ha sido reproducido en el Código argentino y ciento cuarenta y nueve han sido copiados... Añadamos que a veces se corrigen conceptualmente los modelos” [Cfr. *Estudio preliminar del Código civil de la República Argentina* (Madrid, 1960) p. 18].

⁷⁵ MOISSET DE ESPANÉS, *Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay y la del Código civil argentino* (Córdoba-Argentina, 1968).

⁷⁶ *Ibidem*, “Derecho español y americano”, cit., p. 600.

⁷⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, “Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez y Sarsfield”, en *Estudios de homenaje al Dr. Guillermo A. Borda* (Buenos Aires, 1984) p. 73-83.

⁷⁸ A este respecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS señala que en el artículo 1446 del Proyecto español de 1851 y en el artículo 1390 del Código argentino, se cita en ambos el Código holandés con la misma equivocación en el número del artículo [Cfr. “El Anteproyecto del Código civil español”, en *Centenario de la Ley del Notariado I* (Madrid, 1965) p. 36, nt. 110].

⁷⁹ *Vid. Oficio de remisión del Proyecto del libro primero del Código civil argentino*, nota elevada por Dalmacio Vélez Sarsfield al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, doctor don Eduardo Costa, el 21 de junio de 1865, donde expresa, al hacer referencia a las fuentes consultadas: “... Me he servido principalmente del Proyecto de Código civil para España del señor Goyena”.

⁸⁰ El autor de la obra fue JUAN NEPOMUCENO RODRÍGUEZ SAN MIGUEL y el título -un tanto pomposo-: *Pandectas Hispano-Mexicanas, o sea Código genral comprensivo de las leyes útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación, Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Boloña, y cédulas posteriores hasta el 1820, con exclusión de las totalmente inútiles, de las repetidas y de las expresamente derogadas*, dos volúmenes; el 1º en México, 1839; el 2º también en México, 1840.

⁸¹ *Proyecto de un Código Civil mexicano formado por orden del Supremo Gobierno* (México, 1861). Este Código estuvo vigente en el Estado de Veracruz. Para su estudio, cfr. CAZA DAFOUR, “La Codificación civil en México 1821-1884”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas* 9 (México, 1985).

palmaria de nuestro Proyecto isabelino. En efecto, como demostró BATIZA⁸² de los 2.124 artículos que integraban el Proyecto Sierra, cerca de 2.000 provenían en forma literal o con literal del Proyecto español de 1851, y 58 se tomaron de las Concordancias de Goyena. Más tarde, el Código civil del Imperio Mexicano tuvo entre las fuentes utilizadas por los redactores el Proyecto de Goyena y las Concordancias⁸³. Restaurada la forma de estado republicana, se aprueba un nuevo Código civil en 1870 que – en decir de CASTÁN TOBEÑAS – “acusa destacadamente la influencia del Código portugués y del Proyecto español de 1851 a los cuales frecuentemente transcribe”⁸⁴. El Código civil de 1870 fue sustituido por el aprobado en 31 de marzo de 1884 pero, como apunta PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁸⁵ fue aquél y no éste el que nuestros codificadores tuvieron presente.

El Código civil uruguayo aprobado el 23 de enero de 1868, utilizó –según la Exposición de Motivos de la Comisión que lo dictaminó – además del Proyecto de Código civil de Acevedo de 1852 y otras fuentes, “el del Señor Goyena”⁸⁶. En Brasil sucedió con la codificación civil algo parecido a lo que ocurrió en Alemania. De momento no se quiso alterar el derecho vigente y por eso se aplazó su codificación. Brasil, vinculado política y culturalmente a Portugal es más deudor de su derecho que del español, pero no por eso ha de renunciarse a admitir algunos influjos del Proyecto de García Goyena⁸⁷. Como preparatoria de la labor codificadora, el máximo impulsor de la codificación brasileña TEIXEIRA DE FREITAS⁸⁸, compuso una *Consolidação das leis civis*⁸⁹ en 1857 que fue seguida de un *Esboço de Código Civil*, que quedó inconcluso⁹⁰, pero influyó junto con los códigos portugueses, francés y alemán, el articulado del Código vigente de 1916⁹¹.

⁸² BATIZA, Los orígenes de la Codificación civil y su influencia en el Derecho mexicano (México, 1982) p. 168 ss.

⁸³ *Ibid.* p. 178. *Id.*, también, GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “Notas para el estudio del proceso de Codificación en México (1821-1824)”, en *Libro de Centenario del Código civil* (México, 1978) p. 95 ss.

⁸⁴ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral I* 1 (Madrid, 1962) p. 160.

⁸⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español*, cit., p. 35, nt. 107.

⁸⁶ Cfr. NIN Y SILVA, *Código Civil de la República Oriental de Uruguay* (Montevideo, 1925) p. VIII:

⁸⁷ Tales influencias penetraron en Brasil fundamentalmente a través del Código civil portugués, a cuya génesis vamos a referirnos brevemente. Por Decreto de 8 de agosto de 1850 fue encargado A.L. DE SEABRA de elaborar el Código civil y terminó sus tareas en 1859. Presentado al Gobierno el Proyecto de Seabra, se nombró una Comisión para su revisión. Por Ley de 1 de junio de 1867 se dispuso que el Código entraría en vigor seis meses después de su publicación, es decir el 22 de mayo de 1868 en todo el territorio del Reino e islas adyacentes; más tarde se extendió su vigencia a Ultramar [Datos tomados de DIAS FERREIRA, *Código Civil Português anotado por ...*, 2ª ed. (Coimbra, 1894) p. V y VII]. En este Código de sistemática original se nota frecuentemente la influencia del Proyecto español de 1851 (Cfr., para esto último, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil I* (Coimbra, 1929) p. 128 donde afirma que Seabra consultó frecuentemente “o excelente livro de García Goyena as *Concordancias*”).

⁸⁸ Acerca de este eximino jurista brasileño, vid.: MEIRA SILVIO, *Teixeira de Freitas, o jurisconsulto do Império* (Río de Janeiro, 1979).

⁸⁹ *Consolidação das leis civis* (Río de Janeiro, 1857). Se trata de una simple refundición de las leyes vigentes en un nuevo cuerpo legal, siguiendo la técnica de las recopilaciones hispanas y de las *Ordenações* filipinas, promulgadas en 1603 bajo el reinado de Felipe II de Portugal (III de España).

⁹⁰ *Código Civil, Esboço*, 4 vol. (Río de Janeiro, 1860-65).

⁹¹ El Código civil de Brasil, es el resultado de un proceso de superposición de la influencia alemana sobre la francesa o latina. Según expresa el prestigioso iushistoriador P. MEREA: “El Código civil brasileño

A OBRA DE GARCÍA GOYENA E O PROCESSO CODIFICADOR IBERO-AMERICANO

Resumo: Florêncio García Goyena nasceu em Tafalla (Navarra, Espanha) em 1783. Foi um espanhol que viveu exilado em França por dez anos, em razão de seus ideais liberais. Neste período, conheceu em primeira mão as obras jurídicas revolucionárias e chegou a ser um admirador de Napoleão e muito particularmente do grande Código de 1804. Quando retornou à Espanha foi nomeado ministro de Justiça e, em 1847, eleito chefe de governo. Em 1851, escreveu um projeto de Código Civil que contém cerca de dois mil artigos inspirado fundamentalmente no Código napoleônico. Este texto jamais foi promulgado por razões políticas, mas teve grande influência sobre os três grandes legisladores ibero-americanos: Bello, Teixeira de Freitas e Vélez Sársfield.

Palavras-chave: Código de Napoleão. Independência ibero-americana. Projetos.

THE WORK OF GARCÍA GOYENA AND THE CODIFICATION PROCESS IN IBERO-AMERICA

Abstract: Florencio García Goyena, was born in Tafalla (Navarra-Spain) in 1783. A Spaniard who lived in French exile for ten years due to his liberal ideas. At that time, he became familiarized with revolutionary juridical works and an admirer of Napoleon and very particularly of the great Code of 1804. When he returned to Spain, was appointed Minister of Justice and in 1847 was elected Head of the Government. In 1851 he wrote a Civil Code's project with about two thousand articles mostly inspired with good foundation in the Napoleonic Code. This text was never approved due to political reasons but had a powerful influence in the three great ibero-american legislators: Bello, Teixeira de Freitas and Vélez Sarsfield.

Key words: Napoleon's Code. Ibero-american independence. Projects.

funde muchas corrientes de pensamiento: la tradición nacional, que se remonta al Derecho portugués, en el que el Derecho romano ha recibido la influencia del Derecho germánico y del Derecho canónico, el prestigio del Código francés y de la doctrina francesa, la influencia del Código civil y de la doctrina de Alemania y las soluciones felices que se presentan en los demás Códigos civiles, en particular el portugués, el italiano, el español, el argentino y aún en el del cantón de Zurich" [Cfr. *Código civil brasileiro anotado* (Lisboa, 1917) p. 5 ss.].

EXCEPCIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA DE ESPAÑA Y LAS INTERVENCIONES MÉDICAS FORZOSAS EN HUELGAS DE HAMBRE LLEVADAS A CABO POR ENCARCELADOS

SANDRO LUIS BRITO NOVAIS

Doutorando em Direito Civil na Universidad de La Coruña (Espanha). Advogado.
sandronovais@hotmail.com

Sumário: 1. Introducción; 2. La evolución de la relación médico-paciente (del principio paternalista a la autodeterminación del paciente); 3. El consentimiento informado; 4. Excepciones al consentimiento informado; 5. Excepción al consentimiento estipulada en la Ley General Penitenciaria de España; 6. Conclusión.

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo, además de esbozar un panorama sobre la figura jurídica del consentimiento informado y de sus excepciones, discutir la interpretación del Tribunal Constitucional español de la excepción al consentimiento prevista en la Ley Penitenciaria española, específicamente en los casos de huelgas de hambre llevadas a cabo por presidiarios acusados de terrorismo. A partir de revisión bibliográfica, se ha analizado el tenor de las sentencias del TC, las cuales, contrariando la regla general que indica que se hace necesario el consentimiento para que se aplique un procedimiento médico, autorizan la alimentación forzosa de reclusos en riesgo de vida.

Palabras clave: Consentimiento informado. Huelga. Hambre.

1 INTRODUCCIÓN

La intervención médica para alimentar forzosamente, a través de una sonda, a un detento perteneciente a la organización terrorista ETA, es decir, prescindiendo de su consentimiento, en una huelga de hambre de 112 días, ha sido el *leit motiv* de este trabajo. Aunque este no haya sido el primer caso con estas implicaciones—hubo otros anteriores en los cuales estaban involucrados integrantes de otra banda terrorista,

denominada GRAPO—, la figura mediática de su personaje principal ha hecho que el asunto volviera al orden del día. Antes de adentrarse el tema, cumple advertir que la cuestión aquí analizada no está centrada en las implicaciones políticas de la decisión de poner en libertad al recluso, sino que tiene foco exclusivo en el análisis del límite al derecho de los presos al consentimiento informado impuesto por el Tribunal Constitucional desde su interpretación de la Ley General Penitenciaria de España.

Al principio del año 2005, cuando los periódicos desvelan que José Ignacio de Juana (De Juana Chaos), “un etarra condenado por 25 asesinatos y penado con casi 3.000 años de cárcel va a salir en libertad de forma inminente tras haber cumplido sólo 18 años de cárcel”, hubo una oleada de protestas, por lo que la Audiencia Nacional de España terminó por imputarle más dos delitos, condenándole por las acusaciones de amenazas terroristas y de pertenencia a banda armada, a raíz de dos artículos publicados con su firma en el periódico *Gara*.

Debido al aumento de su condena, el recluso inició una huelga de hambre el 7 de agosto en demanda de su puesta en libertad tras cumplir 18 años en la cárcel, como antes esperado. El preso, que tenía el peso habitual de 86 kilos, llega a tener 63. Desde entonces, se niega a colaborar con los médicos responsables, los cuales tienen que pesarlo, hacer los análisis y, incluso, tomarle la tensión a la fuerza. El 11 de diciembre de 2006, ante el grave cuadro de salud —el recluso ha llegado a los 57 kilos—, los facultativos, indiferentes a la ausencia de consentimiento del paciente, es más, sin hacer caso a su resignación en seguir con la huelga de hambre hasta la muerte, pasan a alimentarlo por sonda nasogástrica.

El interés de este trabajo radica, pues, en abordar la excepción prevista en la *Ley general penitenciaria de España*, la cual ha servido para fundar varias decisiones del Tribunal Constitucional de España que apuntan para una peculiar y controvertida relación de sujeción existente entre los presos y el Estado, capaz de suprimir derechos de los reclusos, como el derecho a consentir, o no, sobre los tratamientos clínicos que les sean prescritos.

2 LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE (DEL PRINCIPIO PATERNALISTA A LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE)

La evolución de los paradigmas concernientes a la relación médico-paciente viene a remolque de la relevancia que ha adquirido el derecho a la salud, lo cual constituye un elemento básico del desarrollo de todo ser humano y se encuentra estrechamente vinculado a los derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la integridad física y moral, con el derecho a la libertad ideológica y religiosa y con el derecho a la intimidad. En los últimos años, se verifica que la mayor relevancia y el desarrollo del principio de protección de la salud han alzado los derechos de los pacientes a la categoría de eje básico de las relaciones

clínico-asistenciales, por eso, se ha dicho que la llamada relación clínica está adquiriendo una nueva configuración en los momentos actuales¹. No por acaso, el constitucionalismo moderno refleja, en un proceso imparable de internacionalización de los derechos humanos², la aceptación de que las garantías a la salud significan, ante todo, posibilitar el libre e integral desarrollo de la persona. Tampoco la comunidad internacional ha dejado de acompañar esta evolución; las Naciones Unidas, UNESCO y la Organización Mundial de la Salud, han formulado declaraciones o normas sobre diversos aspectos relativos a la salud que se han completado en el ámbito europeo por la Unión Europea y por el Consejo de Europa.

Pero no siempre ha sido así, ya que no hace mucho tiempo los presupuestos de la relación clínica giraban alrededor del médico como elemento fundamental de la misma, con ninguna o poca relevancia del enfermo. Esta forma de comprender la alianza terapéutica venía dictada por la tradición; respondía, por tanto, a una configuración histórica de muchos siglos y estaba adaptada a las necesidades y al entorno de la sociedad³. En términos filosóficos, se consideraba, en un periodo anterior, que el médico restauraba el equilibrio de la naturaleza al curar el paciente y que, además, respondía al conocimiento que tenían los profesionales y que estaban en una situación de preeminencia a la hora de tomar decisiones en busca del bienestar del enfermo. La relación médico-paciente, pues, se encontraba anclada en el *principio paternalista* o de la *beneficencia*, lo cual presuponía la verticalidad entre los sujetos partícipes, o sea, la sumisión existente hacia con que el paciente fuese considerado una persona débil, sin capacidad de discernir y, por consiguiente, de decidir sobre cualquier aspecto de su tratamiento. De esta manera, el médico era quien tenía conocimiento exacto y exclusivo sobre lo que hacer con el paciente, y siempre lo haría en busca de lo mejor para el enfermo, aunque éste nada supiera sobre su estado clínico, sobre las alternativas curativas disponibles y, notadamente, sin ningún conocimiento de los riesgos implicados.

La persona pendiente de la intervención sanitaria no debería hacer nada más que condicionarse a los designios del médico. Era esa, por lo tanto, la tónica de la relación entre el médico y el paciente cuando prevalecía, todavía, el *principio paternalista* en la medicina, lo cual hacía con que se suprimiese la voluntad del paciente a favor del buen actuar médico y que – retornando más una vez a sus orígenes históricos – fue establecido por la tradición hipocrática y trasladado, después, a normas éticas y deontológicas. Se pensaba incluso que el consentimiento era irrelevante y que el médico

¹ SÁNCHEZ-CARO, J.: “La relación médico-paciente en el siglo XXI” in *Bioética, religión y derecho (actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005)*. Madrid, Fundación Universitaria Española, 2005, p. 13.

² GUERRERO ZAPLANA, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*. Valladolid, Ed. Lex Nova, 2004, p. 10.

³ SÁNCHEZ-CARO, J.: op. cit., p. 20.

debía intervenir aun con la oposición del paciente porque estaba de por medio el deber ético y moral del médico de salvar la vida de las personas⁴. Así, se tenía en cuenta que lo realmente importante es esta relación era la curación del enfermo, mismo que contra su voluntad, o peor, aunque ello de nada supiera y solamente entregase su vida, su integridad física y psicológica a los médicos.

El abandono del *principio paternalista* ha sido gradual, ya que la adopción de éste significa un gradual cambio de paradigma hacia la *autonomía del paciente*, etapa en que se supone, dentro de las relaciones clínicas, el reconocimiento del paciente en su individualidad, en la cual se reconoce el enfermo como un ser pleno y capaz de, desde una relación en la que él y el médico ocupan un plano homólogo, decidir libremente sobre el procedimiento clínico o quirúrgico a que quiere someterse. Aquí, en un modelo horizontal, el paciente adquiere mayor proyección en la relación clínica y pasa a ser más responsable sobre el tratamiento, en la medida que la idea de resignación y pasividad se desvanecen. Seguramente, la obligatoriedad, salvo rigurosas y justificadas excepciones previstas en ley, de respetar la libre elección del tratamiento médico por parte del paciente sobresaldrá en el ámbito sanitario. Sin embargo, este nuevo entramado de relaciones, que se construye a partir del reconocimiento pleno de la autonomía del paciente, de su derecho al libre desarrollo de su personalidad, de su derecho a la salud y a la integridad física y psicológica, desde la aceptación del paciente como un ser dotado de racionalidad y libertad, aún encuentra resistencia. De ahí, la afirmación de HOTTOIS y MISSA⁵ en la edición traducida para la lengua gallega de la *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*, “o dilema ético subxacente na cuestión do consentimento reside na tensión entre o principio de autonomía do paciente e o principio de beneficencia do médico”.

3 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

A partir del reconocimiento del principio de la autonomía en el seno de las relaciones médicas, era inevitable dotar al paciente de un instrumento capaz de garantizar el pleno respeto a su voluntad. Entonces, se logró la consagración del denominado *consentimiento informado*. De ahí que se ha subrayado en la exposición de motivos de la Ley 41/2002 que “la importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales

⁴ CANTERO MARTÍNEZ, J.: *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*. Albacete, Editorial Bomarzo, 2005, p. 7.

⁵ HOTTOIS, G. et alii: *Nova enciclopedia de bioética*. Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2005, p. 264.

con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión”.

Se puede decir, *a priori*, que el consentimiento informado depende de la información anticipada, pues solamente si se dispone de información médica adecuada se puede elegir libremente entre las distintas vertientes curativas, y ello aunque su elección no sea la que más convenga a su salud o la que mejor satisfaga los deseos de su médico⁶. Hoy, por tanto, al buscarse el verdadero contenido sustantivo de lo que llamamos “consentimiento informado”, vemos que se trata de un proceso deliberativo –la denominación se justifica por la necesidad de información continuada durante todo el procedimiento curativo hasta que sea recabado el consentimiento– cuyo resultado es una toma de decisiones conjunta entre paciente y médico. El médico ya no decide más *por* el paciente, como hacía en el paternalismo, pero el paciente tampoco debe decidir *sin* el médico sino *junto* al médico y *con* el médico, pues una de las mayores tragedias de la teoría del consentimiento informado es haber transmitido la idea de que lo fundamental era satisfacer el “derecho del paciente a ser dejado solo” frente a las decisiones sanitarias, como bien ha subrayado PABLO SIMÓN⁷. Así, desde el advenimiento del concepto de consentimiento informado se tiene en cuenta que la decisión de cómo resolverse las situaciones clínicas que se presenten se encuentra, al fin y al cabo, en las manos del paciente, pero no sin antes facilitarle toda información útil para la toma de decisión, le siendo facultado abstenerse de recibir cualquiera información sobre su estado, hipótesis en que prestará un consentimiento ignorante. Por lo tanto, la ética médica parte de que el ser humano es capaz de autorreflexión, ya que tiene una voluntad libre, siendo la consecuencia inevitable el que habitualmente haya que dejar de lado las consideraciones utilitaristas para tener en cuenta las que atañen a la autonomía del individuo y a la justicia, que se deriva de los intereses de la sociedad⁸.

Abundan los conceptos doctrinales de “consentimiento”, así que, debido a la limitación de espacio, apenas algunos serán puestos aquí. El término en boga es apuntado como “el acuerdo de dos voluntades” (CERRILLO, F.: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo V, Barcelona, Ed. Francisco Seix, 1985, p. 80), o encuentra definición en “un

⁶ SÁNCHEZ CARO, J.: “Autonomía y derecho a la salud: límites”. *Revista Todo Hospital*, nº 42, diciembre de 1997, p. 14.

⁷ SIMÓN, P.: *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*. Madrid, ed. Triacastela, 2000, pp. 249/252.

⁸ SÁNCHEZ-CARO, J.: “La relación médico-paciente en el siglo XXI” in *Bioética, religión y derecho (actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005)*. Madrid, Fundación Universitaria Española, 2005, pp. 19/20.

acto espiritual que significa la coincidencia de voluntades en un objetivo que, desde este mismo momento, es compartido” (CORBELLA DUCH, J.: *Manual de Derecho sanitario*. Barcelona, Ed. Atelier, 2006, p. 116), o, aún, que tal término expresa “la coincidencia de las voluntades de varias personas” (HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Trad. G. Hernández. Barcelona, Ed. Ariel, 1987, p. 68). Aunque tales definiciones sean correctas, puede que resulten insuficientes. Así, se recurre a la semántica, la cual nos aporta más elementos para configurar una mejor definición del término en foco; el *Diccionario de la Real Academia Española* (DRAE)⁹, apunta que “consentimiento” es “acción o efecto de consentir”, más adelante, aclara que el vocablo “consentir” consiste en “permitir una cosa o condescender en que se haga”. Ya en el *Diccionario Señas*¹⁰, el término “consentimiento” figura como “autorización o aprobación; permiso para hacer una cosa”, y el vocablo “consentir”, por su turno, está relacionado al “permiso que se concede para que se haga una cosa o, además, no oponerse a que una cosa se haga”.

Una mirada atenta a las definiciones arriba revelan la coincidencia en ellas de que “consentir” viene de *consentire*, o sea, estar de acuerdo, decidir de común acuerdo, conforme su origen filológico, su etimología: *cum sentire*. Esto pone de relieve el carácter individual y la voluntariedad que se deben hacer siempre presentes en el acto de consentir, so pena de invalidez del consentimiento. No por menos, señala MARTÍNEZ CUETO¹¹ que la libertad, además de la información y de la capacidad, son requisitos básicos de este proceso que ha de entenderse como el fruto de una relación clínica basada en dos pilares insustituibles: la información como proceso gradual más o menos complejo y la confianza.

El origen del término “consentimiento informado” remonta a la doctrina anglosajona, donde el concepto de *informed consent* –propiamente dicho– fue utilizado por primera vez en 1957 en California, Estados Unidos, en la sentencia de *Salgo v. Stanford*¹². En este caso, Martin Salgo, que padecía de insuficiencia vascular arterial en los miembros inferiores, fue sometido a una aortografía translumbar sin que fuera tomado su consentimiento, al final, se quedó parapléjico, lo que lo ha llevado a demandar al médico. Tal sentencia significó un hito fundamental en el proceso de introducción del

⁹ Vid. “Consentir”, en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, apud SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*. Madrid, Ed. Dykinson, 1998, p. 79.

¹⁰ Vid. “Consentir”, en SEÑAS: *diccionario para la enseñanza de la lengua española para brasileños / Universidad de Alcalá de Henares. Departamento de Filología; tradução de Eduardo Brandão, Claudia Berliner*. -2ª ed.- São Paulo : Martins Fontes, 2001.

¹¹ MARTÍNEZ CUETO, P.: “Una perspectiva clínica acerca del consentimiento informado”. *Revista Galega de Actualidade Sanitaria*, 2002, 1(4): 266-270.

¹² MARTÍNEZ CUETO, P.: “Una perspectiva clínica acerca del consentimiento informado”. *Revista Galega de Actualidade Sanitaria*, 2002, 1(4): 266-270.

deber de información como un deber legal estrechamente vinculado al deber de obtención del consentimiento, y no meramente un deber moral.

Con todo, se debe señalar que el primer caso judicial conocido sobre lo que más tarde de denominaría “consentimiento informado” no fue en realidad norteamericano sino británico, el caso *Slater v. Baker & Stapleton* (1767), en lo cual el Sr. Slater denunció a los médicos Baker y Stapleton porque éstos estimaron que una fractura que éste tenía en una pierna no estaba bien curada y, así, pese a las protestas del paciente, no quitaron los vendajes que le habían colocado allí, fracturaron nuevamente la pierna y pusieron en ella un aparato ortopédico que habían inventado. Los médicos fueron condenados en una sentencia que usaba una argumentación similar a lo que más tarde de conocería por *malpractice*¹³.

En la literatura científica médica española, el término es citado por primera vez en 1930, pero es en 1972, con el Reglamento General de Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, cuando se establece que los enfermos tienen derecho a autorizar (directamente o a través de sus allegados) las intervenciones quirúrgicas y actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su gravedad. Sin embargo, es a partir de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 cuando el concepto de consentimiento informado comienza a tener auténtico sentido e importancia, basado en la defensa que en ella se hace del libre desarrollo de la personalidad sobre la base de la libertad, del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y de la edificación de los pedestales del derecho a la información. A partir de entonces, se produjo, en los años 80 y 90, un afloramiento de la polémica sobre responsabilidad civil, específicamente sobre consentimiento informado. De hecho, PABLO SIMÓN¹⁴ nos apunta cinco causas para que esto haya ocurrido: (a) la actitud menos pasiva del hombre moderno; (b) la tecnificación médica y la masificación; (c) la vulgarización de los saberes médicos; (d) la existencia generalizada de los seguros de responsabilidad civil; y (e) ciertas actitudes comerciales y de poca ética de los profesionales sanitarios.

Desde los artículos constitucionales en el tema del consentimiento informado – que de forma directa o refleja se configuran como el núcleo de la estructura jurídico sanitaria española¹⁵ – hasta el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad*, se ha recorrido un largo camino. A la luz de los dictámenes constitucionales, se ha empezado a regular el derecho a la información y al consentimiento, de este

¹³ SIMÓN, P.: op. cit., pp. 50/54.

¹⁴ SIMÓN, P.: op. cit., p. 91.

¹⁵ MARTÍN BERNAL, J. M.: *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*. Madrid, Ed. La Ley, 1998, p. 313.

modo, ya en 1979 la *Ley sobre extracción y trasplante de órganos*, de 27 de octubre, en su artículo 4º, trató del derecho a la información de los donantes.

Otro paso decisivo rumbo a la actual configuración fue la puesta en marcha, en 1984, por el Instituto Nacional de Salud (INSALUD), del plan de humanización de la atención sanitaria. Dicho plan tenía como objetivo la implantación de una carta de derechos del paciente y, en su punto cuarto, hacía referencia al derecho a la información: “el paciente o su representante tienen derecho a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, de todo lo relativo a su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronóstico, que será facilitada en un lenguaje comprensible; en caso de que el paciente no quiera o no pueda manifiestamente recibir dicha información, ésta deberá proporcionarse a los familiares o persona legalmente responsable”. Pasados dos años, la Ley 14/1986, General de Sanidad, recogió en el artículo 10.5: “que todos tienen derecho: a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

Hoy en día, se tiene que, en la normativa española, los marcos legales del consentimiento informado están consubstanciados en el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina –firmado en el ámbito comunitario europeo–, de 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo), y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (LDP), la cual ha servido para adaptar la Ley General de Sanidad (14/1986) al contexto del llamado Convenio de Oviedo.

4 EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El libre ejercicio de las libertades y de las garantías fundamentales está intrínsecamente ligado al Estado democrático de Derecho, lo cual debe servir, además de otras serventías, como garante de los derechos humanos, conforme propugna el preámbulo de la *Magna Carta* española. Con todo, este ejercicio no se da de manera absoluta, pues hay clara limitación a las voluntades particulares en pro del agrupamiento social. No obstante el ordenamiento jurídico reconozca como determinante, dentro de ciertos límites, la valoración subjetiva de los bienes jurídicos hecha por el particular, esto no supone aherrojar la voluntad del particular o infravalorar su libertad, sino la existencia de un interés de la comunidad en la preservación y protección de la salud de sus miembros frente a eventuales daños o menoscabos producidos por terceros, debido a que la salud, al igual que la vida, ocupa un lugar fundamental y fundamentante en el conjunto de bienes y valores vitales para la convivencia, pues constituye el presupuesto esencial y originario, el soporte del resto de valores y derechos de los que el hombre es

portador¹⁶. Así que la franja de libertades personales se encuentra delimitada por la evaluación pública o social, ya que la integridad corporal, la libertad de movimientos, la propiedad, el honor y la esfera íntima se encuentran protegidos por la Constitución, al margen de la voluntad del titular, como bienes vitales de la comunidad que integran la libertad, la autodeterminación y la dignidad humana¹⁷. Por tanto, específicamente en se tratando de consentimiento informado, aunque objeto de muchas críticas, hay límites impuestos por ley al ejercicio del derecho a no consentir sobre determinado tratamiento.

En el plan español, las limitaciones al consentimiento se encuentran en la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986), la cual traía en su cuerpo – en concreto en el artículo 10.6 – apenas tres supuestos de excepción al consentimiento informado: en el caso de que supusiera algún peligro para la salud pública, cuando el paciente esté discapacitado para tomar decisiones (en cuyo caso los familiares o allegados deberán decidir por él) y cuando la urgencia del caso no permita demoras, so riesgo de fallecimiento o de lesiones irreversibles. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, por su turno, buscando resguardar aun más el derecho a la autodeterminación del paciente y estar más acorde con las directrices del llamado Convenio de Oviedo, trae consigo las mismas previsiones de excepciones al derecho al consentimiento informado, pero con más restricciones, haciendo especial hincapié en que las mismas operan sólo respecto de las intervenciones clínicas *indispensables* a favor de la salud del paciente¹⁸. Dichas excepciones se encuentran descritas en el artículo 9.2, “a” y “b”, de la Ley 41/2002, siendo éstas:

- a) Grave peligro para la salud pública;
- b) Urgencia vital inmediata;
- c) Supuestos en que el paciente no esté capacitado para tomar decisiones;
- d) Menores de edad;
- e) Renuncia y excepción terapéutica.

Los supuestos arriba enumerados, son, de hecho, los que se encuentran en el cuerpo de la normativa aplicable, pero se debe atentar que hay otros casos más de excepción al consentimiento informado, no previstos en la Ley 41/2002. La doctrina

¹⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado*. Madrid, Ed. Dykinson, 1998, p. 50.

¹⁷ *Vid.* JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Trad. J.L. Manzanares Samaniego, Granada, Ed. Comares, 1993, pp. 337/338, apud SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: op. cit., p. 75.

¹⁸ SÁNCHEZ-CARO, J. et alli: *Bioética, religión y derecho (actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005)*. Madrid, Ed. Fundación Universitaria Española, 2005, p. 24.

nos aporta el llamado *derecho a no recibir información* –aunque haya opiniones a respecto de que éste sea más un supuesto de excepción, ya que se sustenta tratarse tan solamente de mera abdicación a la información previa, no importando la renuncia al derecho a ser informado propiamente en abdicarse al derecho a otorgar, o no, el consentimiento. Por su turno, la *Ley General Penitenciaria de España* nos trae más un supuesto de excepción al derecho al consentimiento informado. Como visto aquí, el derecho del paciente a aceptar o rechazar un tratamiento no es absoluto y encuentra varios límites, pero la discusión propuesta en este trabajo va a centrarse en la controversia que plantea el límite al derecho al consentimiento informado en el seno del sistema penitenciario español.

5 EXCEPCIÓN AL CONSENTIMIENTO ESTIPULADA EN LA LEY GENERAL PENITENCIARIA DE ESPAÑA

Un supuesto de excepción al consentimiento informado, ampliamente discutido en la doctrina y en las decisiones judiciales, pero no previsto en la normativa que se refiere específicamente al consentimiento, nos presenta la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, al establecer que “la Administración Pública carcelaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”¹⁹. De acuerdo con el dispositivo legal al que se hace referencia, el Tribunal Constitucional de España ha fundamentado sus decisiones en los casos planteados por algunos presos del grupo GRAPO (SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio y la 11/1991, de 17 de enero), cuando en una huelga de hambre, llevada al límite y con grave peligro para las vidas de los encarcelados, fueron éstos sometidos a alimentación forzosa, aunque eso significase – al principio – una flagrante violación a sus derechos constitucionales a la dignidad personal, a la libertad, a la intimidad, a la vida y a la integridad física – como arguyeron los presos en recurso de amparo a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid y de Guadalajara –, suprimiendo la toma de sus consentimientos en cuanto a la asistencia médica – procedimiento de alimentación forzosa – que recibieron sin que consintiesen. El Tribunal Constitucional (TC) consideró, en las decisiones apuntadas, la condición *sui generis* en que se encuentran los encarcelados, en especial la relación de sujeción que existe entre los presos y el Estado, a través de la Administración penitenciaria; el TC así analizó la situación de los encarcelados frente a la Administración carcelaria: “los reclusos se encontraban bajo una relación especial de sujeción que impone a la Administración la obligación de velar por la vida, integridad y salud de aquéllos permitiéndola, en determinadas

¹⁹ Vid. art. 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte”.

Otro argumento lanzado por el Tribunal Constitucional en los supuestos de las huelgas de hambre por parte de los presos es que la vida constituye el máximo valor a ser resguardado en cualquier ordenamiento jurídico constitucional y un supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Mucho criticado el segundo fundamento por cuenta del valor prevaleciente que el Tribunal otorga al derecho a la vida, ya que éste no se encuentra desvinculado de otros valores y, además, que no existe de *per se*, y, por consiguiente, se encuentra íntimamente vinculado a otros aspectos jurídicos y relacionado a las concepciones socioculturales y religiosas propias de cada uno, de cada sociedad, no se prestando a justificar la imposición de un tratamiento no consentido.

Entre los autores que han levantado voz contra los argumentos constantes de las sentencias del TC (SSTC) en los casos de limitaciones al derecho al consentimiento de los encarcelados está ATIENZA, que ha advertido que “si bien es cierto que si uno no está vivo no puede ejercer ningún derecho, ello no supone que de esta afirmación quepa deducir necesariamente que el derecho a la vida goza de preeminencia frente a cualquier otro derecho fundamental y que por ello ha de prevalecer”²⁰. Siguiendo con las críticas al punto de vista dominante en el Tribunal Constitucional de España, el mismo doctrinador asevera que, como el encarcelamiento no permite que por sus propios medios los presos tengan acceso a los medios de salud, como haría cualquier otro ciudadano, establece la Ley Orgánica General Penitenciaria que es deber de la Administración velar por la vida, salud e integridad de los internos, es decir, esta obligación contemplada en la normativa penitenciaria implica el deber de la Administración de cubrir estas necesidades ordinarias y ofrecer, por tanto, las prestaciones sanitarias o alimentarias requeridas por las situaciones a que se enfrentan los internos, pero en modo alguno autorizaría para imponerlas en contra de la voluntad del interno, ni siquiera en aquellos casos extremos en los que el recluso haya perdido ya su estado de consciencia²¹.

Cumple señalar que en la propia STC 120/1990 hubo divergencia en cuanto a la limitación *sui generis* de los derechos fundamentales de los presos, asignada por el magistrado Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, al decir que a su juicio “la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual en relación a su vida y salud

²⁰ ATIENZA, M.: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona, Ed. Ariel, 1993, p. 102.

²¹ ATIENZA, M.: *op. cit.*, p. 97.

y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades de cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria”.

La evaluación del magistrado guarda consonancia con la guarida constitucional del derecho fundamental a la autonomía privada, consubstanciada en el amplio conjunto de “derechos y libertades” existente en el Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución de España, más específicamente en lo que dispone el artículo 10.1 de la *Lex Mater* española: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. De ahí, se ha afirmado que el principio de autonomía privada es un principio de Derecho, porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen su vigencia, y es dentro de su marco donde puede el hombre realizarse plenamente²², y más, que la supresión de la autonomía privada como principio general del Derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad²³.

Las sentencias del Tribunal Constitucional en los casos de huelga de hambre de los encarcelados suenan merecedoras de reproche por la línea seguida, ya que privar los encarcelados del derecho a consentir, o no, con el procedimiento de alimentación por vía de sonda nasogástrica y, por consiguiente, negarles el derecho fundamental a la autonomía privada, significa una clara agresión a los dispositivos constitucionales españoles. Sin embargo, desde el ámbito comunitario nos llega el tenor de la sentencia emanada por el Tribunal Europeo en el *Caso Pretty contra Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, la cual subraya que “la vida, como presupuesto del ejercicio de los demás derechos, constituye un derecho inderogable y, como tal, el margen de decisión personal no puede equivaler a una regla absoluta que exceptúe en todo caso el principio de irrenunciabilidad de los derechos fundamentales”, lo que termina por reforzar la inclinación del TC español.

6 CONCLUSIÓN

Demasiada controversia se siguió a las decisiones del Tribunal Constitucional, pues para algunos sectores estaba clara la afronta a los dispositivos constitucionales garantizadores del derecho a la personalidad. Ajeno a las voces en contra, el TC mantiene su posición y, durante la huelga de hambre mantenida por un conocido preso etarra, más una vez se aplica la alimentación forzosa para alejar el riesgo de muerte, aunque que el recluso diera inequívocas señales de que quería seguir con su protesta hasta la muerte.

Por su parte, el gobierno de España sustentó que la decisión de ignorar el derecho del recluso a seguir con la huelga y a negarse a recibir alimentación por sonda nasogástrica

fue correcta, porque la muerte del terrorista ciertamente desencadenaría una fuerte reacción de la banda terrorista ETA, significando un grave retroceso en el proceso de paz abierto en el año 2006, además de poner en riesgo la población. Con todo, una vez que el principio de autonomía fue elevado por la Constitución española a condición de fundamento del orden jurídico, se tiene que el principio general debe funcionar asimismo como criterio inspirador de toda labor interpretativa. Quiere ello decir que todas las normas jurídicas deberán interpretarse en la forma que resulte más conforme al principio general. Las que representen una excepción al principio de autonomía –normas prohibitivas, normas limitadoras– deberán interpretarse de manera restrictiva²⁴. Pues, justamente ahí parece residir la equivocación de las decisiones del Tribunal Constitucional con respecto a los encarcelados, pues el texto de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, específicamente lo que dispone su artículo 3.4 al establecer que “la Administración Pública carcelaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”, no parece ser suficiente para fundamentar la restricción de los derechos de los reclusos, ya que en una interpretación restrictiva del dictamen, se puede vislumbrar allí tan solamente la obligación estatal de poner a disposición de los reclusos todos los medios para su curación, cabiendo, *a posteriori*, al preso decidir si acepta o no los tratamientos disponibles, después de recibir información clínica clara y suficiente. Así, parece más acertado que el ordenamiento jurídico español sea dotado de un dispositivo más claro y específico en cuanto a la restricción al derecho al consentimiento de los encarcelados, pues la solución por hora encontrada funciona, pero no da muestras de convencer.

BIBLIOGRAFIA

BRANDÃO, E.; BERLINER, C. **SEÑAS: diccionario para la enseñanza de la lengua española para brasileños**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CANTERO MARTÍNEZ, J. **La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital**. Albacete: Bomarzo, 2005.

CERRILLO, F. **Nueva Enciclopedia Jurídica**. t. V, Barcelona: Francisco Seix, 1985.

CORBELLA DUCH, J. **Manual de Derecho sanitario**. Barcelona: Atelier, 2006.

DE COSSÍO Y CORRAL, A. **Instituciones de Derecho Civil**. T. I, Madrid: Civitas, 1988.

GUERRERO ZAPLANA, J. **El consentimiento informado**. Su valoración en la jurisprudencia. Valladolid: Lex Nova, 2004.

HATTENHAUER, H. **Conceptos fundamentales del Derecho Civil**. Trad. G. Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.

HOTTOIS, G. *et alli*. **Nova enciclopedia de bioética**. Santiago de Compostela: Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2005.

MARTÍN BERNAL, J. M. **Responsabilidad médica y derechos de los pacientes.** Madrid: La Ley, 1998.

MARTÍNEZ CUETO, P. “Una perspectiva clínica acerca del consentimiento informado”. **Revista Galega de Actualidade Sanitaria**, Vol. 1, nº 4, febrero de 2002.

SÁNCHEZ CARO, J. “Autonomía y derecho a la salud: límites”. **Revista Todo Hospital**, nº 42, diciembre de 1997.

SÁNCHEZ-CARO, J. “La relación médico-paciente en el siglo XXI” in **Bioética, religión y derecho** (actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005). Madrid: Fundación Universitaria Española, 2005.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A. **La esterilización: Derecho español y Derecho comparado.** Madrid: Dykinson, 1998.

SIMÓN, P. **El consentimiento informado.** Historia, teoría y práctica. Madrid: Triacastela, 2000.

EXCEÇÃO AO CONSENTIMENTO INFORMADO NA LEI PENITENCIÁRIA ESPANHOLA E AS INTERVENÇÕES MÉDICAS FORÇOSAS NAS GREVES DE FOME POR RECLUSOS

Resumo: O presente estudo teórico tem por objetivo, ademais de esboçar um panorama sobre a figura jurídica do consentimento informado e de suas exceções, discutir a interpretação do Tribunal Constitucional espanhol da exceção ao consentimento prevista na Lei Penitenciária espanhola, especificamente nos casos de greves de fome levadas a cabo por presidiários acusados de terrorismo. A partir de revisão bibliográfica, analisou-se o teor das sentenças do TC espanhol, as quais, contrariando a regra geral que indica que se faz necessário o consentimento para que se aplique um procedimento médico, autorizam a alimentação forçosa de reclusos em risco de vida.

Palavras-chave: Consentimento informado. Greve. Fome.

EXCEPTION TO INFORMED CONSENT IN SPANISH PENITENTIARY LAW AND MEDICAL FORCED INTERVENTION IN HUNGER STRIKES BY PRISONERS

Abstract: The present study aims to, moreover of sketching an overview on the juridical aspect of the informed consent and its exceptions, argue the interpretation of the Spanish Constitutional Court (TC) of the exception to the foreseen consent in the Spanish Penitentiary Law, specifically in the hunger strikes cases carried out by convicts accused of terrorism. Starting from a bibliographical revision, it analyzes the Spanish TC sentences content, which, thwarting the general rule that imposes prior consent for medical procedures, they authorize mandatory feeding of prisoners in risk of death.

Key words: Informed consent. Strike. Hunger.

A UNIÃO ESTÁVEL BRASILEIRA E SUAS RAÍZES ROMANÍSTICAS

AGERSON TABOSA PINTO

Doutor em Direito. Professor de Direito Romano na FA7.

agerson@secrel.com.br

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico; 3. Evolução conceitual;
4. Raízes romanísticas; 5. Conclusões.

Resumo: O Direito Romano produziu institutos que ultrapassaram a antiguidade clássica, sobreviveram ao *Imperium*, foram incorporados, na Idade Média, ao *jus commune*, e, por fim, aculturados, na Idade Moderna, aos direitos nacionais. O presente trabalho tenta mostrar que, hodiernamente, institutos jurídicos de origem romana, que pareciam mortos e sepultados para sempre, estão renascendo, como é o caso da união estável. Quando das justas núpcias, o poder do marido sobre a esposa (*manus*), indispensável à constituição da família, poderia operar-se por qualquer uma destas modalidades: a celebração festiva (*confarreatio*), a compra e venda (*coemptio*) e a convivência ininterrupta e harmoniosa do casal (*usus*), ao longo de um ano. Segundo nos parece, a união estável brasileira veio ressuscitar o casamento por uso. Neste, como naquela, há os nubentes habilitados, desimpedidos de casar-se, ou com direito ao *jus conubii*, a vontade de constituir família, a *affectio maritalis*, seguindo-se o compromisso de honrar as obrigações recíprocas (*honor matrimonii*), ou “deveres de lealdade, respeito e assistência.”

Palavras-chave: Direito Romano. Casamento. União estável.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do século XX, no Brasil mais do que em muitos países do Ocidente, a família sofreu profundas mudanças. Da família clássica romana, muito foi o que a família brasileira perdeu. De suas características básicas, apenas a monogamia permaneceu intocável. A família nuclear de hoje, baseada na consangüinidade, distanciou-se muito da família romana extensa, quando a chefia do *paterfamilias* se estendia por dezenas

e centenas de pessoas, a ele vinculadas, ora pela *cognatio*, parentesco com base no sangue, ora pela *agnatio*, apoiada na autoridade do pai. Sua exclusividade também já não mais existe, pois cada pessoa continua, hoje, vinculada a duas famílias: à do pai e à família da mãe. Entre os romanos, a descendência era exclusivamente pela linha masculina. A mulher, por exemplo, ao constituir família, ou passava para a família do marido, sujeitando-se ao seu poder (casamento *cum manu*), ou permanecia na família do *pater*, se era ainda *alieni juris* (casamento *sine manu*). Com a modernização ou desenvolvimento, surge a diversificação dos papéis, de toda natureza, inclusive dos papéis econômicos, perdendo a família sua autonomia, como unidade produtora de bens e serviços indispensáveis à sua existência.

Neste trabalho, vamos estudar uma das maiores inovações do nosso direito de família, introduzida pela constituição de 1988 e regulamentada, por último, pelo Código Civil de 2002. Trata-se da união estável. Será ela uma instituição inteiramente nova ou terá precedentes a serem investigados? Eis a tarefa desta comunicação.

Começamos apontando os principais diplomas legais que formalizaram a união estável, passando, em seguida, a apreciar a evolução por que passou o conceito do instituto. Após apontarmos suas principais características, investigaremos sua origem romana, concluindo que, também aqui, *nihil novi sub sole*.

A união estável é um expediente simples, a competir com um mais formal, que é o casamento, destinado a constituir uma entidade, que, antes de ser jurídica, religiosa, econômica ou política, era puramente natural ou social, que é a família.

2 HISTÓRICO

No Brasil, a história da união estável, como instituição jurídica, tem apenas, 15 anos, embora como instituição social, seja multissecular. Nasceu com a constituição de 1988¹. Começou a ser regulamentada por uma lei de 1994² e outra de 1996, para, por fim, ocupar o seu espaço no Código Civil de 2002³. Examinemos, de per si, cada um desses diplomas legais.

2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A inovação trazida pela constituição de 1988 representou um grande avanço. Há quem diga que foi a maior alteração em direito de família⁴. Até 1977, só existia no Brasil, sob proteção do Estado, um tipo de família, a família legítima, constituída pelo

¹ Brasil, **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988.

² Brasil, **Lei no. 8971**, de 29.12.1994; e **Lei no. 9278**, de 10.05.1996.

³ Brasil, **Código Civil**, Lei no. 10.406, de 10.01.2002, que entrou em vigor a 12 de janeiro de 2003.

⁴ Assim pensa José de Castro Bigi, **A Família, os Adolescentes e os Índios**, in Martins, Ives Gandra da Silva et alii (coords.) **A constituição Brasileira – 1988** - Interpretada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, p. 431.

casamento civil, indissolúvel⁵. Somente em 1977 é que o divórcio veio, introduzido pela Emenda Constitucional no. 09, regulamentada por lei, ainda do mesmo ano⁶. Agora, a Constituição passou a reconhecer, também como família legítima, a união estável, mesmo sem casamento: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável, entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”⁷. Os constituintes acharam por bem definir logo o caráter heterossexual da entidade familiar gerada pela união estável. Esta tem de ser “entre homem e mulher”, como ocorre na família constituída pelo casamento⁸. Tudo o mais (requisitos, impedimentos e efeitos), eles deixaram ao legislador ordinário. A conversão de união estável em casamento, prevista no final do dispositivo, a qual devia ser facilitado por lei, a nós nos pareceu dispensável. Teria sido uma maneira de o legislador constituinte revelar sua preferência pela família com base no casamento, de tradição multissecular⁹. Doravante, caberá aos dois – marido e mulher – e somente a eles, decidir se formarão uma família por casamento ou por união estável.

2.2 LEIS REGULAMENTADORAS DA UNIÃO ESTÁVEL

2.2.1 LEI Nº 8.971, DE 29.12.1994

Esta lei, que resultou do Projeto de Lei no. 3792, do Senado Federal, proposto pelo Senador Nelson Carneiro, pretendeu regulamentar a união estável só no que diz

⁵ Brasil, **Código Civil de 1916**, arts. 315-328; **Constituição Federal** de 17.10.1969.

⁶ Brasil, **Emenda Constitucional no. 09**, de 28.06.1977, art. 175, § 1º; Lei no. 6.515, de 26.12.1977.

⁷ **Constituição de 1977**, art. 226, § 3º. “Desse texto se entende que o legislador constituinte evitou o dogma da legitimidade da família constituída pelo casamento. Afastando-se disso, ao declarar, no *caput*, a **especial proteção do Estado**, adiantou, no § 3º, que fica **reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar**, ou seja, admitiu a família gerada pelo concubinato, sem o estigma da ilegitimidade, agora ignorada. Até mesmo o agrupamento em torno de qualquer dos pais, indiferentemente ao matrimônio que tenha havido ou não, passa a ser considerado, em pé de igualdade, família (CF, art. 226, § 4º). Não se há de indagar se legítima ou ilegítima. Relembre-se que o fato do concubinato, inicialmente repreensível, e até sob certos pontos, punível, passou a ser tratado com crescente tolerância na ordem jurídica brasileira. Leis como as previdenciárias, acidentárias, trabalhistas, e a abertura jurisprudencial, ao longo do tempo, e em face da realidade social, vêm estendendo a proteção aos concubinos. Daí a inteligente **teoria da sociedade de fato**, deslocando para a órbita dos Direitos das Obrigações, a tutela de interesses econômicos concretos, antes expostos à indiferença estatal. TAVARES, José de Farias – **O Código Civil e a Nova Constituição**, Rio de Janeiro, Forense, 1990, pp. 46-47.

⁸ Assim, por enquanto, a união estável de homossexuais não constituirá entidade familiar como a reconhecida por nossa Lei Maior.

⁹ Ao constituinte brasileiro, faltou-lhe a coragem do constituinte boliviano, quando tratou, em sua Carta Magna, da união estável: “**las reuniones libres o concubinalias que sean estables y singulares, producirón efectos similares al matrimonio tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes cuanto a respecto a los hijos**”. **Constituição da Bolívia de 1961**, art. 182, *apud*, Bigi, José de Castro, op. cit.. O legislador brasileiro, comenta BIGI, “parece quase arrependido de ter colocado no texto constitucional aquilo que, para alguns, é avanço, para outros, seria uma perigosa norma... a incentivar o concubinato, em detrimento da família legítima”. *Idem, ibidem*, p. 430.

respeito ao direito a alimentos e à sucessão, sem maior importância para o nosso trabalho. Mesmo assim, por suas luzes, união estável é considerada, segundo o professor ÁLVARO VILLAÇA, “a convivência, por mais de cinco anos ou até a existência de filho comum, entre homem e mulher, não impedidos de casarem-se, ou separados judicialmente, mantendo uma única família”¹⁰.

2.2.2 LEI Nº. 9.278, DE 10.05.1996

Este diploma legal originou-se do Projeto de Lei no. 1.888, da Câmara dos Deputados, proposto pela Deputada Beth Azize, em 1991. Aprovado pela Câmara, o projeto original sofreu modificações no Senado, pelo que teve que retornar à casa de origem, somente tendo sido votado e sancionado em 1996. Essa lei já formula o conceito de união estável, quando diz: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”¹¹.

2.2.3 CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil novo teve que recepcionar a união estável, como constava da Constituição de 1988, quase repetindo, no art. 1.723, *caput*, os termos da definição da lei de 1996, já referida. Estabeleceu os impedimentos da união estável (art. 1.723, §§ 1º e 2º), apontou os deveres dos companheiros (art. 1.724), e definiu como regime de bens do casal, o da comunhão parcial (art. 1.725), que é o mesmo do regime legal do casamento, regulado pelos artigos 1.658 a 1.666. Seguindo a constituição, o Código ainda prevê a conversão da união estável em casamento, como opção aos companheiros (art. 1.726) e distingue união estável de concubinato (art. 1.727). Este é constituído de “relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar”¹².

¹⁰ Azevedo, Álvaro Villaça de, **Estatuto da Família de Fato**, São Paulo, Jurídica Brasileira, 2001, p. 359.

¹¹ **Lei no. 9.278**, art. 1º.

¹² **Código Civil**, art. 1.727. A Espanha, por exemplo, ainda se mantém na posição em que antes estivera o Brasil. “El hecho de haber sido el modelo de matrimonio romano-cristiano postclásico, es decir, el del matrimonio como contrato, el heredado en nuestra tradición jurídica, tiene su reflejo en la legislación social vigente (el título IV del libro I del Código Civil), y en la doctrina del Tribunal Constitucional que nega, tal como se manifiesta en la sentencia de 15 de noviembre de 1990, la posibilidad de que las uniones de hecho se equiparen al matrimonio”. Garcia, César Gascón, **Manual de Derecho Romano**, 2º ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 168.

3 EVOLUÇÃO CONCEITUAL

3.1 UNIÃO ESTÁVEL = ENTIDADE FAMILIAR

Cabe ao Estado, entre outros, o dever de proteção à família¹³. Mas, que família ? A família legítima, constituída conforme a lei ? Sim, mas não só. Se assim fosse, as famílias brasileiras, em sua maior parte, perderiam essa proteção, pois existem fora, ou à margem da lei. Por isso, a partir de agora, a família de fato passou também a ser merecedora dessa proteção. É que, nessa família, há também pai, mãe e filhos, de carne e osso, com inteligência e vontade, que, como criaturas humanas e cidadãos, também precisam da proteção estatal. Segundo EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, “já nos idos de 1923, proclamava, vanguardicamente, Virgílio de Sá Pereira que a família não é criada pelo homem, mas pela natureza, porque o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera, dado que, sendo um fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal. Por isso, quando um homem e uma mulher se unem sob o mesmo teto, com o fruto de seu amor, aí se instala a família. Com mais reflexões sobre o tema, indaga o autor: passou por lá o juiz, com sua lei, ou o padre com seu sacramento ? Que importa isso ? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. Conclui seu pensamento: sendo a família um fato natural, e o casamento, uma convenção social, este é muito estreito para conter aquele, produzindo-se então, o fato fora da convenção. Embora o homem queira obedecer ao legislador, vê-se impelido a não desobedecer a natureza, constituindo sua família, se possível, nos moldes legais, e, se necessário, fora deles¹⁴. Além da família legítima e da união estável ou família natural, a Constituição passou a proteger formalmente também a família monoparental, assim chamada aquela constituída “por qualquer dos pais e seus descendentes”¹⁵.

Assim, neste primeiro estágio, união estável significou, em resumo, a entidade familiar ou sociedade de fato, constituída do homem e da mulher, com certa estabilidade¹⁶.

3.2 UNIÃO ESTÁVEL = CONVIVÊNCIA DURADOURA, PÚBLICA E CONTÍNUA

As duas leis, posteriores à Constituição de 1988, e anteriores ao Código Civil, uma de 1994 e outra de 1996, ambas já referidas, tentaram modelar o conceito de

¹³ **Constituição Federal**, art. 126, *caput*,: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

¹⁴ Oliveira, Euclides Benedito de. **A Constituição Federal e as Inovações no Direito de Família**, in Coltro, Antônio Carlos Mathias (org.) . **O Direito de Família após a Constituição de 1988**, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000, p. 27-28.

¹⁵ Constituição Federal, art. 226, § 4º

¹⁶ Vide no histórico *retro*, as referências feitas.

união estável. A primeira, como vimos, nada acrescentou ao que dita a Constituição. Pelo contrário, introduziu variáveis temporais, que, consideradas inconstitucionais, logo foram desprezadas¹⁷. Já a Lei de 1996, fruto de muitos estudos e debates, de que participaram não só parlamentares, mas também professores e magistrados, é mais clara, explícita e precisa, quando diz: “É reconhecida como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição da família”¹⁸.

3.3 UNIÃO ESTÁVEL = ENTIDADE FAMILIAR CONFIGURADA NA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA

O novo Código Civil, de 2002, apenas retocou a redação constante da Lei de 1996, do que se concebe como união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”¹⁹. A redação desse dispositivo resultou de reformulação proposta pelo Relator, Deputado Ricardo Fiúza, quando o Projeto retornou à Câmara dos Deputados²⁰. Do próprio dispositivo em análise, exsurtem as características de maior realce, como a naturalidade, a heterossexualidade, a notoriedade, a continuidade e a durabilidade. Passemos agora, a examinar cada uma delas.

3.3.1 NATURALIDADE

A entidade familiar, nascida da união estável é um fato, um fato social, é uma realidade, um fenômeno da natureza social. Já tem, contudo, certa complexidade, pois compreende aspectos físicos, biológicos, psicológicos e sociais, mas não necessariamente, jurídicos. O que não impede que a este fato venha juntar-se o jurídico. *Ex factis óritur jus*. EHRLICH explicaria: Do fato – família natural – nasce o direito de família, ou a família legal ou legítima²¹.

¹⁷ Lei no. 8.971, de 29.12.1994, art. 1º

¹⁸ Lei no. 9.278, de 10.05.1996, art. 1º

¹⁹ **Código Civil**, art. 1.723, *caput*.

²⁰ Vide as referências relativas à tramitação do Projeto em Silva, Regina Beatriz Tavares da, *in* Fiúza, Ricardo (coord.), **Novo Código Civil Comentado**, Saraiva, 2002, p. 1.532.

²¹ Ehrlich, Eugen – **Fundamentos da Sociologia do Direito (Gundlegung der Sociologie des Rechts)**, Brasília, UnB, 1967, pp. 69-97.

3.3.2 HETEROSSEXUALIDADE

Os textos legais reguladores da instituição, todos eles referem-se expressamente à união entre o homem e a mulher, para excluir dessa união, aquela que possa existir, de homossexuais, ou seja, de homem com homem, ou de mulher com mulher²².

3.3.3 NOTORIEDADE

A vida em comum dos companheiros, vivendo na união estável *modo uxorio*, isto é, como marido e mulher, torna-se, facilmente, do conhecimento público, da comunidade, do grupo maior em que vivem. Embora não tenha havido celebração nem presença de testemunhos idôneos, o fato é notório e presenciado pela própria comunidade, feita dos vizinhos, dos parentes, dos companheiros de trabalho, de igreja, de clube, etc.

3.3.4 CONTINUIDADE

Para que a união seja estável é preciso o relacionamento contínuo dos companheiros. A continuidade, porém, não requer permanência nem coabitação. A Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal já admite a união estável e o concubinato, sem coabitação: “a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”²³

3.3.5 DURABILIDADE

A união estável é chamada também de união livre para realçar a liberdade dos companheiros, do homem e da mulher, de se juntarem para viver em família, como casados. Quando a convivência se inicia, como tal, a decisão já foi tomada, já começou o relacionamento familiar. Como não foi celebrado contrato solene, a convivência deve durar algum tempo para que o fato novo, a nova entidade familiar seja notada e reconhecida. A fixação, porém, de prazo para que a união estável se perfectibilize, parece, segundo alguns autores, mais prejudicial do que vantajosa, daí porque o legislador tem preferido a indefinição.

²² Na época, informa Bigi, corriam “duas ações a respeito de disputa de herança, uma no Rio de Janeiro, famosa, parece que de um membro da família Guinle, em relação a seu acervo da pinacoteca, que estava sendo disputado pelo seu companheiro. E outra, em São Paulo, com relação a dois arquitetos. Na do Rio, a disputa está se fazendo entre o companheiro e a mãe. Em São Paulo, entre os filhos do arquiteto morto e o seu companheiro de estúdio e da casa”. Bigi, José de Castro, *ibidem*, p. 431.

²³ Supremo Tribunal Federal - **Súmula 382**.

4 RAÍZES ROMANÍSTICAS

Vamos, agora, ao Direito Romano, ou, mais diretamente, à família romana, tentar descobrir nela raízes de cada uma dessas características da união estável, que acabamos de estudar.

4.1 A FAMÍLIA E O CASAMENTO ERAM *RES FACTI*

Os romanistas, em sua maioria, dizem que a família era um fato mais social do que jurídico. Entre os brasileiros, MOREIRA ALVES em seu manual, além do estudo das famílias, *proprio e communi jure*, dedica um capítulo à chamada família natural, “agrupamento constituído apenas dos cônjuges e dos seus filhos, independentemente do marido e pai ser, ou não, *paterfamilias* da mulher e dos descendentes imediatos”²⁴. Entre os estrangeiros, ARMANDO TORRENT abre o capítulo sobre família do seu livro-texto, dizendo: “**La familia romana no es una institución rigurosamente jurídica, sino fundamentalmente social...**” e usa também a expressão “**familia domestica o natural**” para designar aquela do direito justinianeu “**que tiene por finalidad el orden ético en las relaciones de los dos sexos, la procreación y la educación de los hijos**”²⁵. Prova eloquente da existência da família natural, realidade fática, com pouca roupagem jurídica, era a aquisição pelo marido da *manus* sobre a esposa, pelo expediente chamado *usus*, ou seja, a união ininterrupta do homem e da mulher, já na condição de casados. Apenas o fato da convivência, despida de normas legais, era capaz de exercer “**la contrainte exterieure**”, como dizia DURKHEIM, forçando o seu reconhecimento, dando-lhe o caráter de fato social²⁶. Os autores costumam

²⁴ Moreira Alves, José Carlos – *Direito Romano*, II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 291 e pp. 331-378. Bonfante, Pietro, *Corso di Diritto Romano, I, Diritto di Famiglia*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 253. Diz Volterra que “*in diritto romano esiste un principio juridico assolutamente inconcepibile in diritto moderno, cioè que l’unione fra un uomo e una donna liberi, fra i quali esista conubium, si presume essere matrimonio*” (D., 23,2,24: “*in liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intelligendae sunt, si non corpore quaestum facerit*). È pertanto evidente l’inesistenza di forme specifiche attraverso le quali deve manifestarsi la volontà dei coniugi”. Volterra, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, Sapienza, Editrice, 1980, pp. 649-650. Hoje, a forma específica ou jurídica de constituir família, que é o casamento, está cedendo lugar a um modo informal (se é possível dizer), que é a união estável. A escolha cabe ao casal.

²⁵ Torrent, Armando – *Manual de Derecho Privado Romano*, Saragoza, Libreria General, 1987, pp. 509 e 516. Conforme Di Pietro, “*para los romanos, el matrimonio non es una relacion jurídica, sino mas bien un factum, una situación de hecho (res facti), aunque capaz de producir consecuencias jurídicas*”. Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 311. Arangio-Ruiz, Vincenzo – *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Eugenio Jovene, 1991, p. 436.

²⁶ Durkheim, Émile – *As Regras do Método Sociológico (Les Règles de la Méthode Sociologique)*, 6ª ed., São Paulo, Nacional, 1971, pp. 01-11.

estabelecer a seguinte proporção: o *usus* está para o *manus*, assim como a *possessio* para a *proprietas*. Assim, não só pela *coemptio*, mas também pelo *usus*, chega o marido a apoderar-se da esposa, como pela *possessio* continuada, que é fato e gera a *usucapio*, se pode adquirir o direito de propriedade²⁷.

Também o casamento como ato inicial gerador da família, segundo a grande maioria dos autores, era fato e não contrato. Se contrato fosse, precisaria de forma, de cerimônia, de celebração²⁸. Como representante dessa maioria, diz MOREIRA ALVES que o matrimônio em Roma era uma situação de fato que se iniciava sem quaisquer formalidades com o simples acordo de vontades do homem e da mulher, e que perdurava apenas enquanto persistia a intenção dos cônjuges em permanecerem casados, dissolvendo-se de imediato, no momento em que um deles (ou ambos) deixasse de tê-la²⁹. Toda instituição pressupõe a existência de normas. Assim, tanto a família quanto o casamento têm suas normas. Sim, mas elas são mais sociais que jurídicas³⁰.

4.2 CASAMENTO HETEROSSEXUAL — *CONJUNCTIO MARIS ET FEMINAE*

O casamento romano só podia ser celebrado entre pessoas de sexos diferentes, entre homem e mulher. MODESTINO, ao usar a expressão *conjunctio maris et feminae*, como primeiro termo de sua definição, quis enfatizar, logo em primeiro lugar, o aspecto biológico da união³¹. A outra definição de casamento, constante das Institutas e atribuída a ULPIANO, amenizou a linguagem, substituindo *maris et feminae*, respectivamente, por *vir et mulieris*, mas mantém o realce à qualidade dos sexos³².

²⁷ Moreira Alves, José Carlos – *ibidem*, p. 324. Kaser, Max – **Derecho Romano Privado**” (**Das Remisches Privatrecht Ein Studienbuch**, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, p. 256.

²⁸ As solenidades ocorridas na *confarreatio* e na *coemptio*, referiam-se não ao matrimônio, mas a outra instituição que era a *conventio in manum mariti*. Di Pietro, Alfredo, op. cit., p. 302.

²⁹ Moreira Alves, José Carlos – op. cit., p. 337. Kaser, Max, *ibidem*, p. 257. Diz Margadant que essas uniões antigas, *justae nuptiae* e concubinato “fueron ‘vividas’, no celebradas de forma jurídica, y tenían pocas consecuencias jurídicas”. Margadant S., Guillermo F., **El Derecho Privado Romano**, 19ª ed., Naucalpan, Mexico, Editorial Esfinge, 1993, p. 207. “En Derecho clásico, el matrimonio se concluye mediante acuerdo no formal. No se exige por la ley, fórmula o acto simbólico alguno, ni colaboración de un sacerdote o magistrado, ni siquiera, la inscripción en un registro oficial...”. Schulz, Fritz – **Derecho Clásico Romano (Classical Roman Law)**, Barcelona, Bosch, 1960, p. 106.

³⁰ Observa Resina Sola que “a lo largo de la historia de la familia en Roma asistimos a momentos en que la costumbre es la reguladora de la mayor parte de la situaciones, antes de ser contempladas de forma concreta por normas o *leges específicas*”. Resina Sola, P. – “El Estudio del Derecho de Familia através de la Doctrina Romanística Espanola”, (1940-2000), in Ramon Lopez-Rosa y Felipe del Pino-Toscano (eds.) – **El Derecho de Familia y Los Derechos Reales en La Romanística Espanola**, (1940-2000), Huelva, Universidad de Huelva, 2001. Conclui Di Pietro, “esa falta de regulamentación legislativa, salvo en algunos aspectos particulares en la época de Augusto y posteriormente en el Derecho romano posclásico cristianizado, tal como se ve finalmente en la legislación justiniana, será una nota primordial del matrimonio en Roma”. Di Pietro, Alfredo, *ibidem*, p. 311.

³¹ A definição completa é: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. **Digesto**, 23,2,1, Modestino.

³² *Nuptiae, autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens*. **Institutas**, 1, 9, 1.

Como uma das principais funções da família é a procriação, tal não poderia ocorrer, se o casamento unisse pessoas do mesmo sexo³³.

4.3 *AFFECTIO MARITALIS*

Em Roma, o que dava continuidade à família legítima, constituída pelas *justae nuptiae*, era o afeto, a afeição, o amor recíproco, a traduzir e confirmar a intenção, a vontade, o consentimento que os dois manifestaram de se unirem como marido e mulher. No caso, é o afeto que alimenta a intenção, que se efetiva na decisão de convivência. Quando os autores realçam a importância da *affectio maritalis* para a manutenção da família é porque reconhecem que, sem afeto, a convivência não pode perdurar. Mas, o que é mesmo a *affectio maritalis*? É o elemento intencional subjetivo, íntimo, pessoal, do relacionamento dos cônjuges³⁴. É o olhar, são os gestos, são as palavras com que eles costumam identificar-se. É o modo particular de se relacionarem *intra muros* do ambiente doméstico, como marido e mulher. Quando IGLESIAS define concubinato como “**la unión estable de hombre y mujer sin *affectio maritalis***”³⁵, mostra que os concubinos porque não têm esse afeto, próprio dos cônjuges, não querem casar-se, nem identificar-se como casados³⁶.

4.4 *HONOR MATRIMONII*

Se a *affectio maritalis* representa, como vimos, o elemento subjetivo, que revela e atualiza a vontade dos cônjuges de se manterem unidos em família, a *honor matrimonii* significa, fugindo da tradução literal, a responsabilidade do matrimônio, ou seja, o comportamento dos cônjuges, o elemento material, objetivo, social, exterior, a ser observado, *extra muros*, pela comunidade. É a objetividade da família romana como

³³ Fala-se muito hoje em casamento de homossexuais, buscando-se também para eles, a proteção do Estado. Ao que nos parece, porém, esse expediente, onde aceito e oficializado, não devia chamar-se casamento, pois este é o *nomen juris* com que se designa o instituto, destinado, como vimos, a constituir a família.

³⁴ “**En el matrimonio clasico se distinguen dos elementos: uno material, la convivencia; outro intencional, la voluntad permanente de realizar vida convivencia y comportarse como marido y mujer, *affectio maritalis***”. Martinez, Jesus Daza, y Ennes, Luis Rodrigues, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, 2ª ed., 1995, p. 395. Arangio-Ruiz, Vincenzo, *op. cit.*, p. 437. García, César Rascón, *ibidem*, p. 167. Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p. 356.

³⁵ Iglesias, Juan – **Derecho Romano**, Barcelona, Ariel, 1953, p. 228.

³⁶ O concubinato de Roma era diferente do concubinato de hoje. Em Roma, só podia unir-se em concubinato quem tivesse os requisitos para casar-se. Assim, o concubinato de um homem casado era inadmissível. Haveria adultério ou quebra do princípio sagrado da monogamia. Hoje, segundo a lei civil brasileira, “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. **Código Civil de 2002**, art. 1.727.

fato social – sua notoriedade ou publicidade - que deve também ser observada como característica da união estável dos nossos dias. Segundo IGLESIAS, existe *honor matrimonii* entre “**los conyuges, siempre y cuando uno y outro se guarden la consideración y respecto devidos**”³⁷. Uma vez casados, marido e mulher devem satisfação à sociedade do seu novo estado civil, a alterar o seu *status* social. Na união estável, como na *conventio in manum* por *usus*, não havia necessidade de testemunhas. O próprio tempo, pela notoriedade da convivência, testemunha o surgimento da nova família. Por sua vez, os deveres estabelecidos por lei para os companheiros unidos por união estável – lealdade, respeito e assistência³⁸ – são os mesmos previstos para os que vivem em família constituída pelo casamento³⁹.

4.5 *CONSORTIUM OMNIS VITAE*

Na família romana, a durabilidade do vínculo matrimonial parecia ser a regra, embora tenha existido o *divortium*. Se a união conjugal dependia do consentimento dos cônjuges, expresso pela *affectio maritalis* e pela *honor matrimonii*, faltando o consentimento, desfazia-se o vínculo matrimonial, e, com ele, a própria família. O mesmo ocorre com a união estável no Brasil, onde, com o advento da lei do divórcio (1977), até a própria família legítima, constituída pelo casamento pode ser desfeita. A idéia da perpetuidade está expressa na locução “*consortium omnis vitae*”, da definição de MODESTINO já citada, geralmente traduzida por consórcio ou sorte em comum por toda a vida⁴⁰. A lei brasileira não estabeleceu prazo de convivência para a união estável ser reconhecida como entidade familiar. Em Roma, o prazo de um ano de convivência na *conventio in manum* por *usus*, era para a mulher, através da *manus*, sujeitar-se ao marido, e sair da *patria potestas*, mas não para perfectibilizar ou completar a celebração do matrimônio. Os dois, ao decidirem conviver como marido e mulher, já adquiriam o *status* de casados⁴¹.

³⁷ - Iglesias, Juan, *ibidem*, p. 213. Para Kaser, a mulher, com a *honor matrimonii*, recebia o reconhecimento de sua posição social. Kaser, Max. *Op. cit.*, p. 265.

³⁸ - **Código Civil Brasileiro**, art. 1724: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. O dever de lealdade corresponde ao de fidelidade, e, segundo a professora Regina Beatriz, objetiva “vedar a manutenção de relações que tenham em vista a satisfação do instinto sexual fora da união estável. Bem procedeu o legislador ao estabelecer expressamente esse dever, já que a família, em nossa sociedade é monogâmica”. Silva, Regina Beatriz Tavares da – **Novo Código Civil Comentado**, op. cit., pp. 1536-1537.

³⁹ - **Código Civil Brasileiro**, art. 1566. “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum no domicílio conjugal; III: mútua assistência; ; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.”

⁴⁰ - Com razão, observa Di Pietro: “Al decir que este *consortium o societas o conjugium*... es por toda la vida, se está significando que el proposito inicial es la duración vitalicia de la union matrimonial. Ciertamente que los romanos admitieram la idea del divorcio... no como lo pensado *ab initio*, sino mas bien como una eventualidad accidental. A lo que apuntan los romanos es a no admitir las *nuptiae* como una simple union *ad tempus*, o revocable por una imaginada cláusula resolutoria” Di Pietro, Alfredo, *ibidem*, p. 311. Talamanca parece discordar do professor argentino, ao traduzir a expressão em tela por “società di tutti (gli aspetti) della vita”, sem a conotação temporal. Talamanca, Mário – **Istituzioni di Diritto Romano**, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 131.

⁴¹ - Sobre o regime de *usus* no campo matrimonial, vide Tapia, Gelasio Cermeño, *Manus y Matrimonio*, Mérida, Venezuela, Colegio de Abogados, 1987, pp. 60-66.

5 CONCLUSÕES

- 5.1 As mudanças sociais, ao longo do século XX, ocorreram com tanta velocidade e extensão que até instituições de direito de família, direito, em geral, mais refratário às mudanças, não ficou imune.
- 5.2 No Brasil, até o começo do século, quando surgiu o 1º Código Civil (1916), somente existia, sob a proteção do Estado, a família legítima, assim considerada aquela instituída pelo casamento, com vínculo indissolúvel.
- 5.3 Retirando do seu texto a expressão – vínculo indissolúvel – definidora do casamento, a Constituição de 1969 facilitou a votação da Lei do Divórcio (1977), para cuja aprovação bastaria, doravante, a maioria simples.
- 5.4 Mas, o grande marco revolucionário do Direito de Família foi a Constituição de 1988, pela qual o Estado passou a proteger a verdadeira família brasileira, a família existente, que não é só a família legítima, mas também a família de fato, oriunda da união estável, e a família monoparental.
- 5.5 Por último, o Código Civil de 2002 fixou as regras básicas da união estável, considerada por muitos a maior inovação do direito de família nacional. Sua existência pressupõe a dualidade sexual dos companheiros, seu consentimento, a durabilidade do relacionamento, o respeito mútuo, o reconhecimento público, características todas elas, encontradas no casamento dos romanos.
- 5.6 Em matéria de matrimônio, o que foi recepcionado do Direito Romano, nas idades média e moderna, foi o matrimônio do período pós-clássico, dos imperadores cristãos, sob a influência da Igreja, de natureza jurídica contratual, solene, formal, indissolúvel, oneroso, embora a lei diga que sua celebração é gratuita.
- 5.7 O que se observou, durante o século, independentemente de valoração, foi a redução da influência da Igreja Católica, e a crescente secularização das relações de família, a ponto de, no Brasil, existirem, hoje, mais famílias de fato que famílias de direito.
- 5.8 O reconhecimento da união estável como entidade familiar representou uma volta ao matrimônio clássico de Roma, mais social do que jurídico, mais simples, sem solenidade nem registro oficial. O que não deixa de significar, para o Direito, uma evolução, pois, à proporção que ele avança, torna-se menos formal, perde em complexidade e ganha em simplicidade.

BIBLIOGRAFIA

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di Diritto Romano**, 14ª ed., Napoli: Eugenio Jovene, 1991.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Estatuto da Família de Fato**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

BIGI, José de Castro. **A Família, os Adolescentes e os Índios**, in Martins, Ives Gandra da Silva et alii (coords.), in **A Constituição Brasileira – 1988 – Interpretações**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1972.

BONFANTE, Pietro. **Corso di Diritto Romano, I, Diritto di Famiglia**. Milano: Giuffrè, 1963.

BRASIL - Código Civil de 1916.

_____ - Código Civil de 2002.

_____ - Constituição Federal de 1988.

_____ - Lei no. 8.971, de 29.12.1994.

_____ - Lei no. 9.278, de 10.05.1996.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **O Direito de Família após a Constituição de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

DAZA, Jesús. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. 2ª ed., Madrid: s/ed, 1997.

DI PIETRO, Alfredo. **Derecho Privado Romano**. Buenos Aires: Depalma, 1996.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico (Les Règles de la Méthode Sociologique)**. 6ª ed. São Paulo: Nacional, 1971.

EHRLICH, Eugen – **Fundamentos da Sociologia do Direito (Gundlegung der Sociologie des Rechts)**: Brasília: UnB, 1967.

ENNES, Luis R. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. 2ª ed. s/l: s/ed, 1997.

FIÚZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCÍA, César Gascón. **Manual de Derecho Romano**. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1996.

IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano**. Barcelona: Ariel, 1953.

KASER, Max. **Derecho Romano Privado (Das Remisches Privatrecht Ein Studienbuch)**. 2ª ed. Madrid: Reus, 1982.

MARGADANT S., Guillermo F. **El Derecho Privado Romano**. 19ª ed. Naucalpan, Mexico: Esfinge, 1993.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. “A Constituição Federal e as Inovações no Direito de Família”, in Coltro, Antônio Carlos Mathias (org.), **O Direito de Família após a Constituição de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

SCHULZ, Fritz. **Derecho Clásico Romano (Classical Roman Law)**. Barcelona: Bosch, 1960.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. in Fiúza, Ricardo (coord.), **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOLA, P. Resina. “El Estudio del Derecho de Familia através de la Doctrina Romanística Espanola”, (1940-2000), in Ramon Lopez-Rosa y Felipe del Pino-Toscano (eds.). **El Derecho de Familia y Los Derechos Reales en La Romanística Espanola**, (1940-2000). Huelva: Universidad de Huelva, 2001.

TALAMANCA, Mário. **Istituzioni di Diritto Romano**, I. Milano: Giuffrè, 1989.

TORRENT, Armando. **Manual de Derecho Privado Romano**. Saragoza: Libreria General, 1987.

TAPIA, Gelasio C. **Manus y Matrimonio**, Mérida, Venezuela: Colegio de Abogados, 1987.

TAVARES, José de Farias. **O Código Civil e a Nova Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

VOLTERRA, Eduardo. **Istituzioni di Diritto Privado Romano**. Roma: La Sapienza Editrice, 1980.

Anexo A
Código Civil Brasileiro de 2002

LIVRO IV
DO DIREITO DE FAMÍLIA

TÍTULO I
DO DIREITO PESSOAL

SUBTÍTULO I
DO CASAMENTO

CAPÍTULO I
Disposições Gerais

TÍTULO III
DA UNIÃO ESTÁVEL

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

BRAZILIAN MATRIMONIAL UNION AND ITS ROMANISTIC ORIGINS

Abstract: Roman Law produced several institutes that still exist nowadays. This article shows that, presently, matrimonial union, for instance, is one of these institutes. In matrimony, the power of the husband over his wife (*manus*), indispensable to the constitution of the family, could occur in one of these three ways: festive celebration (*confarreatio*), sales contract (*coemptio*) and the constant and harmonious companionship (*usus*), during one year. It seems to us that matrimonial union originates from matrimony by usage. In both, husband and wife are legally apt for marriage, who are not unable to get married or entitled to *jus conubii*, the will to build a family (*affectio maritalis*), followed by the commitment to honor reciprocal obligations (*honor matrimonii*), or “duties of loyalty, respect and assistance”.

Key words: Roman Law. Marriage. Matrimonial union.

PROPOSTA DE CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA DISTINÇÃO ENTRE OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO E OS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, QUANTO AO DIREITO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.
Professor de Direito Civil na FA7 e no Instituto de Educação
Superior de Brasília. Advogado da União. Assessor de Ministro
do Superior Tribunal de Justiça

otavio.lui@uol.com.br

otavio.rodrigues@mj.gov.br

Sumário: 1. Do problema e sua colocação; 2. Das manifestações vinculantes da Advocacia-Geral da União sobre os cargos de natureza especial, no que respeita ao direito administrativo disciplinar; 3. Dos cargos de natureza especial no direito positivo brasileiro. 3.1. Da evolução constitucional e legislativa. 3.2. Excursus. 3.3. Dos cargos de natureza especial na doutrina e jurisprudência brasileiras; 4. Uma proposta de taxionomia dos cargos políticos, de natureza especial e de provimento em comissão; 5. Do teste das hipóteses em face de um critério objetivo; 6. Das conclusões.

Resumo: O artigo visa a estabelecer um quadro dogmático de taxinomia dos cargos públicos de provimento transitório no direito administrativo brasileiro. As divisões entre cargos políticos, cargos de provimento em comissão e cargos de natureza especial não foram suficientemente exauridas na doutrina brasileira. Essa departição é indispensável ao fim de que se possam aplicar certos institutos de direito administrativo-disciplinar aos cargos de natureza especial, cujo regime jurídico é explicitado no estudo, a partir das fontes histórico-normativas, construções jurisprudenciais e doutrinárias.

Palavras-chave: Cargo em comissão. Cargo de natureza especial. Agente público. Agente político.

1 DO PROBLEMA E SUA COLOCAÇÃO

O regime disciplinar dos servidores públicos federais encontra sua sede material na Lei nº 8.112, 11-12-1990. É perceptível, nessa norma, a existência de sanções aplicáveis aos agentes públicos investidos em cargos de provimento efetivo e as imputáveis aos ocupantes de cargos de provimento em comissão.

No que concerne aos titulares de cargos de natureza especial, figura jurídica a latere, remanesce o notório problema de como situá-los ante o exercício da pretensão punitiva do Estado. O Parecer AGU nº GQ-35, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Sr. Presidente da República, em determinado excerto, anota que a “responsabilidade de que provém a apenação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição”. Suposta essa assertiva, tem-se o problema: abrangeria essa manifestação apenas os Ministros de Estado ou teria o alcance de imunizar juridicamente os que ocupam os cargos de natureza especial, ao exemplo de Secretário-Executivo de Ministério? Seria possível criar um *discrimen* material entre os cargos em comissão, os de natureza especial e os cargos políticos, para os fins da sindicância e do processo administrativo-disciplinar? É à solução dessa problemática que se volta o vertente estudo.

2 DAS MANIFESTAÇÕES VINCULANTES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO SOBRE OS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL, NO QUE RESPEITA AO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Importa, antes de mais, revisar o conteúdo dos pronunciamentos vinculantes da Advocacia-Geral da União sobre o tema.

De rigor, o Parecer AGU nº GQ-35, que aprovou o Parecer AGU nº WM-09/94 (DJU de 16-11-1994) e a Nota nº AGU/WM-10/2004 constituem-se nas duas emanções oficiais daquele órgão sobre os cargos de natureza especial e seu controle administrativo-disciplinar.

O Parecer AGU nº GQ-35, que aprovou o Parecer AGU nº WM-09/94 (DJU de 16-11-1994), em seu conteúdo, assinala que: (a) é possível apuração de fatos, antes da indicição do agente, quando for o caso¹; (b) “o fato de não terem sido indiciados superiores hierárquicos, envolvidos nas irregularidades, atribuídas também

¹ “EMENTA: - Mandado de Segurança. Processo administrativo. Cerceamento de defesa. - Em face da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei n. 1.711/52, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado, que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocamente dos artigos 151, II, 156 e 159. Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como

a outros servidores, não é fator impeditivo da apenação dos últimos, porquanto a participação de cada um, presumidamente, terá sido objeto de apuração que dilucida, de forma individual, as responsabilidades administrativas, tanto daqueles ainda puníveis, quanto dos que foram desvinculados dos cargos, subtraindo-se das penalidades”; (c) “a comissão efetua a apuração na fase instrutória, de forma a elucidar a responsabilidade de cada envolvido, o que dá azo à apenação, não obstante o aspecto de superior hierárquico envolvido não haver sido indiciado, porque inviável a penalidade administrativa”.²

Por sua vez, a Nota nº AGU/WM-10/2004, fruto de uma provocação destinada a solver problema relativo a ex-Ministro de Estado, simplesmente manteve as conclusões do Parecer AGU nº GQ-35, quanto à impossibilidade de apuração disciplinar em face de ocupantes de cargos políticos. Ao viso dessa nota, a inexistência de indicação expressa cominando responsabilidades aos agentes ocupantes de cargo de natureza especial, no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, inviabilizaria seu sancionamento. Daí, que, em suas conclusões, aponta-se:

“43. O titular de cargo político, cuja atuação nociva ao bem público seja objeto de apuração, em conjunto com a de outros autores, sem a condição de acusado, será cientificado da faina averiguadora e, se o quiser, poderá acompanhar a evolução do processo disciplinar, pessoalmente ou através de procurador regularmente constituído, bem assim proporcionar ao colegiado os informes que entender necessários à determinação da verdade do acontecido. Participação tal não ensejará indicição.”

‘acusado’), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, ‘caput’), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado’, citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, ‘caput’ e parágrafos 1. e 3.). Mandado de segurança deferido” (STF. Pleno. Mandado de Segurança nº 21721-9/RJ. Rel. o Sr. Min. **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**. DJU de 10-6-1994, p.77).

² O Parecer AGU nº WM-09/94, aprovado pelo Parecer AGU nº GQ-35, tem a seguinte ementa: “Apura-se a responsabilidade administrativa dos servidores em geral, incluídos os titulares unicamente de cargos de natureza especial ou em comissão. Em relação aos últimos, são imperativas a indicição e defesa, ainda que tenha ocorrido sua exoneração, pois essa desvinculação é suscetível de conversão em destituição de cargo em comissão, na conformidade da Lei n. 8.112, de 1990, salvo se os fatos ilícitos precederam sua edição. A comissão de inquérito efetiva a apuração dos fatos na fase instrutória, com independência e imparcialidade, e somente indícia se comprovadas a falta e respectiva autoria. Não constitui nulidade processual a falta de indicição de quem o tenha sido em processo anterior, instaurado em virtude dos mesmos fatos, mas sendo este inacabado pelo decurso do prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos de apuração. Não é fator impeditivo da punição de servidor comprovadamente faltoso o aspecto de seus superiores hierárquicos, também envolvidos nas mesmas irregularidades, não terem sido indiciados porque a desvinculação destes do cargo de confiança tornou inviável a infligção de penalidade. A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos”.

3 DOS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1. DA EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGISLATIVA

Fincada a posição do órgão de orientação jurídica da República, é de todo conveniente realizar uma pesquisa histórica na legislação constitucional, infraconstitucional e infralegal, que tem ou teve vigência até 2005, com vistas a acompanhar o tratamento jurídico conferido aos cargos de natureza especial.

Nas Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988 inexistem alusões nominais aos *cargos de natureza especial*.

A Constituição Imperial cuidou que Ministro e Conselheiro de Estado seriam *empregados públicos*, enquanto o *status* de Deputado ou Senador corresponderia a uma função (art.32). Na Carta de 1891, o Presidente da República, os Ministros de Estado, os juízes federais, os funcionários públicos, os oficiais da Armada possuíam cargos (arts.43; 50, parágrafo único; 57; 82; 85).

A *norma normarum* de 1934 estabelecia que o Presidente da República, os Ministros de Estado (art.62), os juízes (art.64, alínea a), os membros do Ministério Público (art.95, §3º) ocupavam *cargos*. Pela vez primeira, cuidou-se de afirmar que “os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir” (art.168). Igualmente, de forma inédita, departiram-se os cargos de entre os demissíveis ao nuto do administrador e aqueles de provimento efetivo.

O art.172, §3º, da Constituição de 1934, declarou ser “facultado o exercício cumulativo e remunerado de comissão temporária ou de confiança, decorrente do próprio cargo”, enquanto se vedava aos Deputados, desde que fossem empossados, a ocupação de “cargo público, de que seja demissível ad nutum” (art.33, §1º, 2). Já o art.169 ditava que:

“Art. 169 – Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único – Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.”

A efêmera Constituição de 1937 deixou de trazer qualquer inovação nessa matéria.

A Constituição de 1946 enunciou que:

“Art. 188 – São estáveis:

- I. depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso;
- II. depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso.

Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e demissão.”

A Constituição de 1967 deferiu ao Presidente da República a competência exclusiva para a iniciativa das leis que “criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública” (art.60, inciso II). Seu art.95 distinguia entre cargos públicos de investidura por concurso e cargos em comissão, “declarados em lei, de livre nomeação e exoneração” (art.95, §2º).

Finalmente, a Constituição de 1988, mesmo em suas variegadas alterações, jamais cuidou dos cargos de natureza especial. Em sua normação persistem apenas os cargos, empregos e funções públicas (art.37, incisos I e II), podendo haver cargos de provimento efetivo e empregos públicos, cujo acesso depende de aprovação prévia em certame de provas ou de provas títulos. Existem, também, os cargos em comissão, de nomeação e exoneração livres, nos termos da lei. A expressão cargo é associada ao locus ocupado pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Prefeitos, Vereadores e magistrados.

Como visto, historicamente, não há como se extrair dos textos constitucionais um gradiente hermenêutico adequado para se analisar a estrutura e a função dos chamados cargos de natureza especial.

A tal respeito, é digno de nota que uma das mais antigas fontes normativas a prestigiar aquela nomenclatura foi o Decreto nº 84.669, de 29-4-1980 – DOU 30-4-1980, que regulamenta o instituto da progressão funcional a que se referem a Lei nº 5.645, de 10-12-1970, e o Decreto-Lei nº 1.445, de 13-2-1976. O inciso I de seu art.18 arrola explicitamente esses cargos.

A Lei nº 10.683, de 28-5-2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República, alterada pela Lei nº 11.204, de 5-12-2005, criou os cargos de natureza especial de Secretário Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (atualmente extinto), de Secretário Especial de Aquicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (art.38, caput). A esses cargos, atribuíram-se “prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado” (art.38, §1º).

A Medida Provisória nº 259, de 21-7-2005, que se converteu, com alterações, na mencionada Lei nº 11.204, de 5-12-2005, extinguiu o cargo de natureza especial de Secretário Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (art.4º, inciso II). Ao mesmo passo, criou o cargo de natureza especial de Subsecretário de Direitos Humanos da Secretaria-Geral da Presidência da República (art.5º). Ora, em face da conversão dessa norma provisória, como estampado no parágrafo anterior, os

assuntos relativos aos Direitos Humanos volveram a ser regidos por um titular de cargo especial com status de ministro.

3.2. *EXCURSUS*

A esta altura, cabe fazer um excursus.

O problema examinado, a submissão de titulares de cargo de natureza especial a processos administrativos disciplinares, até agora, aparenta não ter extraído respostas conclusivas da investigação normativa já realizada.

A solução do problema deveria atender a duas provocações hauridas dos pareceres e notas já sinalados: (á) a função nominal do cargo, se em desacordo com a função material, deveria ser desprezada, buscando-se a substância em detrimento da forma; (â) o cargo de natureza especial é uma espécie do gênero cargo em comissão, devendo submeter-se ao mesmo regime punitivo previsto em lei, o que dispensa a existência de norma específica para esses cargos.

Se verdadeiros esses postulados, desaparecido está o *discrímen* e a *ratio* da insubordinação dos titulares de cargo especial aos ritmos voltados à sanção administrativa típica.

Ao menos um desses postulados, contudo, encontra solução a partir do que já exposto.

Se, como visto, não há uma regra jurídica definidora do que seja cargo de natureza especial, nota-se que o critério da aferição material é imprestável (postulado á).

Não é recente a disputa entre a primazia da forma ou da substância no Direito. Revelha discussão filosófica, que já assaltava os gregos, especialmente vertida na obra de ARISTÓTELES, a polémica ganhou direito de cidade em Roma, na época clássica tardia, tendo-se formado inclusive duas respeitáveis escolas jurídicas, a dos Sabinianos e a dos Proculianos. De tempos em tempos, as concepções formalistas e substancialistas ganham ou perdem ascendência sobre as idéias sociais, morais e jurídicas. Se o século XIX foi um período de evidência formal nas artes, na estética, na literatura e na moda, a última centúria timbrou-se por uma busca pela substância das coisas, o que, igualmente, se traduziu em todas as mencionadas esferas.³

Esse cansativo intervalo tem razão de ser: inibe considerações preconceituosas de per si quanto à preponderância da forma ou da substância. Discutir somente com base nessa dicotomia é infrutífero. E, juridicamente, não se mostra adequado como condicionante lógica. De tal mercê, se as funções do ocupante de cargo de natureza especial eram substancialmente as mesmas, quando ocupava um cargo DAS e, depois, quando este foi transformado em um cargo NES, que se dizer das funções de Secretário

³ BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência**: a história da cultura ocidental, de 1500 aos nossos dias. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p.438.

de Direitos Humanos? Como visto, em um curto intervalo, passou-se de cargo de nível especial com status de Ministro para cargo subordinado à Secretaria-Geral da Presidência, com o subsequente retorno ao nível primevo. Bem se vê que esse não é um argumento a ser mantido, por mais engenhosa e sagaz que seja sua concepção.

Mais ainda. Levando-se a extremos, ter-se-ia de imaginar um mecanismo de aferição de carga de especialidade dos locii na Administração. Tal proceder lembra as cargas de eficácia, técnica imaginada por FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA para classificar as ações. Não. A pesquisa tópica conduziria ao desprestígio das normas instituidoras dos cargos de natureza especial, que, até mesmo pela omissão legislativa, se não acham enquadrados em parâmetros diversos de importância.

Apenas ao gosto de argumentar, proponha-se, então, que amanhã sejam transformados todos os cargos comissionados (DAS) em cargos de natureza especial (NES). Como ficaria o problema? A vista do que se pesquisou, são poucos os cargos de natureza especial. Os Secretários-Executivos, o Procurador-Geral da União, o Consultor-Geral da União, o Defensor Público Geral da União e outros raros casos revelam sua ocorrência no quadro administrativo brasileiro. Seu caráter de exceção torna ainda mais adequada sua qualificação nominal. Em ocorrendo essa apoteótica explosão de cargos especiais, desequilibrando a nota de especialidade, só haveria de ser recitada a lenda de Potsdam, e dizer, com a simplicidade do camponês em resposta ao esbulhador, que por acaso era Rei da Prússia e Eleitor de Brandemburgo: “Ainda há juízes em Berlim, majestade”.

Crê-se resolvido o primeiro postulado. Tem-se, ainda, de solucionar a segunda quaestio, igualmente tormentosa, relativa à posição taxionômica e essencial dos cargos especiais.

3.3. DOS CARGOS DE NATUREZA ESPECIAL NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

O postulado toma como evidentes as seguintes hipóteses de raciocínio: (a) os cargos de natureza especial são espécies dos cargos em comissão, uma vez que, sendo de livre nomeação e exoneração, destinam-se ao preenchimento, de forma transitória e precária, por pessoas que gozem da confiança dos superiores hierárquicos, no caso, do Presidente da República; (b) as características da livre nomeação e exoneração, fundada na confiança, vasocomunicam-se entre cargos de natureza especial e cargos comissionados.

Frustrada a solução hermenêutica pelo cânone da exegética, impõe-se o recurso à doutrina e à jurisprudência.

A divisão dogmática das posições ocupadas pelos agentes na Administração Pública é objeto de grande polêmica, não sendo este o cenáculo apropriado à sua decantação, muito menos esse é o fim do presente estudo.

Todavia, é indispensável esgotar essa vereda.

HEL Y LOPES MEIRELLES deparou os agentes do Estado em políticos e administrativos. Os agentes políticos seriam “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”. Esses agentes agem com liberdade funcional, descometendo-se de suas atribuições com direitos e responsabilidades próprios, firmados na Constituição e em leis especiais: “Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade que lhe são privativos”.⁴

Segundo HEL Y LOPES MEIRELLES as funções exercidas pelos agentes políticos têm natureza governativa, judicial e quase-judicial, ao estilo de: (a) feitura de normas legais; (b) direção dos negócios públicos; (c) deliberação independente sobre opções administrativas em sua esfera de atribuições. Define-os como “autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição”. Daí que, “em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder”.⁵

O critério discriminador entre os agentes políticos e os demais sergeants estaria em que:

“A situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados”.⁶

⁴ In. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo *et alii*. 23 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1998. p.74-79.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p.75.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p.77.

Segundo esse autor, é possível proceder a um inventário nominal dos agentes políticos: Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros; os representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público”.⁷

Em seguida, HELY LOPES MEIRELLES dedica-se a explicitar o sentido do que sejam os agentes administrativos, que, para o autor, se acham despossuídos do múnus de representação dos altos interesses políticos do Estado.⁸ Todavia, nenhuma referência direta faz aos chamados cargos de natureza especial.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO toma como pedra angular de sua classificação o conceito de agente público, compreensivo de todo e qualquer sujeito que se preste a atuar como instrumento de expressão volitiva do Poder Público, permanente ou episodicamente. Nesse universo estariam compreendidos desde o Presidente da República até os gestores de negócios públicos.⁹

No ápice da Administração Pública, estariam os agentes políticos, espécie do gênero agente público, definidos como “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.75.

⁸ “Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhe são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí por que tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício.

Esses agentes administrativos ficam em tudo e por tudo sujeitos ao regime da entidade a que servem e às normas específicas do órgão em que trabalham, e, para efeitos criminais, são considerados funcionários públicos, nos expressos termos do art. 327 do CP.

A categoria dos agentes administrativos - espécie do gênero agente público - constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República de 1988: a) servidores públicos concursados (art. 37, II); b) servidores públicos exercentes de cargos em comissão ou função de confiança, sem concurso, (...); c) servidores temporários, contratados ‘por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público’ (art. 37, IX)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p.78.)

⁹ In. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.227.

Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado.” Ainda em suas palavras são “agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores”. Isto porque o “vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.” A legitimidade desses agentes não está em sua qualificação profissional ou técnica, mas, na “qualidade de cidadãos, membros da civitas e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade”.¹⁰

O autor citado não se pronunciou sobre os cargos de natureza especial. Definiu os cargos em comissão, tidos como “aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”.¹¹

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO adota posição semelhante, restringindo a idéia de agente político aos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.¹²

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO informa que os agentes políticos são “aqueles os quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público”. Em seu rol de atribuições está o esboço dos “destinos fundamentais do Estado” e a criação de “estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja seus fins”. Transcrevendo-o diretamente, tem-se:

“Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito à prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores)”.¹³

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p.229.:

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p.280.

¹² In. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.423.

¹³ In. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1997. p.353-355.

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO escolheu a expressão agente público para qualificar genericamente “todos aqueles investidos em funções públicas, quer permanente, quer temporariamente”.¹⁴ Ao estudar os cargos em comissão, a autora aponta, de modo surpreendente, diga-se, que o Ministro de Estado é titular de um cargo em comissão do Quadro Geral de Cargos, desse modo “os cargos de maior graduação são, normalmente, cargos em comissão, não somente funções”. Sendo que, a tais agentes, aplicar-se-iam as sanções típicas do Regime Jurídico Único (dentre estas, a destituição e a demissão): “Portanto, os ocupantes de tais cargos, na verdade, são passíveis da aplicação de penas desse tipo, e não de pura e simples exoneração”.¹⁵

JOSÉ AFONSO DA SILVA, conquanto não aluda aos cargos especiais, anota que os Ministros de Estado ostentam cargo de “provimento em comissão, e, conseqüentemente, de livre nomeação e exoneração pelo presidente da República”.¹⁶

Nessa mesma linha teórica de peculiares feições, DIÓGENES GASPARINI preleciona que os Ministros, Secretários de Estado são cargos em comissão, todos notabilizados pela demissibilidade *ad nutum* e excogitação livre por seus designadores. Ao seu viso, esses cargos “são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração”.¹⁷ Para o autor, o cargo de Ministro insere-se na classe dos *locii isolados*, não integrando qualquer carreira.¹⁸

ODETE MEDAUAR procede a semelhante aproximação entre o cargo de Ministro e os cargos comissionados. Para a doutrinadora, a temporariedade é o pressuposto do cargo em comissão, a qual se vincula à idéia de confiança, exibindo o critério subjetivo que presidiu a nomeação de seu titular e sua permanência no cargo. A função ministerial ajusta-se simetricamente a esse perfil.¹⁹

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO prefere o termo servidor público para designar “todos os indivíduos que estão a serviço remunerado das pessoas jurídicas de direito público”.²⁰ Em suas palavras, os “cargos em comissão são lugares nos quadros

¹⁴ In. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p.567.

¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.* p.584.

¹⁶ In. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.496.

¹⁷ In. **Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.194.

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.* p.197.

¹⁹ “O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade; esse cargo, também denominado cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança; exemplo: o cargo de Ministro de Estado. (...) De acordo com a Constituição Federal, art.37, inc.V, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, as funções de confiança exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p.328).

²⁰ In. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.276.

da Administração Pública, aos quais se atribuem funções de direção, chefia e de assessoramento, providas por livre nomeação e desprovidos, também, por exoneração ad nutum, e a serem preenchidas por quaisquer pessoas que satisfaçam os requisitos legais” Nenhuma alusão aos cargos de natureza especial é feita pelo autor.²¹

Singular é a opinião de IVAN BARBOSA RIGOLIN, quando situa os Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais, Ministros e Conselheiros de Tribunais de Contas numa posição intermediária entre agentes políticos e servidores públicos. Para esse autor, “são categorias híbridas, ou mistas, de agentes políticos, por inteiro diferenciadas das demais”.²²

Na obra de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA é encontrada uma sintética passagem em que se destaca um excerto de grande utilidade a esta investigação. O autor dispõe os cargos públicos em três ordens: (a) cargo político, cujo provimento dá-se por eleição ou tem natureza vitalícia; (b) cargo em comissão, de provimento precário e exonerável a qualquer tempo; (c) cargo efetivo, somente ocupável mediante concurso público.²³

De entre os cargos políticos estariam o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Senadores, os Deputados e seus correlatos nas unidades federadas municipais. Em um interessante trecho, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA faz menção ao cargo de natureza especial de Secretário Executivo de Ministério:

“O Poder Executivo é auxiliado pelos Ministros (art. 76), que integram o corpo de auxiliares do Presidente da República e, embora não eleitos, seus ocupantes são nomeados, livremente, pelo Presidente da República, para agirem em seu nome e do Governo. Daí exercerem funções políticas. *Há alguns integrantes do governo que são equiparados aos Ministros, como os Secretários Executivos.*”²⁴

Outrossim, em repertórios enciclopédicos jurídicos, é possível encontrar a descrição do *cargo de governo*, assim entendido aquele nomeado pelo Presidente da República, diretamente relacionado com a função governamental.²⁵

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p.286.

²² In. **O servidor público nas Reformas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.15.

²³ In. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.15-16.

²⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.* p.16.

²⁵ LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.13. p.202; NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002; SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.207.

Quanto à uma referência explícita aos cargos de natureza especial, ousa-se dizer que a quase totalidade da boa doutrina brasileira não lhe dedicou um único parágrafo. Ao exemplo de todas as precedentemente citadas, os demais estudos, manuais e monografias não mencionam esses cargos, e, por óbvio, silenciam quanto à sua peculiar natureza.²⁶

Infrutífera também a investigação em periódicos especializados, a partir da década de 1980, quando exsurge essa categoria no direito brasileiro.²⁷

As construções pretorianas revelam semelhantes líveis de incerteza taxionômica.

As definições encontradas nos arestos permitem formular estes grupos de casos sobre a estrutura de cargos na Administração Pública Federal:

(i) Os cargos em comissão e os cargos de natureza especial ocupam posições específicas distintas, não se prefigurando um liame de gênero a espécie, mas, de gênero e gênero.

Nesse sentido, citam-se: a) a Apelação em Mandado de Segurança nº 9.601.514.821-DF, apreciada em Primeira Turma Suplementar do Tribunal Federal da Primeira Região, com ementa no DJU de 17-3-2005, p.40, forte em voto do rel. o Sr. Juiz JOÃO CARLOS COSTA MAYER SOARES²⁸; b) a Remessa Necessária nº 9.302.170.926/

²⁶ Nesse rol alistam-se as obras de ALEXANDRE DE MORAES (*Constituição do Brasil interpretada* e legislação constitucional. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.851), LUÍS ROBERTO BARROSO (*Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.144), CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3., t.3. p.66), UADI LAMMÊGO BULOS (*Constituição Federal anotada*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.643), ANDRÉ RAMOS TAVARES (*Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.943), LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO e VIDAL SERRANO NUNES JUNIOR (*Curso de direito constitucional*. 7 ed. revis. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p.302) CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.442), EDIMUR FERREIRA DE FARIA (*Curso de direito administrativo positivo*. 4 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.140), EGBERTO MAIA LUZ (*Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: José Bushatsky, 1977. *passim*), J. M. OTHON SIDOU (*Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997) e JOSÉ ARMANDO DA COSTA (*Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. *passim*).

²⁷ Por todos, citam-se: CARVALHO NETO, José Francisco de. Estatuto jurídico do ocupante de cargo em comissão. In. *Jurídica* : administração municipal, v.9, n.6, p.1-2, jun. 2004; PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Funções de confiança e cargos em comissão. In *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v.7, n.1, p.93-96, abr./jun. 2000).

²⁸ “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS. MP 1.160/95. PORTARIA MARE 3.596/95. PUBLICAÇÃO DA ESTRUTURA DE REMUNERAÇÃO DOS CARGOS EM COMISSÃO - DAS -, NÍVEIS 6, 5 E 4 E DE NATUREZA ESPECIAL. REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. NÃO-OCORRÊNCIA. DECOMPOSIÇÃO DA ESTRUTURA EM VENCIMENTO, REPRESENTAÇÃO MENSAL E GADF.

1. A Portaria MARE/3.596, de 27 de outubro de 1995, em cumprimento à determinação contida na MP 1.160/95 (reeditada sob o número 1.195/95) – que afastou o critério de reajustamento dos quintos previsto na MP 831/95 -, apenas publicou a composição da estrutura de remuneração dos cargos em comissão do grupo Direção e Assessoramento Superior - DAS, níveis 6, 5 e 4, e dos cargos de natureza especial, que serviram de base para a incorporação dos quintos, decompondo-a em vencimento, representação mensal e gratificação de atividade pelo desempenho de função - GADF. (Cf. TRF1, AC 2000.33.00.009742-1/BA, Primeira Turma, Juiz convocado Itelmar Raydan Evangelista, DJ 27/09/2004.)

2. Apelação não provida.”

RJ, julgada pelo Tribunal Federal da Segunda Região, em Terceira Turma, voto condutor do Sr. Juiz CELSO PASSOS ao estilo do DJU de 7-12-1995, p.85.262.²⁹ “Administrativo – Servidor público – Retificação do ato de aposentadoria. – Procedentes as razões apresentadas pelo autor, que provou o efetivo exercício em cargos em comissão e funções de confiança por mais de 20 anos, interpolados, além do cargo de natureza especial de diretor-presidente da companhia por mais de 06 anos consecutivos, resultando na incorporação de 5/5 das – 101.6.

– Sentença reconhece que o autor faz jus, além das vantagens concedidas, à representação mensal correspondente, na forma da Lei 6732/79, DL 1445/78 e art.180, II, §2º da Lei 1711/52.

– Prova nos autos demonstra que o art.180, da Lei 1711/52, teve seus requisitos satisfeitos pelo autor.

O Supremo Tribunal Federal, *en passant*, expressou essa relação distinta ao consignar que “na MP 296/91, à primeira vista, os arts. 2º a 6º cuidam de autênticas reavaliações dos vencimentos reais de carreiras ou cargos diferenciados, que não se podem afirmar de logo desarrazoadas ou discriminatórias: exemplos significativos (diplomatas, grupos DAS, cargos de natureza especial)”³⁰

(ii) O cargo de Ministro de Tribunal Superior tem natureza cargo de natureza especial.

O mesmo Tribunal Federal da Primeira Região, em Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 199.901.000.325.009-DF, apreciada em Primeira Secção, conforme DJU de 7-2-2000, p.80, rel. o Sr. Juiz JIRAIR ARAM MEGUERIAN, assim decidiu: “Porque o acesso ao cargo, de ‘natureza especial’, de Ministro de Tribunal Superior se faz pela forma de provimento originária de nomeação, em regime jurídico próprio e específico, inclusive remuneratório, ‘rompe-se com os laços do passado,

²⁹ “Administrativo – Servidor público – Retificação do ato de aposentadoria. - Procedentes as razões apresentadas pelo autor, que provou o efetivo exercício em cargos em comissão e funções de confiança por mais de 20 anos, interpolados, além do cargo de natureza especial de diretor-presidente da companhia por mais de 06 anos consecutivos, resultando na incorporação de 5/5 das - 101.6.

– Sentença reconhece que o autor faz jus, além das vantagens concedidas, à representação mensal correspondente, na forma da Lei 6732/79, DL 1445/78 e art.180, II, §2º da Lei 1711/52.

– Prova nos autos demonstra que o art.180, da Lei 1711/52, teve seus requisitos satisfeitos pelo autor.

– Sentença confirmada e remessa oficial a que se nega provimento.

– Decisão unânime.”

³⁰ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525/DF, Tribunal Pleno, Rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 2-4-2004, p.8.

submetendo-se, o novo juiz, única e exclusivamente às disposições da Lei Complementar n. 35/79' (STJ: RMS 8.408-RS, DJU 16 FEV 98)."

(iii) Os cargos de natureza especial podem abranger hipóteses diversas do cargo de Ministro

O Pretório Excelso, em diversas ocasiões, considerou os cargos de Auditor, Procurador da Fazenda e membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas como ostensivo da *natureza especial* (RTJ 115/18; 115/47; 67/324).

(iv) A titularização de cargo de natureza especial não dota seu ocupante da mesma dignidade jurídica de Ministro de Estado

O Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos (Questão de Ordem no Inquérito nº 2044, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 17-12-2004, DJU de 8-4-2005, p. 7³¹; Agravo Regimental na Reclamação nº 2356/SC, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 10-6-2005, p. 5)³², apreciou a natureza jurídica dos cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, aos quais a lei conferiu prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios. Para essas espécies, denegou-se-lhes o foro privilegiado, típica garantia dos ministros propriamente ditos.

(v) Os cargos de natureza especial são espécies do gênero comissão de provimento em comissão

Recolhem-se os arestos citados na excelente Nota Interna nº 166/2005/EAT/DDPU/PGU/AGU, todos do Tribunal Federal da Primeira Região, relativos a ocupação de imóveis funcionais. Em um dos acórdãos está colocado que a parte foi nomeada "para outro cargo em comissão", o qual seria um "outro cargo de natureza especial na Agência Nacional de Vigilância Sanitária". Em outro prejudgado, está dito que "o ocupante do cargo em comissão, de natureza especial, denominado Procurador-Geral da Justiça do Trabalho".

4 UMA PROPOSTA DE TAXIONOMIA DOS CARGOS POLÍTICOS, DE NATUREZA ESPECIAL E DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

É severa a assimetria taxionômica observada na dogmática e na jurisprudência. Ante essa constatação, incumbe tentar estabelecer alguma ordem nesses

³¹ "EMENTA: STF - competência penal originária: Ministros de Estado. Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República. Precedentes" (RT 837/503).

³² "EMENTA: Reclamação: improcedência. Para efeito de definição da competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, não se consideram Ministros de Estado os titulares de cargos de natureza especial da estrutura orgânica da Presidência da República, malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República. Precedente (Inq-QO 2044, Pleno, Pertence, 17.12.2004)" (RTJ 194-01/147).

conceitos, a partir de um mínimo de uniformidade conceitual nesse emaranhado de contradições. Valendo-se do método das aproximações específicas, oriundo da velha lógica-formal do Estagirita, é lícito estabelecer um elemento comum aos cargos políticos, de natureza especial e de provimento em comissão: todos são de livre nomeação e exoneração pela autoridade. O único critério é o nuto, inescapável dos controles da causa-motivo.

Coadjuva sobremaneira essa constatação. Primeiramente, porque estabelece um ponto de aproximação entre as espécies. Em segundo lugar, por vulnerar um dos fundamentos do que se convencionou denominar de postulado *â*: os cargos de natureza especial são espécies do gênero cargo em comissão, pois também sujeitos ao libitum da autoridade quanto ao provimento e à exoneração. Se os cargos políticos também o são, é falho o argumento de que se estaria diante de uma relação *genus ad spes*. Em sendo verdadeira a tese, como se colocariam os cargos políticos em face dos cargos comissionados? A se entender que os últimos ocupam o locus reservado ao gênero, como defendem alguns autores³³, o problema encontraria solução radical: todos os cargos timbrados pelo elemento *fidúcia* como causa eficiente da nomeação sujeitar-se-iam ao procedimento disciplinar. Inclusive, os ministros de Estado.

Admitida como verdadeira a premissa de que a *fidúcia* e o *libitum* são notas características definidoras da essência dos três cargos, todos restariam colocados numa relação *spes ad spes*. Passa-se, pelo método das aproximações, ao que os diferencia.

Os chamados cargos políticos, atualmente em franco declínio teórico, pois é nítida a evolução no sentido de retirá-los da torre de marfim a que lhes destinou a dogmática clássica, têm sua natureza assentada no exercício de funções de império: “Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988”³⁴. São os “formadores da vontade superior do Estado”³⁵. Correspondem aos Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores.³⁶

É bem razoável admitir que a especificidade do exercício das funções dirigentes do Estado exima esses agentes políticos do controle disciplinar comum dos servidores. Entretanto, vejam-se dois outros casos: o Secretário-Executivo de Ministério, ocupante de cargo de natureza especial, e o titular de Secretaria Especial, também ocupante de mesmo cargo, mas, com status de Ministro.

É inegável que o Secretário-Executivo, denominado em alguns países de Vice-Ministro, conquanto ocupe cargo de natureza especial, acumula funções tipicamente administrativas (é o responsável pela gestão interna da Pasta, de modo especial ante

³³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Op. cit.* p.567; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.* p.328.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p.75.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p.229.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p.423.

os órgãos de controle interno e externo, pois é o ordenador de despesas delegante) e políticas, seja na representação externa do Ministério, na divisão de atribuições desse jaez com o titular do plexo e em suas ausências, quando responde interinamente pelo expediente ordinário ministerial. Esse sujeito, com tão híbridas quanto importantes funções, titulariza cargo de natureza especial, mas, na ortodoxia dogmática não é um agente político. Coube a REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA o mérito de ter sido o único doutrinador a atinar para essa natureza ambígua dos Secretários-Executivos, dando-lhes o mesmo tratamento dos demais agentes políticos, por equiparação (“Há alguns integrantes do governo que são equiparados aos Ministros, como os Secretários Executivos”).³⁷

A questão assume contornos ainda mais delicados quando se vislumbram os Secretários Especiais. Nomeadamente titulares de cargos de natureza especial (Lei nº 10.683/2003, art.38, caput), mas, dotados das mesmas “prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado” (art.38, §1º). O Supremo Tribunal Federal, a despeito dessa equiparação, não lhes concedeu foro privilegiado em matéria penal, “malgrado lhes confira a lei prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos dos titulares dos Ministérios: é o caso do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República. Precedente”.³⁸

O mesmo vale para o cargo de natureza especial de Presidente do Banco Central do Brasil, uma autarquia, não se esqueça, assemelhado, por lei, a Ministro de Estado.³⁹ De tal mercê, seria lógico deduzir a seguinte ordem classificatória: (a) Ministros de Estado; (b) Secretários Especiais ou Presidentes de autarquia, com status de Ministro de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial; (c) Secretários-Executivos, ocupantes de cargos de natureza especial; (d) Demais ocupantes de cargos de natureza especial; (e) Ocupantes de cargos de provimento em comissão.

Agora, tem-se de atravessar o Rubicão. Os integrantes das alíneas a, b e c têm em comum uma elevada carga de império e politicidade em suas funções— para se parodiar FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. Diz-se uma paródia, porque não existe um detector de carga de eficácia ou de carga de intensidade política, capaz de testar, com precisão científica, essa preponderância de atuações de gestão ou de imperium. Está-se diante do dilema: (a) ou todos os cargos de natureza especial são isentos da atuação disciplinar; (b) ou se estabelece uma linha divisória entre esses, cuidando haver alguns mais especiais que os outros.

³⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Op. cit.* p.16.

³⁸ Inq-QO nº 2044. Pleno. Rel. o Sr. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. j. 17.12.2004.

³⁹ “O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado. Parágrafo único. A competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública” (art.2º, Lei nº 11.036, de 22-12-2004).

Ora, como a lei não distinguiu entre os cargos de natureza especial, a rigor, a punição disciplinar de seus ocupantes, em tese, atingiria Ministros e Secretários-Executivos. Estes últimos somente seriam excluídos mediante o emprego da técnica do aferidor de cargas, reservando-se-lhes, em prejuízo da expressão legal uniforme que os qualifica, tratamento dispar por ocuparem-se de atividades com maior preponderância de imperium que de gestão.

Tido por válido esse critério, restaria aceitar que uns poucos cargos de natureza especial fossem submetidos à perquirição disciplinar. Assim, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, o Procurador-Geral da União, Consultor-Geral da União, o Secretário-Geral de Contencioso e o Secretário-Geral de Consultoria e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional (Lei Complementar nº 73 de 10-2-1993, art.49, incisos I e III); o Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil e o Chefe do Gabinete Pessoal do Presidente da República (Lei nº 10.683/2003, art.39, inciso II), por não atenderem ao requisito da atuação de império, seriam os únicos atingidos por essa exceção.⁴⁰

5 DO TESTE DAS HIPÓTESES EM FACE DE UM CRITÉRIO OBJETIVO

Para se concluir, restaria um último exercício lógico.

Demonstrada a falácia do postulado â (“os cargos de natureza especial são espécies do gênero cargo em comissão pois também sujeitos ao libitum da autoridade quanto ao provimento e à exoneração”), o único problema não solvido está acima posto: departir ou não os cargos de natureza especial.

Um bom teste é confrontar essas hipóteses com um gradiente objetivo. De entre todos, por conter princípios suportados em conceitos jurídicos indeterminados suficientemente decantados na dogmática e na jurisprudência, o mais útil é o caput do art.37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Como já ressaltado, os princípios do art.37 são amplamente conhecidos, definidos e exauridos por remansosa dogmática. Desnecessário tecer quaisquer

⁴⁰ Esse estado de coisas lembra bem a famosa classificação encontrada em *uma certa enciclopédia chinesa*, que JORGE LUÍS BORGES descreveu e MICHEL FOUCAULT divulgou em seu livro “As palavras e as coisas” (FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses**: une archéologie des sciences humaines. Paris, Gallimard, 1966). Segundo essa enciclopédia, intitulada “*Império Celestial do Conhecimento Benevolente*”, todos os animais poderiam ser desse modo classificados: “(a) pertencentes aos imperado; (b) embalsamados; (c) domesticados; (d) leitõesinhos; (e) sereias; (f) fantásticos; (g) cães vadios; (h) incluídos na presente classificação; (i) que tremem como idiotas; (j) inumeráveis; (k) limpos com delicada escova de pêlos de camelo; (l) *et coetera*; (m) que acabaram de quebrar um jarro d’água; (n) que, vistos à distância, parecem moscas”.

aclarações ou enunciar conceitos sobre os mesmos. São tomados aqui como verdades axiomáticas. Elimine-se a questão da eficiência e da publicidade, pois incompatíveis com este procedimento de investigação.

Confronte-se, inicialmente, o princípio da legalidade ao caso concreto: (a) inexistência prévia cominação da pena de destituição do cargo de natureza especial, a lei cuida tão-somente dos cargos comissionados (art. 135 e 137, do Regime Jurídico Único); (b) a conversão de exoneração em demissão tem seu comando normativo especificado para os cargos em comissão (art. 135, parágrafo único, do Regime Jurídico Único); (c) a lei não estabeleceu tratamento administrativo-disciplinar específico para os cargos de natureza especial.

Mesmo se considerando os lindes próprios do Direito Administrativo Disciplinar, independente e autônomo em face do Direito Penal, não se pode esquecer que se estaria interpretando extensivamente uma norma restritiva de direitos.

Quanto à impessoalidade, o estabelecimento de *discrímens* não previstos em lei, para o fim de separar ocupantes de cargos de natureza especial pelo conteúdo de suas funções, é precisamente uma violação desse primado.

No que respeita à moralidade, dois aspectos devem ser observados. O primeiro, diz com a tutela plena da coisa pública e o sancionamento dos fatores de ilícitos em sede administrativa. Para os ocupantes de cargo de natureza especial, a incidência da pena de destituição, fim último do processo disciplinar para os cargos em comissão, seria a menor das sanções. O agente envolvido nesses desvios de conduta é alcançável na esfera criminal e civil, bem ainda nos procedimentos judiciais de feição atípica – ação civil pública ou ação de improbidade administrativa. Todos os graus de severidade persecutória remanesceriam intangíveis. Diga-se que até mesmo os agentes políticos estão ao alcance desses mecanismos de defesa do Estado. E, na hipótese de o Supremo Tribunal Federal considerar estes últimos – Governadores, Prefeitos etc – insusceptíveis de figurarem como réus nas ações de improbidade, em nada se perderia quanto ao sustentado nestas linhas. De fato. A exclusão daquel'outros não aproveita os ocupantes de cargo de natureza especial, da mesma forma que se não deferiu foro privilegiado aos Secretários Especiais com prerrogativas de ministro.⁴¹

Nessa situação, o ato destitutivo, em sendo tido como válido para os titulares de cargos especiais, não traria qualquer vantagem ao interesse público, além de permitir a ampla discussão judicial de sua validade, à míngua de substrato sensível no plano da legalidade. Em casos tais, a destituição apresenta-se como aquelas avoengas penas

⁴¹ Questão de Ordem no Inquérito no 2044, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. Sepúlveda Pertence, j. 17-12-2004, DJU de 8-4-2005, p.7; Agravo Regimental na Reclamação no 2356/SC, Tribunal Pleno, rel. o Sr. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 10-6-2005, p.5.

aplicadas aos crimes de lesa-majestade. Se os réus não tinham sido alcançados em vida pela Justiça del Rey, eram, depois de mortos, desenterrados e julgados perante as mesas da Consciência ou a Casa da Suplicação. Aplicavam-se os açoites ao cadáver e era ele obrigado a ouvir a condenação póstuma.

ERNST KANTOROWICZ relata como foi construída a teoria constitucional inglesa quanto à dualidade do monarca-homem e o monarca-Estado.⁴² O autor usa de uma metáfora persuasiva: durante muitas décadas, grandes vultos da Coroa e da Igreja escolhiam ser sepultados em tumbas dúplices. Em cima, o morto retratado em seus trajes magnos. Abaixo, o mesmo corpo, em fase de decomposição. Encontrável em várias igrejas na Europa, esses sepulcros simbolizam com perturbadora intensidade o caráter transitório do exercício de funções públicas. No fim, resta apenas o homem. As dignidades são passageiras. Sic gloria transit mundi.

6 DAS CONCLUSÕES

Em conclusão, pode-se afirmar que: a) os cargos de natureza especial não são espécies dos cargos em comissão; b) os cargos de natureza especial acham-se insusceptíveis de padecerem as penalidades legais atualmente aplicáveis aos cargos em comissão; c) a essência dos cargos de natureza especial aproxima-se da natureza dos cargos políticos, quanto ao exercício de atividades relacionadas ao imperium e às funções de direção superior do Estado; d) os cargos de natureza especial sujeitam-se a outras modalidades constitucionais e legais de punição por ilícitos.

Na hipótese de haver a transformação do cargo comissionado em cargo de natureza especial, mantendo-se o mesmo ocupante, este último poderá responder pelos atos praticados durante o exercício dos misteres anteriores.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. revis. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARZUN, Jacques. **Da alvorada à decadência**: a história da cultura ocidental, de 1500 aos nossos dias. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3., t.3.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CARVALHO NETO, José Francisco de. Estatuto jurídico do ocupante de cargo em comissão. In. **Jurídica** : administração municipal, v.9, n.6, p.1-2, jun. 2004.

COSTA, José Armando da. **Controle judicial do ato disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines**. Paris, Gallimard, 1966.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

KANTOROWICZ, Ernst. **Os dois corpos do rei: um estudo de teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LIMONGI FRANÇA, Rubens (org.) **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v.13.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo et alii. 23 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Funções de confiança e cargos em comissão. In **Revista da Procuradoria Geral do INSS**, v.7, n.1, p.93-96, abr./jun. 2000.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público nas Reformas Constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

**PROPOSAL OF SCIENTIFIC CRITERION FOR
DISTINCTION BETWEEN COMMISSIONED OFFICES
AND SPECIAL NATURE OFFICES, ACCORDING
TO ADMINISTRATIVE-DISCIPLINARY LAW**

Abstract: This article aims to establish a taxinomic structure for provisory public offices in Brazilian administrative law. Brazilian scholars have not yet established clearly the differences among political offices, commissioned offices and special nature offices. This distinction is essential for the employment of adequate administrative-disciplinary actions in cases of special nature offices. The respective juridical regimen is presented in this study, based on historical, jurisprudential and doctrinal sources.

Key words: Commissioned offices. Special nature offices.

EL EMPLEO DEL LENGUAJE COMÚN Y GESTUAL EN LA JUSTICIA INGLESA. UN ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL UTILIZADO POR LA JUSTICIA ESPAÑOLA TRAS LA INSTAURACIÓN DEL JURADO

LUISA BLANCO RODRÍGUEZ

Catedrática da Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación.
Universidad de Vigo (Espanha)
lblanco@uvigo.es

Sumario: 1. Introducción; 2. La justicia inglesa: 2.1. La estética de los tribunales; 2.2. La ética del sistema; 2.3. El jurado en Inglaterra; 3. El jurado en España: 3.1. Evolución histórica; 3.2. El jurado tras la promulgación de la Ley de 22 de mayo de 1995; 3.2.1. Virtudes y defectos del jurado; 3.3. Necesidad de hacer inteligible el lenguaje judicial.

Resumen: Los tribunales ingleses están rodeados de un fuerte contenido litúrgico desde sus orígenes medievales: togas, pelucas, hermosas Salas de Audiencia, sus ritos... todo ello separa ese mundo de los otros que conocemos del Continente. Con esta estética combinan sabiamente la lejanía física y simbólica y la proximidad humana en los justiciables. Esta investigación trata de demostrar como, a veces, es conveniente poner ciertas distancias, barreras porque precisamente facilitan el contacto humano, la comunicación entre todos los sujetos procesales. La diferencia con el sistema español introducido por la Ley del Jurado es abismal.

Palabras clave: Contenido litúrgico. Estética. Distancia. Contacto humano.

1 INTRODUCCIÓN

Los barones ingleses, reunidos en Merton en 1236 proclamaron una voce: *nolumus Angliae leges Mutare, quae hueusque usitatae sunt et aprobate*. En realidad este estamento nobiliario no pudo medir el verdadero alcance de su declaración. Es

posible que la animadversión contra el emperador, contra el Imperio y contra el Derecho romano, hayan jugado en ello su papel¹. Este voto de confianza en las viejas leyes de Inglaterra fue pronunciado para rechazar en la isla el sistema de legitimación de los hijos naturales tomado del derecho romano-canónico². Y no sólo en este aspecto de las leyes de familia, sino igualmente en los demás campos del derecho. Inglaterra mantuvo su posición insular, separándose así del continente por otra frontera más. Este canal de la Mancha de la ciencia jurídica hizo posible la continuidad evolutiva de la Edad Media a la Edad Moderna en el derecho inglés, que no quedó interrumpido bruscamente, como en Europa continental, por la adopción del Derecho romano, según afirma VINOGRADOFF³.

La cultura jurídica occidental aparece dividida –como es sabido– en dos grandes esferas: los países herederos del derecho romano y de las codificaciones realizadas a semejanza del *Corpus Iuris* y los países del derecho casuístico fundamental. En los primeros, el promotor del derecho es el legislador; mientras que en los segundos, el papel de protagonista corre a cargo de la magistratura; en unos se determina el derecho descendiendo del principio jurídico al caso particular; en otros se asciende, por el contrario, desde el caso particular al principio jurídico general. Los países de progenie romanística instituyen el derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la ley; las naciones de tradición anglosajona encuentran su fundamento en la vida jurídica y en la naturaleza de cada asunto⁴.

Sin embargo, no es tanta la separación entre estas dos esferas del derecho para que haya un abismo entre ellas. Aunque el canal, llamado inglés por los británicos, separa a la Isla del resto de Europa, sirve también de gran vía de comunicación. La nave del Derecho romano lo surca incesantemente y desde hace siglos impide que se cree un abismo entre estas dos grandes culturas jurídicas⁵.

Aún creyendo en la existencia de un cierto espíritu común en las dos esferas del derecho –continental europea y anglosajona– hay dos claros rasgos del sistema jurídico inglés que, al diferir de otros derechos– le confiaron su carácter distintivo. Puede afirmarse con C. K. ALLEN⁶, que las principales características diferenciales del derecho inglés son:

¹ SHERMAN, CH., “Salient features of the reception of Roman Law into the Common Law of England and América”, en *Boston University Law Review* (BULR) 183 (1928) p. 189.

² MAITLAND, *The constitutions History fo England* (ed. Cambridge 1963) p. 53, donde añade: “Both became suspiciously regarded-owing doubtless to the arrogance of the clergy –as but mere instruments to enslave the English people to popes and emperors: hence the efforts made to curtail the authoritative influence in England of the Roman Laws”.

³ VINOGRADOFF, *Outlines of Historical Jurisprudence* I (Oxford, 1920) p. 30.

⁴ ESCUDERO, J.A., “La Historiografía General del Derecho inglés”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 35 (1965) p. 217 ss.

⁵ RODRÍGUEZ-ENNES, “La recepción del Derecho romano en Inglaterra”, en *Actas del I Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Granada, 1995) p. 203 ss.

⁶ ALLEN, C. K., *Law in the Making*, 7ª ed.(Oxford, 1963) p. LXIV.

- 1 – Su continuidad histórica, a la que ya se ha hecho referencia. En realidad no hay ninguna ruptura importante en el desarrollo del sistema jurídico inglés desde la conquista normanda hasta nuestros días.
- 2 – La importancia de la centralización, pues –desde el siglo XII- los principales tribunales ingleses han tenido su sede en Londres; y los jueces que desde aquella época recorren el país para rendir justicia, eran y siguen siendo jueces del Tribunal del Rey en Londres.
- 3 – La posición de la magistratura, que tiene un grado extraordinario de prestigio y autoridad, no sólo por el número no muy elevado de jueces, sino también por la facultad del juez de crear el derecho. El clásico *judge made law* tiene una enorme transcendencia en el desarrollo de la ciencia jurídica inglesa.
- 4 – El elemento laico en el sistema jurídico inglés. A través del jurado, institución de trascendente importancia en Inglaterra, el elemento no profesional desempeña un decisivo papel en el proceso judicial, incidiendo de un modo patente en el lenguaje oral y gestual de todos y cada uno de los intervinientes en el litigio.

Quizá podría decirse que la característica fundamental de las señaladas por ALLEN es la primera, pues, en realidad muchos de los rasgos del sistema jurídico inglés, e incluso del espíritu nacional, tienen su fundamento en el hecho de que en Inglaterra –a diferencia de los países del continente europeo- la Edad Media no se separó de la Edad moderna por un profundo corte, sino que, por el contrario, se prolonga todavía en el presente. Esta permanencia de la tradición, fácil de apreciar en la vida inglesa actual, ha arraigado con fuerza en la organización judicial. Las diferencias entre el sistema de la judicatura existente en el continente europeo y el vigente en Inglaterra son, pues, grandes. Sin embargo, inciden con mayor fuerza sobre los aspectos formales que constituyen –en suma- el objeto de la presente investigación.

2 LA JUSTICIA INGLESA

2.1. LA ESTÉTICA DE LOS TRIBUNALES

Al observador externo siempre le ha llamado poderosamente la atención, para bien o para mal, el fuerte contenido litúrgico de que se ha rodeado desde antiguo el mundo de los tribunales para desarrollar su cometido de dispensador de la justicia. Y aunque en naciones muy próximas a la nuestra también podamos encontrar ejemplos de mundos judiciales dotados de espectaculares símbolos litúrgicos (Francia, por ejemplo), han sido precisamente los tribunales británicos los que más se han destacado, por su singularidad, en estas manifestaciones formales del ejercicio de la labor jurisdiccional.

No se trata tan sólo de las togas, las pelucas, la sencilla belleza de sus salas de audiencia, llenas de evocaciones sugerentes, sino también de sus ritos, la venerable edad de sus jueces, la atmósfera intimista y relajada, lo que separa ese mundo de los otros que conocemos en el continente. En los países anglosajones, así como en Francia y, en menor grado en Italia (sobre todo en los juicios penales), la vista oral puede alcanzar un extraordinario dramatismo. En España varios factores (especialmente el derecho de fiscales y abogados a informar sentados, y la tradición) apagan mucho el drama judicial. Los semióticos dirán que la importancia del foro, de la libertad de expresión, del debate público, en unos u otros países es lo que da la medida de este dramatismo. Así se podría insinuar, aunque sin pruebas, que un país sujeto a una historia poco propicia para el ejercicio público de la libertad de expresión, el foro refleja la pobreza que consecuentemente le corresponde, y la pobreza no ha de ser entendida tan sólo materialmente, en términos de riquezas de mobiliario, sino en un sentido más profundo.

Hay quienes afirman que las togas y la actual estructura de las salas de audiencias deberían ser suprimidas para impedir influencias extrañas en los justiciables, que se pueden ver abrumados o coaccionados por el ambiente que tales elementos generan. Ello llevó al gobierno sueco a eliminar los elementos ritualistas de su administración de justicia hace ya treinta años. Y de vez en cuando se escuchan algunas voces aisladas pidiendo las mismas medidas en otros países, España e Inglaterra incluidos⁷.

Con todo debemos pensar que no es la toga forense o la altura de los estrados, no es el rito, en fin, lo que separa a los jueces y demás operadores jurídicos del justiciable, sino ciertos ritos y cierta estética y –muy notablemente también- la actitud personal de aquellos operadores jurídicos. La belleza de la sala de audiencia y del tribunal constituido bajo unos criterios estéticos adecuados nos ayuda a alejarnos convenientemente (esto es, hasta cierto punto) de la crudeza de la función real que se está representando y, mejor así, nos compensa de esa misma crudeza. La necesidad de diferenciarse de la masa, con lo que ello gratifica a la vanidad, se ve en cierto modo satisfecha con los tratamientos, con las togas⁸. Además, la toga se utilizará por los juristas como símbolo didáctico frente al justiciable; le está indicando a ese jurista y a su víctima que no es el abogado o el juez quien le castiga o quien desatiende a sus razones. Es la ley. En realidad todo ello se puede predicar de cualquier sistema judicial. Pero hemos señalado que la estética judicial se puede utilizar para esos fines positivos o para otros que consideramos negativos. O se puede utilizar una estética muy poco estética. Esto último es cosa de buen gusto oficial y corporativo, pero lo anterior, la utilización finalista de las formas tiene mucho que ver con el modelo de Estado que se escoja.

Teóricamente, en el Estado no–autoritario tipo, al no intervenir éste nada más que en los aspectos más imprescindibles de la actividad social, el poder público no

⁷ PANNICK, *Judges* (Oxford, 1988) p. 143.

⁸ BOARD, R., *El psicoanálisis de las organizaciones* (Buenos Aires, 1980) p. 11.

suele entrar en los contenidos litúrgicos de los tribunales, dejando a la propia profesión gobernarse a sí misma en lo posible. Y como a la profesión jurídica le importará exhibir su importancia y singularidad tenderá a dotar a esa liturgia de un fuerte componente estético-elitista (socialmente hablando), siempre que el ambiente social no lo rechace - porque en tal caso conseguiría el efecto contrario del deseado, lo que explica la simplicidad de formas en Norteamérica-⁹.

Igualmente, en el Estado liberal, si se busca al juez en función de su *auctoritas*, es decir de su prestigio como sabio en Derecho, la estética jurídica tenderá lógicamente a reflejar y enaltecer tal característica. Se facilitará un sistema procesal en que el juez pueda emplear adecuadamente su sabiduría, y se le dotará de esa proximidad-lejanía tan característica de las personas que institucionalmente han de representar a los mitos sociales. Como en cierto modo venía sucediendo con la monarquía británica, los jueces ingleses combinan sabiamente la lejanía, física y simbólica, y la proximidad humana con los justiciables. Los jueces ingleses están en condiciones –hasta físicas por la disposición de las salas de audiencia- de mostrar cierta moderada majestad, exhibiendo a su alrededor discretos pero significativos símbolos sociales e históricos (el escudo heráldico de la Casa Real, la maza ceremonial o la pala de plata, en su caso), manteniendo una distancia material que los separe del justiciable –el estrado es bastante alto y está aislado por todos lados del resto de los intervinientes y espectadores del juicio –en tanto no lo está suficientemente como para dificultar un diálogo sosegado con éste o los letrados, testigos o peritos. Como sabe cualquier psicólogo social, a veces lo conveniente es poner ciertas distancias y barreras, porque precisamente facilitan, contra lo que pueda parecer superficialmente, el contacto humano.

En cambio, en el Estado conformado en una tradición autoritaria, el papel ritual del juicio se devalúa considerablemente, aunque en algunos países el arrastre de determinadas tradiciones históricas mantiene ciertas apariencias grandilocuentes, pero no se olvida el carácter de simple funcionario que ostenta el dispensador de la justicia –y así se le suele sentar al mismo nivel que a los abogados o secretarios, con el desastre estético que ello suele comportar-. Las togas dependen de la voluntad del gobernante, que en ocasiones las prohíbe y, en cambio, el carácter oficialista está tan ridículamente metido en la cabeza de todos que con frecuencia los jurados (si es que los hay) se revisten precisamente de lo que es lo opuesto a la esencia de su papel: con bandas o escarapelas oficiales (Italia, Francia en ocasiones).

En Inglaterra, los *barristers* y *solicitors* (las dos clases de abogados existentes en el país) han de acudir a los tribunales profesionales vestidos de toga negra, con el

⁹ En Norteamérica, en los estados de sur, políticamente mucho menos estables que los del norte, las salas de audiencia y del ambiente judicial son muy sencillos. No es igual en el norte y en los tribunales federales, donde sí es cierto que el abogado no utiliza toga, sí la utiliza el juez, y las salas de justicia a menudo alcanzan una suntuosidad incomparable incluso en Europa.

cuello cubierto por dos tiras de tela blanca almidonada que denominan “bandas”; los primeros, además, deberán usar peluca, que parece se está imponiendo voluntariamente entre los segundos, tras su reciente acceso a los más altos tribunales con la ley de 1990. Los jueces utilizan de ordinario en los pleitos civiles una toga semejante, también negra, pero se diferencian en la peluca; para los juicios criminales, la toga judicial es de color, variando según ciertas circunstancias. Para las solemnidades –como la apertura del Parlamento– las máximas autoridades judiciales utilizan una toga larga abierta, de damasco negro, con gran profusión de bordados de oro a lo largo de las mangas y del frente, y los otros jueces usan el modelo más conocido y caricaturizado de toga roja con muceta y gran capucha abierta y echada sobre la espalda, forradas ambas de armiño¹⁰.

Las salas de audiencia sitúan al juez inglés a cierta altura sobre el suelo, en posición no alcanzable por los justiciables, pero también suelen situar a éstos a cierta altura, frente al juez o a un lado, sentándose los abogados en filas de bancos colocados formando grados, como el público o los jurados. Los únicos que quedan en plano inferior, sentados delante del juez, lo que les permite movilidad por toda la sala al tiempo que facilita al juez controlar el conjunto, son el secretario, el estenopista y el agente judicial. La sala no suele ser grande, pero su decoración, sobria y elegante, es de madera, con frecuencia cubiertas las paredes por todos lados con libros hasta el techo. A pesar de su austeridad general, la iluminación y el detalle del escudo real tallado también en madera sobre la cabeza del juez, a cuyo lado a veces, según el tribunal de que se trate se coloca una espada, una maza ceremonial o una pala de plata, en todo caso muy evocadoras, confieren al conjunto un aire discretamente acogedor.

Los juzgados y tribunales españoles pasaron históricamente de ser unos lugares de nulos valores estéticos –salvo quizás el Tribunal Supremo– que trataban de transmitir un aire de solemnidad un tanto midentina, hasta los modelos simples y funcionales de las nuevas construcciones. La legalmente obligada uniformidad de altura de los estrados, donde los jueces, fiscales, secretario, abogados y procuradores se sientan al mismo nivel, ha supuesto la pérdida de posibilidades estéticas muy notables al dificultar el juego de volúmenes encontrable en países donde las pretensiones democratizadoras son menos simplistas.

Las togas judiciales y de la abogacía son similares, negras, abiertas y sin bandas que disimulan la variedad de prendas situadas bajo ellas; tras la Ley Orgánica de 1935, los procuradores pueden utilizarla igualmente¹¹. El negro del ropaje puede considerarse signo de austeridad, pero dado el entorno de las salas de audiencia puede crear un ambiente muy poco sugestivo y severo en exceso.

¹⁰ Para una descripción sintética de togas y pelucas con buenas ilustraciones a color, véase CAMPBELL, *Robes of the Realm. 300 years of Ceremonial Dress* (Londres, 1989) p. 30 ss. y 96 ss.

¹¹ Se trata de un traje corporativo cuyo origen probablemente se remonta al siglo XIV y que se encontraba ya con las características actuales desde luego en el siglo XVIII, según se observa en algunos retratos de los “golillas” de la Ilustración que se conservan en varios museos españoles y singularmente en el Congreso de los Diputados y en el Gabinete de Estampas de la Biblioteca Nacional de Madrid

GOODRICH¹² ve en el ambiente una trasposición juicio-eucaristía porque dice, “al igual que en el sacramento eucarístico el oficiante, el sacerdote investido por Dios en poderes especialísimos para materializar el cuerpo divino en una pieza de pan y en un cáliz de vino, el juez y sus acólitos, los abogados, poseedores de un conocimiento esotérico, materializan lo que es un bien superior, la justicia, poseído por muy pocos entendidos”. Pero no es tan malo que la gente vea la representación de la *auctoritas* en los tribunales de justicia y sus símbolos. Más vale eso que que no vean nada. Lo indeseable, en todo caso, es que no confíe en las instituciones o que lo que contemple, cuando acuda a una sala de audiencia, sea el rostro frío e inexpresivo de la burocracia.

2.2. LA ÉTICA DEL SISTEMA

SWIFT describía a la abogacía como una sociedad de hombres educados para probar que lo blanco es negro y lo negro blanco, de acuerdo con lo que paguen; desde luego, los abogados como grupo no gozan en ningún lugar de buena reputación y las actuaciones de los letrados han llegado a provocar en ocasiones serios desórdenes a lo largo de la historia de los pueblos¹³. Pero no es cierto que la profesión jurídica sea intrínsecamente odiosa: muchos de los que hablan mal de la abogacía estarían encantados de que un hijo brillase como profesional del Derecho. Quiere esto decir que no se puede generalizar fácilmente, y que, aún contando con sus defectos y costes, se puede afirmar que la abogacía inglesa es observada en general como un grupo muy serio y responsable, que todavía inspira confianza¹⁴, a gran distancia de la opinión que sobre sus colegas se tiene de este lado del canal¹⁵.

Dice David PANNICK que los abogados “viven de proponer cosas que no siempre aprueban e incluso que las repugnan; deben defender posturas dañinas para la sociedad, y despreciar los actos más notables; su misión no es ampliar el horizonte intelectual de los ciudadanos, sino seducirlos para conseguir un fin. Disculpar la maldad y promover la injusticia no es cosa fácil, exige cierta habilidad y el ejercicio de la hipocresía”, pero —continúa— “sin embargo, la abogacía tiene en su manifestación de libertad de expresión y su contribución vital al imperio del Derecho una moralidad esencial que justifica su práctica, excusa sus excesos, y hace intolerable cualquier sociedad en la que falte su presencia”¹⁶.

¹² GOODRICH, *Languages of Law. From Logics of Memory to Nomadic Masks* (Londres, 1990) p. 54 ss.

¹³ ZANDER, *A Matter of Justice. The Legal System in Ferment I* (Oxford, 1989) p. 5.

¹⁴ DENHAM; *Law. A modern introduction*, 3ª ed. (Londres, 1994) p. 114.

¹⁵ TOHARIA, J. J., “La imagen de la justicia”, en *Psicología social y sistema penal* (Madrid, 1987) p. 22.

¹⁶ PANNICK, *Advocates* (Oxford, 1992) p. 28.

Algunos abogados llegan a extremos teatrales expresivos de su falta de principios para conseguir el triunfo de sus clientes, cualquiera que sea el medio de emplear. No sería el primer abogado que alquila ancianas venerables, esposas frágiles y niños llorosos para hacerlos pasar por madres, esposas o hijos de los justiciables ante jurados o jueces timoratos. Todo ello es consecuencia casi inevitable del trabajo con jurados y jueces legos, mucho más susceptibles teóricamente de dejarse impresionar por histrionismos que los jueces profesionales.

Si embargo, no faltan voces que defiendan este tipo de actuaciones cuando tienen por objeto pura y simplemente engañar a los dispensadores de justicia. La abogacía ejemplifica con pocas otras cosas la libertad de expresión, requisito básico para poder ejercer el derecho de defensa. Es la máxima garantía de que la verdad salga a la luz, porque sólo mediante el debate público de posturas enfrentadas se pueden evitar los prejuicios y los errores. Puede incluso que mediante el debate judicial se demuestren justos y adecuados los argumentos en los que no creía ni el propio abogado que los sustentaba. Por eso la libertad de expresión en la sala de audiencia debe ser lo más amplia y flexible que sea posible. El abogado, además, no debe temer sanción alguna por las frases, incluso faltas, incluso calumniosas, que pueda verter en el juicio porque para aclarar las verdades está precisamente el proceso, y porque de otro modo se le impediría dar rienda suelta a la pasión del momento, obligándole a estar más atento a medir sus palabras que a defender a su cliente. Más ello, llevado a sus extremos puede resultar excesivo por varias razones.

Se ha dicho y repetido que las buenas formas no están reñidas con un buen ejercicio de la defensa de los clientes, pero en ese aspecto la abogacía inglesa es extraordinariamente irreprochable. El *barrister* inglés suele ser sumamente educado con sus oponentes, los justiciables o los testigos, y busca de continuo expresiones eufemísticas del tipo de “mi culto amigo ha empleado argumentos que no tienen en cuenta los verdaderos hechos acaecidos”. Desgraciadamente, el foro español va adoptando, lenta pero firmemente, muy otros modales, propios, por lo demás, de las graves tensiones que sufre la actual profesión letrada a causa de su extremada masificación.

Queda la duda de si el derecho de los letrados a ser escuchados por muy insostenibles que sean sus alegaciones, es beneficioso para la justicia o tan sólo para los propios abogados. En la historia judicial británica no es la primera vez que un juez que no aguanta la locuacidad vacua de algún letrado le dice que no puede seguir escuchando tonterías¹⁷. En todo caso, el abuso del tiempo de que disponen los tribunales tiene en Inglaterra más fácil solución que en nuestro país, en que únicamente cabe cortar (a veces continuamente pero sin éxito) la palabra al abogado insoportable (o abrirle un expediente criminal por desacato, en caso extremo, cosa que parece no ha

¹⁷ *Ibid.*, *Judges*, cit., p. 123.

ocurrido jamás en España). En Inglaterra los jueces superiores tienen una variedad de resortes a los que acudir para impedir que los letrados malgasten su tiempo: recursos que van desde sanciones con multa a aperturas de diligencias semiadministrativas por *contempt* (desacato).

Más importante desde el punto de vista sustancial es el problema ético que se plantea si sostenemos que el abogado está en su derecho al mentir, calumniar o engañar como requisito necesario para desarrollar sin temor una buena defensa de su cliente. Henry BROUGHAM decía que el abogado sólo debe pensar en su cliente, aunque el resultado suponga un gran daño a la nación. A ello contesta el juez americano BURGER señalando que tal postura es puro cinismo, y que el abogado debe lealtad a causas más altas que las de su cliente¹⁸. En este sentido, decía BENTHAM que si un hombre ayuda a escapar a otro que cometió un robo, será reo de encubrimiento, pero que aquello por lo que un hombre sencillo es castigado, un abogado es pagado. Y John STUART MILL añadía que por ponerse una toga y una peluca, un hombre no queda exento de sus deberes morales¹⁹.

Desde luego hay algo indiscutible. Los tribunales están al servicio de la justicia y del derecho, y a su disposición, para tales fines, de las partes. No a la de una de ellas en exclusiva. El Estado y la sociedad no sostienen el sistema judicial como foro para que los abogados puedan decir todo lo que quieran, sea lo que sea; ni los ciudadanos tienen que soportar impertinencias ni calumnias gratuitas. Otra cosa es que para arrojar dudas *razonables* sobre el fondo de los asuntos litigiosos, el juez pueda y debe admitir un amplísimo derecho de defensa por parte del abogado. Así, en los ordenamientos procesales, efectivamente, se garantiza ese ejercicio de defensa mediante la prohibición de expediente al letrado por sus palabras vertidas en juicio, salvo que el juez lo autorice.

2.3. EL JURADO EN INGLATERRA

Ante todo, debemos poner de manifiesto que la institución del jurado está en franco declive histórico por una serie de causas, entre ellas la multiplicación enorme de la litigiosidad, que impide que el jurado esté presente en la mayoría de los juicios civiles o penales, tanto en la práctica procesal de los últimos siglos –en que el juicio con jurado era utilizado en casi todo tipo de proceso, fuera civil o penal– como en la realidad actual en que el jurado se utiliza casi solamente en juicios penales de cierta entidad, aunque en algunos países, como en los Estados Unidos, tenga todavía una destacada presencia en los pleitos civiles–, veremos que el jurado está presente de forma muy generosa en el mundo judicial anglosajón, comparado con la escasa presencia, cuando

¹⁸ *Ibid.*, *Advocates*, cit., p. 105.

¹⁹ *Ibid.*, p. 129.

ésta existe, con la que se ha manifestado y se manifiesta en los países de distinta tradición político-judicial²⁰.

En cuanto a las posibilidades de éxito de la institución, ha de tenerse en cuenta que el jurado parte de la base de la existencia de una sistema jurídico y procesal relativamente sencillo y popular, fácilmente entendible por el hombre medio de la calle; es decir, un sistema jurídico fuertemente antinormativista. En cuanto al Derecho se tecnifica y complica las posibilidades de éxito del jurado se reducen paralelamente. Así es observable que la creciente tecnificación y normativización del Derecho privado en los países anglosajones ha ido desplazando lenta pero inexorablemente al jurado de los pleitos civiles.

La naturaleza de lo que en su origen era el jurado viene expresada por su propio nombre –que en español denomina tanto a la institución, *jury*, como a cada uno de sus miembros, *juror*-. Un jurado –*juror*- es un hombre que efectúa un juramento por orden del rey. Es con los primeros reyes normandos de Inglaterra cuando se impone la costumbre de invocar ante el juez a un grupo de personas conocedoras de un hecho determinado y hacerles declarar sobre el mencionado hecho bajo juramento de decir verdad.

Como es bien sabido, una de las características fundamentales de la Alta Edad Media europea consistió en lo que algunos autores denominan el “colapso de las comunicaciones”. Ello supuso que los acontecimientos de un mínimo relieve acaecidos en las pequeñas localidades o en las zonas rurales fuesen inmediatamente conocidos por los vecinos del lugar, ya que apenas ninguna interferencia de noticias foráneas podía alterar su minúscula actividad social²¹. De ahí que los monarcas o sus delegados acudiesen en busca de información a los lugares donde habían de resolver una cuestión de interés para la monarquía, llamando a su presencia a un número suficiente de testigos que pudiesen declarar sobre los hechos investigados. La resolución de la autoridad sólo se adoptaba cuando todos los testigos daban un testimonio coincidente –pronto se llegó al convencimiento de que doce era el número adecuado-. Si algún testigo discrepaba de los otros, los hechos se daban como no probados, porque esa ausencia de unanimidad inducía a sospechar que se faltaba a la verdad. Téngase en cuenta al respecto la enorme importancia que la invocación del nombre de Dios tenía para los hombres de la Alta Edad Media y el temor que el juramento falso les inspiraba.

Para administrar justicia aún no se acudía al jurado en esas décadas iniciales del régimen normando, porque el procedimiento usual para la averiguación de la verdad era la ordalía o juicio de Dios. Fue Enrique II, en el siglo XII, el que primeramente aplica el jurado a la administración de justicia (Constituciones de Clarendon, 1164). Para el célebre rey de la casa de Plantagenet la adopción del jurado reforzaba varias

²⁰ SPENCER, J. R., *Jackson's Machinery of Justice*, 8ª ed., (Cambridge 1989) p. 382.

²¹ CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, 2ª ed., (Cambridge, 1988) p. 25 ss.

ventajas dignas de ser tenidas en cuenta, de entre las cuales no era pequeña la de aparecer como un pacificador a los ojos del pueblo y frente a la revoltosa aristocracia normanda que a menudo le discutía el poder. No nace el jurado judicial, pues como un bastión de la libertad, sin como un mecanismo del poder real²².

Con el nuevo sistema, el litigante que conseguía que doce vecinos del lugar jurasen que tenía razón, ganaba el pleito. Si se trataba de un juicio criminal, el juramento de los doce vecinos suponía que el acusado era culpable de los hechos cuya veracidad aquellos atestiguaban. De ese “decir la verdad”, *vere dicere*, deriva el nombre actual con que se denominan las decisiones de los jurados modernos: el veredicto. Transcurrido el tiempo, se exigió que las declaraciones de los jurados fuesen contrastadas por otros tipos de pruebas, especialmente las documentales y las de testigos presentados libremente por los litigantes, hasta que fue calando la idea de que era mejor que los jurados fuesen personas neutrales que no conocedoras de los hechos, reservándose para la prueba testifical a los que tuviesen conocimiento del asunto litigioso²³. Lo que nació, pues, como un instrumento del poder de los reyes medievales fue sufriendo graduales transformaciones y, tras el otorgamiento de la Carta Magna en 1215 y, muy especialmente, tras la *Petition of Rights* de 1628, se convirtió en un símbolo y bastión de las libertades de los ciudadanos ingleses. Sólo basándose en esa consideración podrá entenderse que los jurados hubiesen de alcanzar acuerdos por unanimidad o cuasi unanimidad (un solo voto disidente como máximo) hasta época reciente. Desde sus orígenes el jurado precisa los hechos determinando la culpabilidad o inocencia del acusado y el juez aplica el Derecho correspondiente, que se declara, a su vez, en la sentencia.

Teóricamente, dice Lord DEVLIN²⁴, la idea del jurado es demencial. Doce hombres (¿por qué doce?) y mujeres escogidos al azar, sin ninguna experiencia jurídica o de valoración de las pruebas, sin costumbre de ejercitar severamente sus mentes o de someterlas a situaciones intelectuales prolongadas, pueden escuchar durante horas o días testimonios y opiniones sin tomar una sola nota de ello –ya que ni siquiera se les proporcionan medios al efecto- y aún así se espera que en una o dos horas lleguen a un acuerdo unánime sobre la culpabilidad o inocencia de otro ciudadano al que se le acusa de algún delito de cierta gravedad ¿Cómo es posible que el sistema subsista en tales condiciones? Porque por debajo y detrás de esas y otras afirmaciones simples o interesadas se esconden muchos elementos complejos que trabajan a favor del sistema y le permiten funcionar con defectos pero con un grado aceptable de eficacia. El sistema del juicio por jurado es un producto histórico, no un proyecto teórico que una vez planificado sobre el papel haya que esperar a ver cómo funciona en la vida práctica de

²² BAKER, J. H., *An Introduction to English Legal History*, 3ª ed., (Londres, 1990) p. 86.

²³ DEVLIN, *Trial by Jury* (Londres, 1988) p. 11 ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 4 ss.

cada día. Ha llegado a ser lo que es y a significar lo que significa en Inglaterra porque durante siglos ha sido experimentado y se ha comprobado que en su presente manera funciona satisfactoriamente. El contraste con las dudas surgidas tras la implantación de este sistema en países como el nuestro caracterizados por su improvisación y ausencia de praxis previa es más que evidente y a ello nos referiremos acto seguido.

3 EL JURADO EN ESPAÑA

3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Sin negar que en España hubiese habido alguna institución que pudiese recordar en la Edad Media al tribunal del jurado, lo cierto es que éste aparece como consecuencia de la recepción en España de las ideas liberales francesas a finales del siglo XVIII e inicios del XIX. En la Constitución de Cádiz de 1812 el artículo 307, abría la posibilidad del establecimiento del jurado en nuestro país al señalar que “si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los jueces de hecho y de Derecho, lo establecerán en la forma que juzguen conducente”. No sería hasta la Ley de Imprenta de 1820 que se introduce en España un jurado casi experimental, puesto que sus competencias serían extraordinariamente limitadas (delitos relativos a la libertad de expresión) formado por un juez y cinco ciudadanos. En la selección de éstos influían poderosamente los caciques provinciales²⁵. La irrupción en 1823 de los “Cien mil hijos de San Luis” con el subsiguiente restablecimiento del absolutismo dejó sin vigencia al tribunal del jurado.

La vuelta al Estado liberal en 1836 y la aprobación de una nueva Constitución al año siguiente supuso la recuperación de esa modesta forma de jurado, aunque en 1845 deja de nuevo de funcionar. Tras nuevas apariciones y desapariciones, se instituye en 1870 un tribunal de jurado con pretensiones de estabilidad y competencias relativamente amplias integrado por un magistrado y doce jurados.

Esa experiencia juradista española fracasó rotundamente. Como señala PÉREZ-CRUZ²⁶, la inestabilidad política de la época, la ausencia de poder de los jueces para imponer un elemental sentido de la responsabilidad a los miembros de los jurados, la lenidad de los miembros del tribunal popular, y *la confusión que creaban las complejas preguntas dirigidas a los miembros del jurado para que las respondiesen en el veredicto*, impidieron que el jurado funcionase con eficacia mínima. Nótese que la última causa aludida está directamente relacionada con la problemática –difícilmente resoluble-

²⁵ PÉREZ-CRUZ, *La participación popular en la Administración de Justicia. El Tribunal del Jurado* (Madrid, 1992) p. 130.

²⁶ *Ibid.* p. 70 ss.

de compaginar una institución propia de un Estado antinormativista, como es el jurado, con el derecho legalista propio de un país como la España de finales del siglo XIX. A principios de 1875 se suspendió el juicio por jurado.

No se vuelve a restaurar hasta la Ley de 20 de abril de 1888, en que el modelo adoptado vuelve a ser el anterior, favoreciéndose las corruptelas de todo tipo en la confección de las listas de los jurados, lo que se traduce en una total desconfianza hacia la institución.

La Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1892 volvía a insistir en las dificultades para que los jurados acudiesen y se tomasen en serio su función. La de 1904 abundaba en la falta de preparación del pueblo para desarrollar una adecuada actividad en él, siendo la ignorancia, el apasionamiento y el miedo condicionantes muy frecuentes de la actuación de los jueces populares. La Fiscalía de nuestro más alto tribunal lo define en términos tajantes: el jurado no funciona porque falta en España espíritu ciudadano. En otras palabras, a la incultura general se unía la suplantación de una sociedad libre por una sociedad desestructurada y un caciquismo cerril. A partir de 1907 comenzará una nueva serie de suspensiones del jurado, la más larga de las cuales ocuparía los cuarenta años del régimen franquista, hasta la promulgación de la Ley de 22 de mayo de 1995, que reimplanta la institución.

3.2. EL JURADO TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE 22 DE MAYO DE 1995

La Constitución española de 1978 establece en su artículo 125 que “los españoles podrán... participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”. No es del todo claro el precepto. Por un lado parece que la institución del jurado no sea una exigencia constitucional, sino tan sólo una potestad del legislador, y por otro, da la impresión de que habrá de circunscribirse sólo al ámbito penal. En cuanto a la obligatoriedad de la regulación de tribunales del jurado creemos que de la discusión parlamentaria del proyecto se infiere la división de opiniones al respecto, hecho éste que se traduce en el empleo de la expresión “podrán”, en lugar del inequívoco “deberán”. Dicho claramente y sin ambages: la creación o no creación de tribunales de jurado es cosa puramente de conveniencia y oportunidad. En todo caso, la mayor parte de los autores sostienen que el jurado, según el repetido artículo 125 de la Constitución, sólo es posible en el ámbito penal; debiéndose excluir la ampliación a otras materias habida cuenta de la experiencia en contra incluso en los países más juradistas. Ello no obstante, la división de opiniones subsiste. Para algunos²⁷, el jurado no va a suponer más que un

²⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, *El poder judicial* (Madrid, 1986) p. 298.

intento de una democracia de muy escasos vuelos como la nuestra de buscar un reforzamiento de una legitimación que muchos ponen en tela de juicio. Para otros, la obligatoriedad del uso del jurado (un derecho en los países anglosajones, convertido en obligación en España) es sintomático del clima político real que se respira en el país.

3.2.1. *VIRTUDES Y DEFECTOS DEL JURADO*

El jurado provoca las más enconadas reacciones, disputas histéricas y discusiones inacabables. Puede decirse que es raro encontrar un juicio moderado a favor y en contra de él. De los muchos testimonios al respecto baste con traer a colación el de BALDWIN cuando afirma que “en el jurado se pretende sustituir los prejuicios de los jueces con los prejuicios de la calle”²⁸. Ciertamente que los miembros de los jurados no acreditan inicialmente, al ser nombrados, más que un elemental conocimiento del “saber estar” (de lo contrario serían excluidos por el juez) y que nada garantiza ni hace suponer que no actuarán llevados por los prejuicios más rastreros que se puedan encontrar en la gente común y corriente de la calle. Más una buena porción de los debates en punto a la conveniencia del jurado parten de una escandalosa falta de pruebas que soportan las distintas posiciones debatidas. Afirmaciones tales como decir que el jurado es una garantía de las libertades, no son más que afirmaciones sin comprobación posible, indemostrables y se basan más en creencias o prejuicios que en el conocimiento de la realidad sociopolítica de un país determinado.

El jurado es, desde luego, instrumento de participación popular en el poder; superior –para algunos- a la participación electoral –por ser aquella una participación directa. Además es un corrector de extraordinaria calidad del sistema normativo y de sus injusticias, porque los individuos que lo forman no sentirán ese respeto reverencial por el Derecho que tanto limita la pura aplicación del sentido común por parte de los juristas. Al propio tiempo, sirve para mantener la calidad de los jueces profesionales, habida cuenta de que los miembros de cualquier profesión distinguida tienden a hacer de ella una mística que los separa del hombre de la calle, creyendo que su habilidad profesional es lo más importante en este mundo. Los jueces, como los miembros de otras profesiones, necesitan por ello que se les recuerde constantemente que sus conocimientos técnicos no son tan importantes como se creen, que el Derecho no es un fin en sí mismo sino un simple instrumento para la convivencia en paz en una sociedad determinada. El hombre no ha sido creado para servir al Derecho, sino justo lo contrario, es el Derecho lo que ha sido creado para servir al hombre.

Una importante razón para la existencia del jurado es que éste protege al hombre contra los desatinos legalistas de los jueces. Aún más, el jurado constituye el último

²⁸ BALDWIN, J., *Jury Trials* (Oxford, 1979) p. 1 ss.

refugio contra el mismísimo Derecho, cuando éste pretende imponerse sin consideración a la dimensión verdadera contra las leyes que repugnan a la conciencia del hombre de la calle; además de esa función de traer al jurista a la sensibilidad de la ciudadanía lega, contribuye a equilibrar el peso de las partes, porque los miembros de un jurado no tienen por qué sentirse especialmente próximos al Ministerio Fiscal, que en cierto modo es un compañero profesional del juez en los países de tradición autoritaria o intervencionista. Aunque sea una visión un tanto sesgada, en España – dice PÉREZ CRUZ²⁹ – aún no ha desaparecido la percepción popular de un Ministerio Fiscal adusto y reivindicativo, inexorable portavoz del interés represivo del Estado y ajeno a todo interés tutelar.

Hasta aquí las virtudes del sistema pero, obviamente, los defectos son abundantes sobre todo en países como el nuestro de tradición normativista y con escasa cultura cívica. El primero de ellos –y no baladí– es que el jurado por su esencia no puede emitir las razones por las que no se llega al veredicto ya que cada uno de sus miembros, al actuar por motivos de conciencia y no según un esquema jurídico preconcebido, tiene su propia razón para emitir su voto, de manera que resultaría inútil e incluso contraproducente que se pretendiese buscar la “razón común” del veredicto.

Otro problema de gran envergadura es el del coste del juicio por jurados, derivado del aumento considerable de la duración de los juicios (en que todo hay que explicarlo muy detalladamente y con reiteración, para así llevar al ánimo y a la memoria de los jurados la postura que defiende cada parte) como la necesidad de compensar adecuadamente los sacrificios económicos y de tiempo de los miembros del tribunal popular.

Pero el jurado no sólo presenta defectos más o menos discutibles o más o menos subsanables, presenta limitaciones imposibles de evitar, baste como ejemplo su incompatibilidad con delitos de índole eminentemente técnica. Lo único que se puede afirmar con seguridad es que la realidad no siempre va de la mano de la teoría. Muy al contrario se aúna a las experiencias de otros países o de épocas distintas. El jurado puede mixtificarse con intenciones demagógicas: ¿por qué confiar en jueces legos en un país que no confía ni en los profesionales? Puede ser imposible por falta de sentido social del pueblo que debería de nutrir sus filas; puede ser cauce de virtudes cívicas, pero también escaparate de los peores defectos del país. Sólo el tiempo, la madurez y la educación podrán evitar los peligros a que un sistema de jurados nos puede llevar en un estado con una tradición de tan poca medida como el nuestro.

Lamentablemente, la ley del jurado nació lastrada de graves limitaciones políticas. Ello impidió un examen convincente de la clase de jurado que se pudiese aplicar en España a la vista de nuestra supuesta idiosincrasia. El jurado sirve entre otras cosas –

²⁹ PÉREZ-CRUZ, *La participación popular*, cit., p. 70 ss.

como vimos- para que la administración de justicia sintonice mejor con la sensibilidad pública. En este sentido, existe una serie de delitos en que una buena apreciación del sentir popular “actual” es absolutamente precisa para el prestigio del Estado y de sus tribunales. En efecto, es necesario que sean los representantes del pueblo en el jurado los que digan si un tocamiento determinado y en unas circunstancias concretas es visto normalmente como un delito sexual o, por el contrario, tales tocamientos no son entendidos por el ciudadano corriente como ofensivos. Igualmente hay que preguntar a los jurados si una frase o acto determinado llega a ser tenido por ofensivo en sus circunstancias concretas, puesto que en las injurias y calumnias no sólo ha de valorarse la objetividad para la gente de la calle. Si la opinión es de un jurado –y no de un juez- será más creíble para las partes enfrentadas. Sin embargo, la Ley de 22 de mayo de 1995 no tuvo en cuenta tales delitos.

3.3. NECESIDAD DE HACER INTELIGIBLE EL LENGUAJE JUDICIAL.

La introducción del tribunal del jurado va a ocasionar un notable impacto en el procedimiento judicial penal, porque primará la vista oral, que pasará a ser lo que legalmente es: el centro del proceso. A su vez, el jurado dará mayor relevancia a la prueba y a la práctica de la misma en la fase oral.

Pero el tribunal del jurado tendrá, también, un considerable impacto sobre los usos de la Curia, por la sencilla razón de que implica una ruptura del monopolio de los profesionales del Derecho sobre el proceso penal y ello obligará a la progresiva mutación del comportamiento de fiscales, jueces y letrados, así como a una simplificación y clarificación radical del lenguaje empleado en los tribunales³⁰.

Estos cambios de lenguaje en el campo judicial han sido objeto de estudio, especialmente en los últimos quince años. Generalmente, el análisis lingüístico pretende una mejor comprensión del proceso, no siendo principalmente un fin en sí mismo sino un instrumento de canalización. No en vano es el vehículo por el que la ley se transmite, se interpreta y se aplica. Son muchas las aportaciones efectuadas a lo largo de las últimas décadas. LEVI³¹ plantea una clasificación temática que resulta operativa para diferenciar las principales tendencias. En primer lugar, el lenguaje hablado en el marco del proceso. Asimismo se estudia el lenguaje en la interacción abogado-cliente y en la negociación pre-juicio (cada vez más relevante en nuestro país). Este bloque incluye la consideración sobre la comprensión de las instrucciones judiciales por los jurados que han de emitir un veredicto y también cuestiones semánticas y pragmáticas del discurso

³⁰ Vid, por todos, LUISA BLANCO-LUIS RODRÍGUEZ ENNES, “El discurso ante el Jurado”, en *Controversia. Revista Xurídica Xeral* 4 (Ourense, 2003) p. 27 ss., con abundante bibliografía.

³¹ LEVI, *Language in the judicial process* (Nueva Cork, 1990).

legal. En segundo lugar, Levi señala el estudio del lenguaje como una materia de la ley. Este bloque temático contiene el análisis de las ofensas de naturaleza verbal y los trabajos referidos a la protección del consumidor y el lenguaje publicitario, entre otros. En último lugar se analiza el lenguaje escrito a través de la redacción de leyes, reglamentos, contratos, etc. Con todo, admitida la profusión y variabilidad de este campo de investigación, nuestra exposición se limitará a las cuestiones que integran el primer bloque.

Los estudios sobre indicios no verbales asociados con la credibilidad pretenden demostrar que ciertos factores no evidenciables, es decir que no poseen el status de prueba en un juicio, pueden tener mayor poder que las pruebas evidenciales al determinar el veredicto del jurado. Las variables más estudiadas se refieren al prestigio y atractivo físico del testigo, por un lado, y a la forma en que presta su declaración ante el jurado³².

Estas investigaciones han demostrado que el jurado es más benévolo con los acusados que se presentan como pertenecientes a la clase media y que tienen un buen aspecto físico. Respecto a los testigos, se ha probado el efecto del prestigio de un testigo experto sobre los veredictos del jurado. En un estudio se presenta a un testigo declarando en contra del acusado en un caso de homicidio. Este testigo podrá ser un físico, un policía o una persona lega. Sus resultados muestran una mayor percepción de culpabilidad y tasa de condena recomendada por el jurado cuando el testimonio viene de un físico que cuando procede de un policía o de una persona lega. Se ha mostrado, igualmente, que cuando declara en contra del acusado, el atractivo de un testigo presencial aumenta la credibilidad percibida y el grado de culpabilidad que se atribuye al acusado.

Por lo que hace al impacto que produce la conducta del testigo ante el jurado sobre las percepciones de credibilidad, se han identificado una serie de indicadores que emplean jueces y jurados para valorar la credibilidad de un testigo. Según estos autores³³, los comunicadores que se presentan como extravertidos, implicados y moderadamente relajados se perciben como más persuasivos y fiables. Las conductas que se asocian con credibilidad implican un mayor y más sostenido contacto ocular, la ausencia de conductas adaptadoras (llevarse las manos a la cabeza, jugar con un bolígrafo, etc.), un mayor acompañamiento del habla con gestos ilustrativos, más cercanía interpersonal y una mayor actividad facial. Por otra parte, también se ha demostrado que una forma de aumentar la credibilidad de un comunicador puede pasar por la transgresión positiva de las expectativas del observador. En el contexto judicial esto implicaría, por ejemplo, que un testigo que se presenta a juicio vestido de manera poco convencional, pero que ante el jurado presta una declaración muy coherente y racional, cambiando así las expectativas previas del jurado, sería percibido como altamente persuasivo.

El artículo 45 de la Ley del Jurado establece:

³² HASTIE, *La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades* (Madrid, 1986).

³³ SOBRAL-ARCE, *La Psicología Social en la Sala de Justicia. El jurado y el testimonio* (Barcelona, 1990).

“El juicio comenzará mediante la lectura por el Secretario de los escritos de calificación. Seguidamente el Magistrado-Presidente abrirá un turno de intervención de las partes, para que expongan al Jurado las alegaciones que estimen convenientes a fin de explicar el contenido de sus respectivas calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto. En tal ocasión podrán proponer al Magistrado-Presidente nuevas pruebas para practicarse en el acto, resolviendo éste tras oír a las demás partes que deseen oponerse a su admisión”.

Cuando se discutió el Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados se dijo expresamente cuál era la motivación de este precepto: “Será útil una exposición previa global de las posiciones de las partes para que los Jurados legos puedan entender adecuadamente el posterior desarrollo del juicio”. Se trata exactamente de esto; del primer e importantísimo contacto de las acusaciones y de las defensas con el jurado para exponerle cuál va a ser el curso que van a seguir a lo largo del juicio para probar ante ellos, en el crisol del combate dialéctico, sus enfrentadas postulaciones³⁴.

Así las cosas, craso error sería que Ministerio Fiscal y Letrados utilizaran este primer contacto con el jurado para atiborrarlos de datos técnicos y pesada jerga y abusaran de su paciencia con un tedioso relato. Quien así lo haga seguramente pagará las consecuencias de su desatino. La experiencia de los más avezados en estas lides recomienda encarecidamente que se aproveche mucho mejor tan estelar momento para “presentar al acusado al jurado” de la forma más conveniente a sus intereses de defensa, para explicarle por qué está sentado el acusado allí, sufriendo imputación del delito objeto de la causa.

Es el momento de tener preparado y presentar al jurado un esquema muy claro, muy razonable, muy lógico y, sobre todo, muy entendible del objeto del proceso. Los jurados en este instante se encuentran en estado de *máxima receptividad* y, por tanto, ningún letrado experto desaprovecha jamás esta oportunidad de colocar su mensaje de apertura al jurado.

Como es sabido, los jueces, antes de que los jurados se retiren a deliberar, les dan unas instrucciones generales que versan sobre el veredicto, evidencia y prueba de los hechos y procedimiento, a modo de orientación y con el objeto principal de eliminar confusiones. Aunque pueda parecer lo contrario, tales pautas no tienen un peso tan significativo en la deliberación del jurado como cabría esperar. Muchas veces ello acaece debido a que los miembros del jurado no comprenden el lenguaje formal de los jueces.

³⁴ Acerca de la Ley del Jurado, cfr., entre otros: DAVÓ ESCRIVÁ, *El Tribunal del Jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional* (Madrid, 1988; AA.VV. *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE (ed.) (Valladolid, 2000); MORENO CATENA, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. IV (Madrid, 2001).

Es claro, pues, que en esta singular instancia previa a la deliberación, el Magistrado-Presidente tiene la obligación profesional de asumir por entero la gravísima carga de “contener” al máximo en el curso de su exposición la jerga jurídica y el empleo de frases y vocablos estrambóticos, crípticos, inusuales o de estilo altisonante que lejos de cumplir la función de informar e instruir dejen perplejos a algunos de los miembros del jurado y que éstos se sientan tentados de manifestar al magistrado-presidente aquello de: “Señoría, mientras más me lo explica menos lo comprendo...”.

Así las cosas, es perfectamente viable que la parte que se considere agraviada en sus legítimos derechos como acusación o defensa por las instrucciones parciales, erróneas, oscuras o incompletas del magistrado-presidente pueda hacer constar en acta su protesta motivada para preservar sus derechos a recurrir en apelación por esta causa.

A modo de recapitulación final sobre todo lo anteriormente expuesto, quisiera que el “mundo judicial” fuera consciente de los profundos cambios que se han efectuado en el lenguaje forense, motivado por la introducción del jurado. Este elemento laico, no profesional de la Administración de Justicia requiere el empleo, por parte de los letrados, fiscales y jueces, de una expresión verbal llana y sencilla, en las antípodas de los discursos esotéricos que todavía se escuchan en las Salas de Audiencia y que, a veces incluso, son de difícil comprensión para los expertos en Derecho. *Claridad y comprensión* constituyen, pues, los ejes en torno a los que debe gravitar toda su actuación ante el jurado.

O EMPREGO DA LINGUAGEM COMUM E GESTUAL NA JUSTIÇA INGLESA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM A UTILIZADA PELA JUSTIÇA ESPANHOLA

Resumo: Os tribunais ingleses estão cercados de um forte conteúdo litúrgico desde suas origens medievais: togas, perucas, belas salas de audiência, seus ritos... Tudo isso separa este mundo dos outros que conhecemos na Europa continental. Com esta estética combinam sabiamente a distância física e simbólica com a proximidade humana com os réus. Esta pesquisa trata de demonstrar como, às vezes, é conveniente estabelecer certas distâncias, barreiras porque precisamente facilitam o contato humano, a comunicação entre todas partes do processo. A diferença com o sistema espanhol, estabelecido pela Lei do Jurado, é abismal.

Palavras-chave: Conteúdo litúrgico. Estética. Distância. Contato humano.

EMPLOYMENT OF LANGUAGE AND GESTURE IN ENGLISH COURTS: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH THE SPANISH SYSTEM

Abstract: The English tribunals are surrounded by strong liturgic content from medieval times: robes, wigs, pompous Courts of Justice, ceremonies... These separate this world from the others that we know in continental Europe. With this aesthetic aspects, they combine wisely the distance, physical and symbolic, and the human proximity with the defendants. This research seeks to demonstrate that, sometimes, it is convenient to establish certain distances, barriers to make easy the human contact, the communication between all the subjects of the process. The difference with the Spanish system, introduced by the Jury Law, is abyssal.

Key words: Liturgic content. Aesthetic. Distance. Human contact.

OBRIGAÇÃO COM CONVENÇÃO DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA

MARCELO SAMPAIO SIQUEIRA

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Especialista em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza.
Professor de Direito Civil na FA7 e na Faculdade Integrada do
Ceará. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado.
msiqueira@veloxmail.com.br

Sumário: 1. Introdução; 2. O artigo 318 do Código Civil; 3. A questão da viabilidade; 4. A questão da inviabilidade; 5. Conclusão.

Resumo: O pagamento pactuado em moeda estrangeira, mas pago em moeda nacional, após a realização da devida conversão não pode ser considerado em face das normas do Código Civil de 2002, pois a execução do contrato em moeda nacional, mesmo que firmado em moeda estrangeira, não afasta a nulidade preconizada pelo artigo 318 do diploma civil de 2002. A alegação de prejuízo provocada pela invalidade da estipulação poderá ser reparada sob a fundamentação de enriquecimento sem causa.

Palavras-chave: Obrigação. Moeda estrangeira. Nulidade.

1 INTRODUÇÃO

O artigo jurídico que segue traz como tema um fato jurídico, cuja viabilidade deve ser analisada à luz do ordenamento com o fim precípua de se estabelecer seu alcance.

Por um lado têm-se as leis, os usos ou outras fontes do direito, cabendo a consciência humana, utilizando-se das regras de hermenêutica, interpretar o fato à luz do ordenamento e extrair a conclusão do efeito jurídico.

O fato é jurídico quando o evento, originário da vontade humana ou decorrente de fatos naturais, gera consequência na órbita do direito, criando, transformando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.¹

O saudoso professor cearense Clóvis Beviláqua, no seu livro *Teoria Geral do Direito Civil*², citando Herman Post, entende por ciência geral do direito: “a exposição sistematizada de todos os fenômenos da vida jurídica da humanidade e a determinação de suas causas”. Mais adiante o mestre afirma: “E como a vida jurídica, por um lado, se manifesta sob a forma de leis e usos jurídicos, e, por outro lado, é operação da consciência individual, a ciência geral do direito é, ao mesmo tempo sociológica e psicológica”.

O aplicador do direito, ou seu operador, ao analisar o fato deverá valorá-lo, procurando interpretar sua validade e consequência perante regras jurídicas, que possuem diferenças perante as demais regras de natureza social.

No dizer de Cordeiro (2002, p.98):

As regras jurídicas distinguem-se das demais regras sociais, apenas, pela sua inclusão assumida num particular processo de decisão, ou seja: pela sua sujeição estrita à Ciência do Direito. Mas isso não absorve todas as regras. À necessidade de elementos suprapositivos soma-se o realismo no estabelecer das soluções: estas, fatalmente influenciadas pelos cenários culturais que presidem ao seu encontrar, apresentam sempre níveis éticos que não devem ser ignorados.

No final de 2004, em magistral aula no curso de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o já citado Professor Doutor Antônio Menezes Cordeiro, titular da disciplina de Direito Civil, lecionou sobre o processo de realização do direito, informando a existência de várias fases: determinação da fonte; sua interpretação; integração de eventuais lacunas; a delimitação da matéria de fato; a sua qualificação jurídica e a aplicação.

A aceitação deste processo leva à conclusão de que o processo hermenêutico pode ser sistemático.

A intenção do presente artigo não é aprofundar estudos sobre teorias interpretativas, mas sim analisar uma relação jurídica de natureza obrigacional: a viabilidade de um contrato firmado no Brasil e a ser cumprido neste País por partes estabelecidas no território brasileiro ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira.

¹ Silvio Rodrigues. *Direito Civil – Parte Geral*. 2002, pág. 155/156.

² *Apud* Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1955, pág. 09.

Tomando por base a análise sistemática do problema, apresentam-se os seguintes tópicos³: a) fonte (o negócio jurídico proposto no parágrafo anterior); b) interpretação (inteligência do negócio jurídico: é permitida obrigação pecuniária com fixação de pagamento em moeda estrangeira?); c) integração de eventuais lacunas (se houver); d) delimitação da matéria de fato (contratos estabelecidos e com local do pagamento fixado no Brasil); e) qualificação jurídica (artigos do código Civil e legislação aplicável a espécie) e f) aplicação (plano da validade e eficácia).

A questão apresentada é interessante, e a justificativa para sua pesquisa é a reflexão sobre os artigos 318⁴ e 315⁵ do Código Civil, sobre as normas do Decreto Lei nº857/69⁶ e da Lei 10.192/01⁷, e sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cujos julgados recentes⁸ entendem que é válida a contratação em moeda estrangeira, desde que o pagamento seja efetivado mediante a devida conversão em moeda nacional.⁹

A conclusão apresentada pelo citado Tribunal Superior é importante pois indica uma tendência da interpretação das regras citadas, cuja viabilidade desta linha de raciocínio se constitui a pergunta a ser respondida.

Se o objetivo da pesquisa é analisar a interpretação e a conclusão de uma linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, tornam-se necessárias algumas considerações sobre questões hermenêuticas.

³ Antônio Menezes Cordeiro. *Introdução a edição portuguesa da obra Pensamento Sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito* de Claus - Wilhelm Canaris. Fundação Calouste Gubenkian. 2002, pág.CI.

⁴ Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em outro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial.

⁵ Art.315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o dispositivo nos artigos subseqüentes.

⁶ Art. 1º. São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exeqüíveis no Brasil, estipulem pagamento em outro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

⁷ Art. 1º. As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exeqüíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.

Parágrafo único: são vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:

I – pagamento expresso em, ou vinculados a outro o moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º.

e 3º. Do Decreto-Lei no. 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º. da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

⁸ AgRg no RESP 466801/RJ; RESP 33992/SP; RESP 361206/SP; RESP 194629/SP; AgRg no Ag 612405/MG.

⁹ RESP 194629/SP.

¹⁰EMENTA: PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – MATÉRIA CONSTITUCIONAL – SEDE IMPRÓPRIA - OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA – NOTA PROMISSÓRIA EM MOEDA ESTRANGEIRA – ADMISSÃO – DATA DA CONVERSÃO DO VALOR DO TÍTULO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART.20, §4º DO CPC – APRECIACÃO EQUITATIVA DO JUIZ – DESPROVIMENTO

“3 – No concernente à nulidade do título expresso em moeda estrangeira (art. 1º, do Decreto Lei 857/69; 1º da MP 1675-55/98, convertida no art. 1º da Lei 10.192/01 e art. 618, II do CPC), as alegações dos

O artigo será dividido em três itens: I. a exegese do ordenamento aplicável à espécie, particularmente o artigo 318 do Código Civil de 2002; II. A teoria da viabilidade; III. a teoria da inviabilidade. Observa-se que esses itens se apresentam como objetivos específicos da pesquisa, visando a uma melhor ordenação das idéias e objetivando ao final apresentar resposta ao problema levantado.

2 O ARTIGO 318 DO CÓDIGO CIVIL

A análise literal do artigo 318 do Código Civil coloca o operador do direito diante de uma vedação taxativa, não prevista pelo código de 1916¹¹: *são nulas as convenções de pagamento em moeda estrangeira, bem como a utilização desta a título de atualização monetária, salvo os casos previstos em legislação especial*.

O problema em tela traz um negócio jurídico obrigacional firmado no Brasil, para ser cumprido em território nacional, firmado entre partes capazes e legítimas, cujo objeto da obrigação constitui uma prestação de dar valor pecuniário fixado em moeda estrangeira. Logo, a discussão está no plano da validade e eficácia do negócio jurídico. Exemplificando: é possível uma pessoa natural, maior e capaz, alugar a uma outra, com igual característica jurídica, um imóvel residencial em Fortaleza, na Avenida Beira Mar, e ser ajustado no contrato um aluguel mensal em moeda européia?

Afirma-se de logo que não se constitui tarefa deste artigo analisar os contratos formados e firmados no Exterior e os casos excepcionais, como os tratados, por exemplo, no artigo 2º.¹² do Decreto Lei 857/69. Informa-se também que a questão central desta pesquisa não é tão somente analisar a convenção de pagamento em moeda

recorrentes também não encontram respaldo na jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização, porquanto neste aspecto, o v. acórdão decidiu em consonância com a orientação deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é legítimo o valor do título expresso em moeda estrangeira, desde que o pagamento efetive-se mediante a conversão em moeda nacional. E, conforme salientou o v. acórdão, em suas conclusões, os valores foram devidamente convertidos. Precedentes”. (STJ. AgRg no Ag. 612405/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, Data da publicação 22.08.2005, p.287).

¹¹ A vedação no entanto era prevista no Decreto Lei 857/69, artigo 1º., cujo texto é transcrito na nota 8, e na lei 10.192 de 14 de fevereiro de 2001, artigo 1º., parágrafo único, inciso I.

¹² Art. 1º. São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art.2º. Não se aplicam as disposições no artigo anterior:

- I – aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;
- II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;
- III – aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;
- IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;
- V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção, ou modificação das obrigações referidas no item anterior ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

estrangeira, mas também observar a validade e eficácia do negócio jurídico que tenha como objeto da obrigação a prestação fixada em moeda estrangeira.

O Professor Doutor Antônio Junqueira de Azevedo¹³ (2002, p.42-49) é categórico ao lecionar sobre as diferenças entre validade e eficácia do negócio jurídico:

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”).

Em um outro capítulo o autor reitera:

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia* própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz.

Partindo do pressuposto que o negócio jurídico retratado no problema lançado é existente¹⁴, passa-se agora a observar o plano da validade e eficácia do dito negócio, devendo estes planos serem analisados separadamente.

O plano da validade difere do da eficácia, pois o negócio jurídico pode ser válido e ineficaz¹⁵, já a recíproca não é verdadeira. Isto é, salvo raras exceções¹⁶, não pode existir negócio jurídico inválido, mas eficaz.

A questão da validade não se confunde com a nulidade, mas o negócio inválido é nulo¹⁷ ou anulável. É neste prisma que se deve analisar o negócio jurídico proposto.

¹³ Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico existência, Validade e Eficácia*. Saraiva, 2002, pág.42 e 49.

¹⁴ O Negócio jurídico proposto, locação de imóvel com pagamento de aluguel em moeda estrangeira, é existente pois estão presentes os elementos gerais: forma, objeto e declaração de vontade, além dos elementos gerais extrínsecos: tempo, lugar e agente.

¹⁵ Como exemplo de negócio jurídico válido, mas ineficaz, são as obrigacionais condicionais suspensivas.

¹⁶ Exemplo: artigo 1561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

¹⁷ “os negócios jurídicos são nulos, em razão de causas que interessam ao direito privado, quando desobedecida a regra da incapacidade absoluta ou lhe faltar qualquer um dos demais requisitos legais de validade”. Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Civil, vol.1*, Saraiva, 2005, fls.350.

O fato apresentado, que trata de um contrato de locação, à luz do artigo 104 do Código Civil de 2002, traz: agentes capazes; objeto lícito (não é ilícito possuir moeda estrangeira); objeto possível (moeda estrangeira é um bem existente e passível de negociação); objeto determinado (a prestação é líquida). Logo, resta analisar de forma mais detalhada o inciso III, que trata da forma prescrita ou não defesa em lei, no tocante a validade e eficácia.

A infração a qualquer um desses itens torna o negócio jurídico inválido e conseqüentemente nulo ou anulável. A existência de forma prescrita ou não defesa em lei, expressa no novo Código Civil, que repete a regra do artigo 82 do Código passado, diz respeito à exteriorização da vontade, que poderá ser formal (escrita) ou informal (oral, gesto ou silêncio), e acarreta a invalidade do negócio se alguma forma exigida não estiver presente ou se o contrato possuir alguma forma vedada em lei.

A forma constitui um elemento a se observar no plano da validade. O professor Pedro Pais de Vasconcelos¹⁸ (2003.p.539), ao tratar sobre o assunto, com propriedade afirma:

O negócio jurídico torna-se reconhecível pela forma. A forma é o modo de exteriorização do acto ou do negócio jurídico, o modo como ele se torna aparente e reconhecível pelas pessoas perante quem se destina a vigorar.

A exteriorização do negócio jurídico, conhecida como a forma do contrato, no entanto não se pode confundir com as formalidades, que também têm importância no plano da validade, caso haja preterição de algo prescrito ou não defeso em lei.

As formalidades, no entanto, transcendem a forma, pois constituem requisitos acessórios de validade, e o descumprimento daquelas tornam o negócio jurídico nulo, sendo inválido, mesmo que a forma exigida tenha sido obedecida.

Citando-se mais uma vez o Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos (2003.p.540), observa-se que a distinção ora tratada deve ser considerada pela doutrina:

Há na prática jurídica uma tendência para identificar ou mesmo confundir as formalidades com a forma, para inserir a forma no âmbito de um conceito amplo de formalidade, ou para incluir as formalidades num conceito alargado de forma. Mas é útil distinguir. A forma é o modo como o acto e o negócio se manifestam ou exteriorizam. As formalidades são actos acessórios, que estão funcionalmente ligados ao negócio mas que dele não fazem parte. Acompanham-no mas não se identificam com ele, nem são por ele englobados.

¹⁸ Pedro Pais de Vasconcelos. *Teoria Geral do Direito Civil*. Almedina, 2003, pág.539

Pode-se levar a crer que a questão abordada neste artigo, pagamento em moeda estrangeira relativa a negócio jurídico firmado e a ser executado no Brasil, encontra-se no campo da formalidade, já que a exteriorização do negócio jurídico tem o foco limitado à forma do contrato.

Os artigos 104 e 107 do código civil de 2002 falam da forma, mas não citam as formalidades como elemento de validade.

A preterição de alguma formalidade legal torna o ato nulo, sendo estes elementos categoriais de natureza inderrogável¹⁹.

A lei não exige no contrato de locação, utilizado como parâmetro nesta pesquisa, nenhuma forma predeterminada, mas a exteriorização da vontade possui alguns limites, como, por exemplo, a impossibilidade nos contratos de locação para uso residencial de se cobrar antecipadamente o aluguel mensal. Esta questão, que se constitui uma formalidade (pacto acessório), pode ser interpretada como algo defeso em lei²⁰ (artigo 43, inciso III da Lei 8245/91).

O artigo 318 do Código Civil, cujo texto foi citado na nota 05 deste texto, traz uma vedação: cumprimento de uma obrigação mediante pagamento em moeda estrangeira, estipulação esta que pode constituir-se simultaneamente à própria formação do negócio jurídico.

No entanto, não se vislumbra que a fixação de uma estipulação, pagamento em moeda estrangeira de contrato firmado e a ser cumprido no Brasil, seja uma questão de forma ou formalidade, por dois aspectos básicos: a um, não se está discutindo a maneira de exteriorização do negócio relatado; a dois, a fixação de pagamento em moeda estrangeira não se configura um pacto acessório, nem uma solenidade.

O assunto, na opinião deste articulista, encontra-se tratado no artigo 166, inciso VII da nossa lei substantiva, que declara: *é nulo o negócio jurídico quando: VII- a lei taxativamente declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção*. Logo a invalidade do negócio jurídico tratado poderia ser fundamentada neste plano.

A análise literal do texto da citada regra, artigo 318, cumulado com o artigo 166, inciso VII, ambos do Código Civil, deixa claro que o descumprimento ao preceito estabelecido leva à nulidade da estipulação, mas julgados recentes vêm declarando a validade do negócio jurídico, o que torna necessário a fixação da teoria da viabilidade ou da inviabilidade deste tipo de estipulação.

A dúvida persiste: o citado contrato de locação, que contenha a estipulação tratada, é nulo?

¹⁹ Vide: Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico*, Saraiva, 2002, fls.43.

²⁰ Além de ser um vício de forma, a existência desse pacto no negócio e a execução da mesma constituem uma contravenção penal.

3 A QUESTÃO DA VIABILIDADE

Julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, cujos exemplos são citados na nota 9 deste artigo, aceitam a validade do negócio jurídico que pactua pagamento em moeda estrangeira, desde que este se efetive mediante conversão em moeda nacional.

O Código Civil de 1916 e o Código Comercial, movidos pelos ideais liberais, não estipulavam qualquer empecilho ao pagamento de obrigações em moeda estrangeira. A preocupação em se limitar as estipulações em questão começou a se manifestar com o surgimento das políticas econômicas, na década de 30 do século passado (Decreto 23.501 de 1933), visando o curso-forçado do papel-moeda circulante²¹.

Códigos estrangeiros, como o de Portugal e o da Espanha, não demonstram, neste assunto, a mesma preocupação dispensada pelo artigo 318 do Código Civil brasileiro de 2002. Sem dúvida alguma, as realidades econômicas são diferentes, mas naqueles diplomas continua a se consagrar a liberdade na pactuação do papel moeda em que se dará o cumprimento da prestação, podendo ser este diverso da moeda local.

O Código Civil Espanhol, no seu artigo 1170, 1º parte, estipula: *El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactuada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.*

O direito das obrigações na Espanha permite o cumprimento das estipulações pecuniárias em moeda estrangeira, determinando que o pagamento dessas prestações em moeda que tenha curso forçado na Espanha só se dará em caso de impossibilidade da entrega da moeda originariamente pactuada.

O Código Civil Português de forma mais complexa, no Livro II (Direito das Obrigações), Título I (Das obrigações em geral), capítulo III (modalidade das obrigações), Secção VI (Obrigações pecuniárias), trata tanto do princípio nominalista, artigo 550²², como das obrigações em moeda específica, artigos 552²³, 553²⁴ e 554²⁵.

²¹ Ver sobre o assunto PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol.II, Forense, 2004, páginas 131 a 141.

²² Artigo 550º. **Princípio nominalista** O cumprimento das obrigações pecuniárias faz-se em moeda que tenha curso legal no País À data em que for efectuado e pelo valor nominal que a moeda nesse momento tiver, salvo estipulação em contrário

²³ Artigo 552º. **Validade das obrigações de moeda específica** O curso legal ou forçada da nota de banco não prejudica a validade do acto pelo qual alguém se comprometa a pagar em moeda metálica ou em valor dessa moeda.

²⁴ Artigo 553º. **Obrigações de moeda específica sem quantitativo expresso em moeda corrente** Quando for estipulado o pagamento em certa espécie monetária, o pagamento deve ser feito na espécie estipulada, existindo ela legalmente, embora tenha variado de valor após a data em que a obrigação foi constituída.

²⁵ Artigo 554º. **Obrigações de moeda específica ou de certo metal com quantitativo expresso em moeda corrente** Quando o quantitativo da obrigação é expresso em dinheiro corrente, mas se estipula que o cumprimento será efectuado em certa espécie monetária ou em moedas de certo metal, presume-se que as partes querem vincular-se ao valor corrente que a moeda ou as moedas do metal escolhido tinham à data da estipulação.

A análise das regras transcritas em nota mostra que para o Direito Português não é nula a estipulação em moeda específica ou de certo metal, diferente da moeda portuguesa, presumindo-se que as partes querem vincular-se ao valor corrente que estas tenham em relação à moeda que tenha curso legal no país.

Fazer um estudo comparado do Direito peninsular é interessante, pois se trata de povo com cultura semelhante, dado os traços históricos advindos da colonização, embora que os artigos transcritos apenas evidenciem uma diferença entre as legislações, acentuando a dúvida, pois a regra do artigo 318 do Código Civil brasileiro possui regra restritiva, vedando inclusive a estipulação da compensação da diferença entre o valor da moeda específica pactuada e o da moeda nacional.

Nos tópicos anteriores dissecou-se acerca do fato jurídico objeto deste estudo, sendo importante ressaltar que a questão é de hermenêutica, cuja teoria sistemática foi citada na introdução, observando-se que a tendência jurisprudencial mencionada neste artigo foi construída com base no Código de 1916, cujo texto não proíbe o negócio, mas sob a égide do artigo 1º. do Decreto Lei 857/69 e artigo 1º. da Lei 10.192/01, existe regra proibitiva semelhante a observada no artigo 318 do novo Código Civil.

À primeira vista parece estranha a interpretação produzida pelo STJ, não aplicando a nulidade do negócio jurídico que estipula pagamento em moeda estrangeira, pois denotaria uma violação a expressa determinação legal. Fazendo-se uma análise dos julgados citados em notas, observa-se que a qualificação jurídica apresentada ao caso em estudo, dentro do processo sistemático, indica que: a) o pagamento pactuado em moeda estrangeira, após a realização da devida conversão, é realizado em moeda nacional; b) a nulidade do negócio jurídico traria proveito desmedido a uma das partes, que estaria tirando benefício da própria torpeza ou implicaria o enriquecimento injusto do devedor; c) o preço se ajustado em moeda estrangeira, mas em equivalência a certa quantidade de reais, não implica infração ao artigo 318 do Código Civil e as demais regras citadas.

O trabalho do hermenêuta²⁶ no tema proposto é a busca do sentido da regra esculpida no artigo 318 do Código Civil, observando se a qualificação disposta no parágrafo anterior é passível de aceitação.

A questão é sem dúvida alguma de natureza hermenêutica. Se o interprete utilizar-se da literalidade como ferramenta de interpretação, rapidamente concluiria que os julgados que apresentam esta motivação são equivocados.

A análise da questão a partir de agora deve ser tópica²⁷, focando-se a regra do

²⁶ “De todo modo, se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é interpretação, as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a Hermenêutica.” (Raimundo Bezerra Falcão, *Hermenêutica*, Malheiros, 1997, pág.84.

²⁷ “Em função disso, o Direito há de ser visto topicamente. Quer dizer, frente a um determinado problema, procurar-se-á sua solução; a seguir, a solução conseguida será apoiada em tópicos, consistentes em pontos de vista que pudessem ser compartilhados pela parte adversa na discussão, até que, admitidos esses pontos de vista, ter-se-ia uma resposta lógica correta”. (Raimundo Bezerra Falcão, *Hermenêutica*, Malheiros, 1997, pág.179.

artigo 318 do Código Civil e seus desdobramentos. Observa-se que a tópica não exclui o pensamento sistemático, ao contrário complementa-o²⁸.

O ponto nodal deste artigo é a análise dos argumentos apresentados pelas citadas jurisprudências do STJ, que não decretam a nulidade dos contratos que convencionam o pagamento em moeda estrangeira, mesmo estando vigente as regras do artigo 1º. do Dec. Lei 857/69 e a do artigo 1º. da Lei 10.192/01, semelhante a regra existente no artigo 318 do Código Civil.

Para entender as conclusões dos citados julgados se faz necessário observar não só a fundamentação, mas também a motivação destes julgados.

A motivação²⁹, que deve existir nas decisões judiciais, consiste nos *argumentos* desenvolvidos pelo julgador para justificar a decisão. É com o acesso à motivação da decisão que as pessoas poderão conhecer as razões do julgador, permitindo a crítica doutrinária e o controle democrático sobre a atividade jurisdicional do Estado, evitando decisões arbitrárias e erradas.³⁰

Esse princípio não vem explicitamente consagrado na Constituição de 1988, mas encontra-se, implicitamente, previsto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*”

O processualista Roberto Rosas³¹ expõe que “a importância da motivação da sentença cresce na Constituição italiana que a impõe expressamente (todas as decisões judiciais devem ser motivadas – art.111)”. Adiante menciona que a Constituição brasileira não contém dispositivo idêntico, mas o princípio da motivação decorre do regime democrático e dos princípios inerentes a ele (Constituição, art.5º, §2).

²⁸ Wilhelm Canaris Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pág.273.

²⁹ “Para o direito brasileiro a exigência da motivação vem das Ordenações Filipinas: “E para as partes saberem se lhes convém apelar ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os juizes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros julgadores, ora sejam letrados, ora o não seja, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, ou a confirmar ou revogar”(Livro III, Título LXVI, §7º).

“Essa regra Filipina foi para o regulamento 737 impondo ao juiz a motivação da decisão (art.232)”.

“Os Códigos estaduais não fugiram a essa orientação, nem o nacional de 1939. No Código atual ela se apresenta em várias passagens: o juiz indicará, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art.131) requisito essencial da sentença, que deve ser fundamentada (art.458,II), e até os despachos interlocutórios serão fundamentados, ainda que de modo conciso (art.165). A motivação é imposta ainda nos processos originários da competência dos tribunais.” (Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional*, RT, 1997. Pág.46).

³⁰ José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995. Pág.67.

³¹ Roberto Rosas. *Direito Processual Constitucional*. 1997, pág.46.

É com a motivação das decisões que as razões do convencimento do juiz são explicitadas, isto é, há a exteriorização dos motivos daquele posicionamento.

A fundamentação é um outro princípio processual constitucional, cujo enunciado difere substancialmente do princípio da motivação.

O Juiz, ao aplicar a norma jurídica pertinente à lide, resolve o conflito. O instrumento que põe fim à ação é justamente a sentença, que deverá conter, além dos requisitos constantes no Código de Processo Civil, a motivação, que são as conclusões emanadas pelo julgador para justificar a decisão, e a fundamentação, sujeição do juiz ao ordenamento jurídico como um todo³².

Ao contrário do princípio da motivação, a fundamentação vem expressamente prevista na Constituição Federal, inciso IX do art.93 da CF, e tem como finalidade, também, garantir as pessoas contra o arbítrio porventura cometido pelo judiciário.

Os julgados citados apresentam motivações díspares, mas todos eles validam o negócio jurídico em tela, não considerando a nulidade, que para os Ministros não se aplica à situação em estudo.

Passa-se agora a apresentação das argumentações observadas nos votos analisados:

- a) **o pagamento pactuado em moeda estrangeira, após a realização da devida conversão, é pago em moeda nacional**³³ – O presente argumento leva em conta o fato de que o pagamento efetivo é feito em moeda nacional, embora deva guardar equivalência a certa quantidade de moeda estrangeira contratada. O contrato não desrespeita a regra legal se existir cláusula determinando que o valor fixado em moeda estrangeira, objeto da prestação, seja pago em moeda corrente nacional, em valor correspondente, na data do vencimento. O Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido em recurso indicado na nota 35, afirma que “*a finalidade do dispositivo (Decreto-Lei 857/69) consiste em inibir a restrição ou recusa do curso legal do cruzeiro, impondo, a contrario sensu, o seu curso forçado*”. Mais adiante motiva que: “*o dólar americano foi tomado como parâmetro de mera atualização monetária, não havendo imposição contratual de*

³² José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, Malheiros, 1995. Pág.67.

³³ EMENTA: CIVIL. CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE IMAGEM. CLUBE DE FUTEBOL. ATLETA PROFISSIONAL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ATRELA AS CORREÇÕES MONETÁRIAS À VARIAÇÃO CAMBIAL DE MOEDA ESTRANGEIRA. PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL, COM BASE NA COTAÇÃO DE CÂMBIO. LEGALIDADE. DECRETO-LEI N. 857/69, ART. 1º. EXEGESE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

- Na linha dos precedentes deste tribunal, é válida a contratação em moeda estrangeira, desde que o pagamento seja efetuado mediante a devida conversão em moeda nacional.

(AgRg no RESP 466801/RJ; Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ.29.09.2003 p.258.)

que a liquidação da obrigação devesse ocorrer em dólar”. A interpretação desses aplicadores do direito é a de que a norma do artigo 1º, do Decreto Lei nº 857/69, assemelhada a do artigo 318, diz respeito tão somente à execução, que não pode ser efetuada em moeda estrangeira. Em síntese, não se veda a estipulação da prestação em moeda alienígena, desde que o pagamento se dê em moeda corrente nacional.

- b) **a nulidade do negócio jurídico traria proveito desmedido a uma das partes, que estaria tirando benefício da própria torpeza ou implicaria o enriquecimento injusto do devedor**³⁴ Essa motivação repele a nulidade do negócio jurídico pela questão da aparente injustiça que ocorreria entre os negociantes. Um dos princípios dos contratos é da boa-fé objetiva³⁵, que ao contrário da boa-fé subjetiva, considera como modelo a ser observado uma conduta padrão de justiça aceitável para o caso, cujos preceitos transcendem ao aspecto literal da regra do artigo 318 do Código Civil (artigo 1º do Dec. Lei. 857/69). A preocupação retratada nesse argumento está na possibilidade da efetivação de um contrato sinalagmático, no cumprimento da prestação por um e no descumprimento por parte do outro, que teria que pagar em moeda estrangeira, sob alegação de nulidade da pactuação face à ordem vigente. A viabilidade do pedido de nulidade traria uma situação de insegurança jurídica e de indiscutível injustiça sofrida por parte daquele que

³⁴ EMENTA: COMERCIAL – VALIDADE DE CONTRATO CELEBRADO EM MOEDA ESTRANGEIRA - PAGAMENTO EM CRUZEIRO – EXEGESE DA NORMA CONTIDA NO ART. 1º. DO DECRETO-LEI Nº 857/69.

- I – Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional.
 - II – Alegação de nulidade do ajuste por suposta violação ao art. 1º. Do Decreto-Lei nº 857/69, não favorece os partícipes na celebração do negócio porque estariam tirando proveito da própria torpeza.
 - III – O legislador visou evitar não a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas sim, aqueles que estipulassem o seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro – moeda nacional – recusando seus efeitos ou restringindo seu curso legal.
 - IV – Inteligência do art. 1º., do decreto-Lei nº 857/69, precedentes Resp’s nºs 4.819-RJ e 11.801-0-RJ
 - V – Recurso não conhecido.
- (RESP 36.120-6 - SP; Rel. Min. Waldemar Zveiter)

³⁵ “Como o dispositivo do art. 421 se reporta ao que se denomina boa-fé objetiva, é importante que se distinga da boa-fé subjetiva. Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.”

“A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com os determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.”
Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil vol.II*, Atlas, 2002, pág.379.

concedeu a partida e não recebeu a contrapartida por questões formais, nulidade do contrato. Os defensores da viabilidade do negócio afirmam que a solução para evitar essa situação, em conformidade com a boa-fé, que deve existir entre os negociantes, é aceitar a validade do contrato, desde que o seu cumprimento se dê em moeda nacional. Logo, aplicar-se-ia a tese do item anterior, com o acréscimo do princípio citado, evitando-se injustiça e enriquecimento ilícito, artigo 884 do Código Civil³⁶. De acordo com este argumento, a nulidade só poderia ser aceita se o contrato vergastado não possuir qualquer outra forma de cumprimento senão em moeda estrangeira.

- c) **o preço quando ajustado em moeda estrangeira, estipulando-se sua equivalência a certa quantidade de moeda nacional, não implica infração ao ordenamento jurídico.** Esse argumento é um complemento da tese desenvolvida no item “a” e no item “b”, cujo aplicador do direito, ao interpretar as normas citadas, defende: *que o legislador não visou evitar a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas sim, a estipulação do seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro – moeda nacional – recusando seus efeitos ou restringindo seu curso legal.* Mais uma vez informa-se que não existirá problema algum se a execução do contrato se dê em moeda nacional, cumprindo-se o espírito da norma que é conferir o curso forçado à moeda nacional.

Logo, há uma corrente importante do STJ que defende a teoria da viabilidade dos negócios jurídicos celebrados em moeda estrangeira, desde que o cumprimento da prestação se dê em moeda corrente nacional. Para os julgados apresentados, a correta exegese do artigo 1º. do Decreto-Lei 857/69 é que a nulidade do pactuado só ocorre se o credor exigir o cumprimento do pactuado em moeda estrangeira.

As três motivações afastam a nulidade tratada de forma imediata no artigo 318 e de forma mediata no artigo 166, VII, ambos do Código Civil, pois a nulidade seria apenas se ocorresse impossibilidade de se cumprir a prestação em moeda nacional.

É interessante agora tentar contrapor ou testar a tese defendida neste item, procurando fazer uma análise do artigo 318 do novo Código Civil e, ao final, concluir pela viabilidade ou inviabilidade.

³⁶ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se, a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

4 A QUESTÃO DA INVIABILIDADE

O problema, com a vigência do artigo 318 do novo Código Civil, ganha nova conotação, pois a redação deste difere do artigo 1º. da Lei 10.192 e do artigo 1º. do Decreto-Lei nº857/69. O princípio em nossa opinião é o mesmo, mas a norma do novel código substantivo, além de reproduzir as normas antigas (*As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em real, pelo seu valor nominal - artigo 1º. Da Lei 10.192*), acrescenta um aspecto novo: a vedação da compensação da diferença entre o valor da moeda estrangeira e o da moeda nacional.

A novidade citada introduz uma vedação importante que será objeto de análise neste item, mas inicialmente deve-se analisar o artigo 1º. do Decreto-Lei 857/69, que não é incompatível com a nova lei. O que ocorreu com a vigência do Novo Código Civil foi apenas o acréscimo de uma vedação.

Os julgados citados até agora neste artigo concluíram pela viabilidade do negócio jurídico em tela. A questão é complexa, pois existem opiniões em contrário, mesmo quando a fundamentação utilizada é a exegese do Decreto-Lei 857/69, que ainda se encontra vigente³⁷.

Em voto proferido no REsp. 23.707-9/MG³⁸, o Excelentíssimo Ministro Athos Carneiro defende taxativamente a nulidade da cláusula que fixa preço em moeda estrangeira em contrato de compra e venda. A sua motivação está no fato de que a norma do artigo 1º. do Decreto-Lei 857/69, que veda esta estipulação, é de ordem pública e que dispor de forma diversa só poderia ocorrer nos casos do artigo 2º. do mesmo diploma, já que o contrato, discutido na ação, era inteiramente exequível no Brasil.

O jusfilósofo Miguel Reale³⁹ (1987. p.131) ao lecionar sobre ordem pública grifou:

³⁷ Como o DL 857/69 continua vigente, as exceções nele previstas, no art. 2º., não serão afetadas pelo advento do CC, o qual, aliás, expressamente ressalva as previsões da lei especial. (Gustavo Tepedino. *Código Civil Interpretado*, Renovar, 2004, pág.319)

³⁸ EMENTA: CONTRATO DE COMPRA E VENDA, COM PREÇO FIXADO E INDEXADO EM DÓLARES, PARA PAGAMENTO EM CRUZEIROS. NULIDADE DA CLÁUSULA. DECRETO-LEI 857/69.

É TAXATIVAMENTE VEDADA A ESTIPULAÇÃO, EM CONTRATOS EXEQUÍVEIS NO BRASIL, DE PAGAMENTO EM MOEDA ESTRANGEIRA, A TANTO EQUIVALENDO CALCULAR A DÍVIDA COM INDEZAÇÃO AO DÓLAR NORTE-AMERICANO, E NÃO A ÍNDICE OFICIAL OU OFICIOSO DE CORREÇÃO MONETÁRIA, LÍCITO SEGUNDO AS LEIS NACIONAIS.

AÇÃO DE COBRANÇA DA VARIAÇÃO CAMBIAL, PROPOSTA PELA VENDEDORA. NULIDADE DE PLENO DIREITO DA CLÁUSULA OFENSIVA A NORMA IMPERATIVA E DE ORDEM PÚBLICA.

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(Resp 23707/MG, Rel. Min. Athos Carneiro, Quarta Turma, DJ.02.08.1993.)

³⁹ Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*, Saraiva, 15ª.ed, pág. 131.

O primeiro tipo de regras jurídicas que nos cumpre estudar são as chamadas regras jurídicas cogentes ou de ordem pública. A expressão de ordem pública tem trazido, infelizmente, várias confusões. O emprego do adjetivo **pública** leva, às vezes, alguns espíritos a confundir essas regras com as de Direito Público, que é aquele que rege as relações sociais em que de maneira imediata, prevalece o interesse da coletividade.

Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistirá, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados”.

A caracterização da norma em discussão como de ordem pública é essencial, pois impede a disposição de forma diversa pela vontade das partes. Logo, segundo este importante voto, o contrato em análise é nulo, não podendo as partes dispor livremente do preceito em comento. Mas a pergunta que se faz nessa fase da pesquisa é se os argumentos levantados no item II deste artigo podem ser contraditados.

Em primeiro lugar, **o pagamento pactuado em moeda estrangeira, mas pago em moeda nacional, após a realização da devida conversão** não pode ser considerado, em face das normas anteriores ao Código Civil de 2002 e em face ao próprio Código, pois a execução do contrato em moeda nacional não afasta a nulidade preconizada, o que torna a estipulação inválida. O ponto nodal encontra-se no fato de que se permitir a validade do contrato é burlar o preceito legal que expressamente veda a pactuação. A conversão realizada funcionaria como uma cláusula de escala móvel (artigo 316 do Código Civil) indexada à moeda estrangeira, fato proibido pela Legislação Federal brasileira (Lei 6.423/77⁴⁰) vigente à época, e hoje pelo próprio Código Civil, parte final do artigo 318.

Em segundo lugar, **a nulidade do contrato não traria proveito desmedido a uma das partes, caso uma delas tenha cumprido com sua prestação**. Em item anterior (1), discorreu-se sobre a questão da viabilidade e da eficácia do negócio jurídico, cuja conclusão é a que a inviabilidade, salvo exceções, traz a ineficácia do negócio jurídico. Imagine-se, mais uma vez, um contrato de locação de imóvel, cujo aluguel mensal é fixado em moeda estrangeira. Como ficaria o locador que concedesse

⁴⁰ Art.1º. A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação do Tesouro Nacional – OTN.

o uso e o gozo da coisa e no momento do recebimento do aluguel fosse surpreendido com a alegação de nulidade contratual, o que implicaria efeito *ex tunc*? Num primeiro momento poder-se-ia pensar que o locatário, que usou o bem, iria se beneficiar, pois não teria como ser cobrada sua retribuição neste tipo de contrato sinalagmático, em face da nulidade. Essa aparente injustiça não ocorrerá, pois o locador, diante da nulidade, poderá alegar enriquecimento sem causa da parte *ex adversa* e requerer a restituição do indevidamente auferido (artigo 884⁴¹ do Código Civil), evitando-se um locupletamento indevido. O Professor Venosa (2006. p.211) afirma com propriedade que:

“sempre que houver prejuízo econômico sem causa jurídica, haverá direito à ação de enriquecimento. Observemos, de plano, que o princípio não se confunde com indenização por perdas e danos. Não se está no campo da responsabilidade civil. A noção de culpa é irrelevante para o princípio geral”.

É interessante observar que a norma citada é uma novidade do Código Civil de 2002, mas sem dúvida alguma o preceito estudado se constituía, no ordenamento anterior, um princípio geral do direito, e a impossibilidade de reaver o ganho injustamente auferido pelo devedor (inquilino) acarretaria no dever de restituir os ganhos, como medida de justiça⁴², artigo 158 do Código Civil de 1916.

A tese ora defendida, além de juridicamente possível à luz do diploma civil antigo e do vigente, também está de acordo com o princípio da boa-fé objetiva⁴³, pois o

⁴¹ Art.884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

⁴² Em que pese alguns julgados em contrário em nossa jurisprudência, na qual se sentiu falta de um dispositivo genérico sobre o enriquecimento indevido, a corrente majoritária, mormente em São Paulo, passou a admitir a ação de rito ordinário de enriquecimento, entre os principais coobrigados do título nessa situação (RT 443/214, 446/265, 441/134, 440/164, 442/265, 452/129, 468/223, 474/198, 175/197). Evidente que, sob tal premissa, vedar a ação *in reverso* é contrariar o princípio da equidade que rege o enriquecimento sem causa. É curial que a ação se desvincule dos princípios cambiários, regendo-se pelos requisitos do enriquecimento sem causa. Há que se provar os requisitos expostos. Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil, vol.II*. Atlas, 2006, pág.213.

⁴³ “Denota-se, portanto, que a boa-fé é tanto forma de conduta (subjéctiva ou psicológica) como norma de comportamento (objéctiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio.” “A boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. No entanto, essa imprecisão se mostra necessária, num sistema aberto, para que o intérprete tenha liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso”. Carlos Roberto Gonçalves. *Direito Civil Brasileiro III volume*, Saraiva, 2004, pág.35/36.

ressarcimento do locador, segundo o exemplo apresentado, que deseja receber a retribuição contratada, é a conduta aceitável pelos padrões sociais, evitando-se assim o seu prejuízo. É bem verdade que o seu ressarcimento não se dará pela cobrança da prestação anteriormente ajustada, mas por intermédio de um outro remédio jurídico, fundamentado no citado artigo 884 do Código Civil. Logo, não se deve aceitar o argumentado apresentado no item anterior.

Em terceiro lugar, **o preço quando ajustado em moeda estrangeira, estipulando-se sua equivalência a certa quantidade de moeda nacional, implica infração ao ordenamento jurídico.** Aceitar a tese contrária é concordar com a indexação da prestação pecuniária à variação cambial, tendo com base moeda estrangeira, fato vedado anteriormente pela Lei 6.423/77 e atualmente pelo artigo 318 do Código Civil. Aceitar que é válido o negócio jurídico se o pagamento se der em moeda corrente nacional tendo como parâmetro moeda estrangeira é indubitavelmente utilizar a variação da moeda estrangeira como indexador, fato que acarretaria também a nulidade da avença.

A regra do artigo 315⁴⁴ do Código Civil, cujo artigo correspondente no Código civil de 1916 era o 947, indica que qualquer dívida pecuniária deverá ser paga no vencimento e em moeda corrente. Esta regra não afasta a aplicação do artigo 318, ao contrário o completa. Ressalta-se também que ela não pode ser usada para tornar válido o negócio retratado neste artigo, pois o pagamento em moeda nacional de contrato firmado em moeda estrangeira levaria a indexação do contrato a esta moeda, cuja vedação foi exposto no parágrafo anterior.

A oposição aos três argumentos levantados no item anterior leva o hermeneuta a concluir pela inviabilidade, já que existe norma expressa que veda a estipulação da prestação em moeda estrangeira e, mesmo que o pagamento ocorra em moeda nacional, não muda a ordem emanada na norma, pois a sua permissão implicaria no mínimo numa indexação do objeto da prestação à variação cambial, representada pela cotação da moeda alienígena.

A nulidade dos contratos com prestação pecuniária em moeda estrangeira é patente, e o fato da execução se dá em moeda nacional não desvirtua este absurdo jurídico. É importante, no entanto, verificar a questão com mais acuidade, pois a nulidade indicada e a vedação à ocorrência de qualquer efeito podem gerar injustiça ou até enriquecimento sem causa. O já citado professor Azevedo (2002. p.66), afirma:

Tanto dentro de cada plano quanto nas relações entre um plano e outro há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência,

⁴⁴ Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subseqüentes.

invalidade e ineficácia; queremos referir-nos ao **princípio da conservação**. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação de normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas, devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos – existência, validade e eficácia-, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente.

O princípio da conservação consiste, pois, em procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômico ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídico, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico.

A análise da situação e a tendência pela nulidade do negócio jurídico tratado neste artigo poderiam trazer a falsa conclusão de que uma das partes poderiam se beneficiar da nulidade, isto é, firmar pacto contendo como objeto uma prestação pecuniária em moeda estrangeira e em momento posterior requerer a sua nulidade com base no artigo 318 do Código Civil ou no Decreto Lei 857/69 se abstendo de cumprir sua prestação. O problema existirá se a outra parte já tiver adimplido com sua obrigação, observando que o contrato pode estipular diversas relações obrigacionais, o que geraria uma situação injusta.

Com o advento do novo Código Civil, esta situação de injustiça seria passível de correção não só pelo princípio da conservação, mas também pelas regras do artigo 182 e 884, ambos do Código Civil, que conferem “um mínimo de eficácia” à estipulação nula, evitando-se o enriquecimento ilícito. Observa-se que os julgados analisados foram proferidos com base no Código anterior, mas a conclusão não seria diferente, já que a doutrina, naquela oportunidade, aceitava o princípio da conservação e do enriquecimento sem causa.

A regra do artigo 182⁴⁵ do Código Civil reproduz o artigo 158 do Código passado, não sendo, portanto, uma novidade, mas a ocorrência de um ato comissivo

⁴⁵ Art. 182 – Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.

ou omissivo, mesmo que nulo, que desequilibra sem causa justificada os patrimônios das partes de uma relação obrigacional, acarretando uma vantagem patrimonial para um e uma desvantagem patrimonial para outro, configura uma situação anômala passível de interposição de uma ação de repetição, hoje positivada pelo artigo 884 do Código Civil.

Ressalta-se que os requisitos para a caracterização do enriquecimento ilícito são: ato comissivo ou omissivo; desequilíbrio desmedido e injusto entre as partes; prejuízo sem causa para uma das partes. Observa-se que tais requisitos são inteiramente diferentes dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil.

A caracterização do enriquecimento sem causa, segundo o Professor Português Mário Júlio de Almeida Costa⁴⁶, é derivado, além dos três requisitos positivos, de três requisitos negativos. Como requisitos positivos citam: 1) *enriquecimento* (enriquecimento da pessoa obrigada à restituição); 2) *suporte do enriquecimento por outrem* (um enriquecimento à custa de um empobrecimento); 3) *correlação entre o enriquecimento e o suporte deste* (conexão entre o enriquecimento e o sacrifício econômico do outro). Como requisitos negativos citam: 1) *ausência de causa legítima* (inexistência de causa jurídica que justifique o deslocamento patrimonial); 2) *ausência de outro meio jurídico* (não se pode alegar enriquecimento sem causa quando há outro meio de ser indenizado ou ressarcido); 3) *ausência de preceito legal que negue o direito à restituição*.

Retornando ao problema levantado neste artigo, a nulidade da estipulação do pagamento em moeda estrangeira acarretaria a nulidade de toda a relação contratual, mas, se uma das partes tiver cumprido com sua prestação e a outra usufruída da situação, deverá e poderá aquela requerer a restituição, que não poderá ser superior ao empobrecimento sem causa suportado.

No exemplo dado, referente a um contrato de locação de imóvel firmado no Brasil, cujo aluguel é fixado em moeda estrangeira, ao contrário do exposto na teoria da viabilidade, a conclusão é pela sua nulidade, em conformidade com a regra do artigo 318 e 166, VII do Código Civil. O locador, caso não tenha recebido o aluguel, após o uso do inquilino e a declaração de nulidade, poderá pedir a restituição provando: a) enriquecimento do inquilino (usou da coisa locada); b) empobrecimento do locador (deixou de obter renda originária do bem locado); c) conexão entre o enriquecimento e o empobrecimento (não pagamento do aluguel pelo fato de nulidade contratual); d) inexistência de causa que justifique o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro (o locador almeja a retribuição pela locação); e) ausência de outro meio jurídico (única forma de corrigir a injustiça – artigo 886 do Código Civil); f) inexistência de vedação legal à restituição do indevidamente auferido.

⁴⁶ Vide Direto das Obrigações, Almedina, 2004, páginas 450/462.

Existem certos casos que o objeto da restituição não pode ser realizado pelo fato de ter ocorrido perecimento ou consumo deste, levando o empobrecido a realizar a repetição pelo valor do bem (artigo 884, parágrafo único). No exemplo do contrato de locação, cujo locatário, que se encontra na posse do imóvel, se recusa ao pagamento do aluguel por ser convencionado em moeda estrangeira, fica impossível a restituição por parte do inquilino da vantagem que auferiu com o uso do imóvel, que é consumível. O que poderá restituir sem dúvida alguma seria a equivalência pecuniária pelo uso (vantagem) experimentado⁴⁷.

A análise apresentada, contrapondo a tese da viabilidade, como não poderia deixar de ser, foi desenvolvida em torno da Legislação anterior ao código de 2002. A vigência do artigo 318 do Código Civil só reforça os argumentos levantados neste item, que declara expressamente a nulidade da estipulação tratada e veda a compensação da diferença entre o valor da moeda estrangeira e o da moeda nacional. Ora, o cumprimento da obrigação estipulada em contrato deste tipo, mesmo que o pagamento se dê em moeda nacional, implica infração à regra da compensação.

Conforme o visto, a solução ou reparação das possíveis injustiças se daria por intermédio do instituto do enriquecimento sem causa, existente e aceito no ordenamento anterior, embora que regulamentado no Código Civil de 2002.

Logo, se configura inviável defender, face a nossa legislação anterior e a vigente, a tese da *viabilidade de um contrato firmado no Brasil e a ser cumprido no mesmo local por partes estabelecidas no território brasileiro ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira*.

5 CONCLUSÃO

A análise das conclusões obtidas com a pesquisa, que trata da viabilidade ou inviabilidade de contrato firmado no Brasil e a ser cumprido em nosso País por partes estabelecidas no território brasileiro ter como objeto prestação de pagar moeda

⁴⁷ O Professor Português COSTA (2004. P450-451):

“ Observe-se, além disso, que a vantagem em que o enriquecimento consiste se mostra susceptível de ser encarada sob dois ângulos: o do *enriquecimento real*, que corresponde ao valor objectivo e autónomo da vantagem adquirida; e do *enriquecimento patrimonial*, que reflecte a diferença, para mais, produzida na esfera económica do enriquecido e que resulta da comparação entre a sua situação efectiva (situação real) e aquela em que encontraria se a deslocação se não houvesse verificado (situação hipotética).”

“Ora as referidas concepções podem conduzir a quantitativos muito diversos. Imagine-se que A usa ou consome uma certa coisa de B. O enriquecimento real será apreciado através do valor objectivo da utilização ou consumo dessa coisa, independentemente dos reflexos que teve no património de A. Pelo contrário, com vista à determinação do enriquecimento patrimonial, importa averiguar tais repercussões concretas, podendo chegar-se a um resultado inferior ou superior ao cumprimento.”

estrangeira, e expostas neste artigo ao longo dos itens dissertados podem ser apresentadas nos seguintes pontos:

- 1) O plano da validade difere do da eficácia, pois o negócio jurídico pode ser válido e ineficaz⁴⁸, já a recíproca não é verdadeira. Isto é, salvo raras exceções⁴⁹, não pode existir negócio jurídico inválido, mas eficaz. A questão da validade não se confunde com a nulidade, mas o negócio inválido é nulo ou anulável. É neste prisma que devemos analisar o negócio jurídico proposto.
- 2) A exteriorização do negócio jurídico, conhecida como a forma do contrato, no entanto não se pode confundir com as formalidades, que também têm importância no plano da validade, caso haja preterição de algo prescrito ou não defeso em lei. As formalidades, no entanto, transcendem a forma, pois constituem requisitos acessórios de validade e o descumprimento daquelas tornam o negócio jurídico nulo, sendo inválido, mesmo que a forma exigida tenha sido obedecida.
- 3) Não se vislumbra que a fixação de uma estipulação, pagamento em moeda estrangeira de contrato firmado e a ser cumprido no Brasil, seja uma questão de forma ou formalidade, por dois aspectos básicos: a um, porque não se está discutindo a maneira de exteriorização do negócio relatado; a outro, porque a fixação de pagamento em moeda estrangeira não se configura um pacto acessório, nem uma solenidade. O assunto, na opinião deste articulista, encontra-se tratado no artigo 166, inciso VII da nossa lei substantiva, pois declara que *é nulo o negócio jurídico quando: VII- a lei taxativamente declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção*. Logo a invalidade do negócio jurídico tratado poderia ser fundamentada neste plano.
- 4) Há uma corrente importante do STJ que defende a teoria da viabilidade dos negócios jurídicos celebrados em moeda estrangeira, desde que o cumprimento da prestação se dê em moeda corrente nacional. Para os julgados apresentados, a correta exegese do artigo 1º. Do Decreto –Lei 857/69 é que a nulidade do pactuado só ocorre se o credor exigir o cumprimento do pactuado em moeda estrangeira.
- 5) O pagamento pactuado em moeda estrangeira, mas pago em moeda nacional, após a realização da devida conversão não pode ser considerado em face das normas anteriores ao Código Civil de 2002, pois a execução

⁴⁸ Como exemplo de negócio jurídico válido mas ineficaz são as obrigacionais condicionais suspensivas.

⁴⁹ Exemplo de negócio jurídico inválido, mas que gera efeito: Exemplo: Casamento de dois irmãos (artigo 1561 do Código Civil).

- do contrato em moeda nacional, mesmo que firmado em moeda estrangeira, não afasta a nulidade preconizada, o que torna a estipulação inválida.
- 6) Aceitar que é válido o negócio jurídico se o pagamento se der em moeda corrente nacional, tendo como parâmetro a moeda estrangeira, é indubitavelmente utilizar a variação da moeda estrangeira como indexador, fato que acarretaria também a nulidade da avença.
 - 7) A oposição aos três argumentos levantados no item anterior leva o hermeneuta a concluir pela inviabilidade, já que existe norma expressa que veda a estipulação da prestação em moeda estrangeira e mesmo que o pagamento ocorra em moeda nacional não muda a ordem emanada na norma, pois a sua permissão implicaria no mínimo numa indexação do objeto da prestação à variação cambial, representada pela cotação da moeda alienígena.
 - 8) Retornando ao problema levantado neste artigo, a nulidade da estipulação do pagamento em moeda estrangeira acarretaria a nulidade de toda a relação contratual, mas, se uma das partes tiver cumprido com sua prestação e a outra usufruída da situação, deverá e poderá aquela requerer a restituição, que não poderá ser superior ao empobrecimento sem causa suportado.
 - 9) Existem certos casos que o objeto da restituição não pode ser realizado pelo fato de ter ocorrido perecimento ou consumo deste, levando o empobrecido a realizar a repetição pelo valor do bem (artigo 884, parágrafo único).
 - 0) Logo, se configura inviável defender, face a nossa legislação anterior e a vigente, a tese da viabilidade de um contrato firmado no Brasil e a ser cumprido no mesmo local por partes estabelecidas no território brasileiro ter como objeto prestação de pagar moeda estrangeira.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. vol. 01. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1953.

_____. **Teoria geral do Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. Brasília: Polis, 1989.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CLAUS, Wilhelm Canaris. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. 3. ed. por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. vol.1, São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Lisboa: Almedina, 2004.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol II. São Paulo: Forense, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. vol.1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, Roberto Rosas. **Direito processual constitucional**. São Paulo: RT, 1997.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. vol.1. Trad. 6. ed. italiana, por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol.1. São Paulo: Renovar, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do Direito Civil**. 3.ed. Lisboa: Almedina, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. vol.1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WALD, Arnoldo. **O novo direito monetário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OBLIGATION OF PAYMENT IN FOREIGN CURRENCY

Abstract: After effective conversion, payment which was contracted on foreign currency but was paid in national currency can not be considered due to the rules of the 2002 Civil Code. Executing the contract in national currency, even when agreed on foreign currency does not avert the condition of nullity preconized by article 318 of such Code. The claim of damages brought about the invalidity of stipulation may be repaired relying on enrichment without a cause.

Key words: Obligation. Foreign currency. Nulity.

CONTRIBUIÇÕES E JUSTIÇA TRIBUTÁRIA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

NATÉRCIA SAMPAIO SIQUEIRA

Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Tributário na FA7. Procuradora do Município de Fortaleza. Advogada.

naterciasiqueira@yahoo.com.br

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais da natureza jurídica da contribuição; 3. Os fatos geradores das tradicionais espécies tributárias; 4. Modelos de tributação; 5. A contribuição como modelo de tributação; 6. A igualdade no custeio do Estado; 7. A adequação da contribuição ao justo modelo de custeio do Estado; 8. Tópicos conclusivos.

Resumo: O presente artigo trata das contribuições – espécie tributária – no ordenamento brasileiro. Nele, retoma-se às discussões referentes à natureza jurídica das contribuições; não apenas no tocante à sua natureza tributária ou de espécie autônoma, mas, fundamentalmente, em relação à adequação da tributação por contribuição ao sistema constitucional tributário. Desta forma, extraindo-se o modelo da tributação justo e racional, posto que em consonância com as liberdades fundamentais, os postulados da ordem econômica e a igualdade na distribuição da carga tributária, passa-se a estudar as contribuições, de modo que elas sejam criadas, reguladas e instituídas em adequação ao referido modelo de exação fiscal.

Palavras-chave: Contribuição. Adequação. Justo modelo constitucional de tributação.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca questões referentes às contribuições, a partir dos possíveis modelos de tributação, admitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição em vigor, quando disciplina as contribuições, não raro se abstém de traçar-lhe os fatos geradores, limitando-se a estipular a aplicação de alguns princípios e das normas gerais tributárias ao regime jurídico das contribuições. Em razão de tal caráter normativo, tem-se uma permissividade absolutamente inadequada em relação às contribuições, o que gera a necessidade de traçar-lhes, com cuidado, os fatos geradores que podem apresentar, assim como os limites para a sua própria instituição.

Neste tocante, faz-se crucial a proposta de um modelo de tributação que seja justo e razoável ao Estado brasileiro, organizado como um estado Democrático e Social de Direito. É este o momento de enfocar-se como deve ser realizado o custeio dos gastos estatais, de forma que a carga tributária seja distribuída igualmente entre a coletividade e que a instituição dos tributos seja efetuada em conformidade com o conceito-chave do “mínimo existencial”, que decorre do sistema de direitos fundamentais e com os princípios da ordem econômica.

Ou seja, o estudo referente à distribuição isonômica dos custos do Estado e ao equilíbrio entre o dever social de pagar tributos e os direitos fundamentais, aponta para um modelo de tributação justo e razoável, ao qual se devem conformar as contribuições.

2 ASPECTOS GERAIS DA NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO

Não era pacífica a natureza jurídica das contribuições. A Constituição Federal de 05.10.1988 teve o mérito de assentar-lhe o caráter tributário. Veja-se: os artigos 149 e 149-A, referentes às contribuições, estão inseridos no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional; é certo que referidos dispositivos não encerram a disciplina constitucional das contribuições, mas trazem a regra de competência, além de determinar-lhe a aplicação de princípios constitucionais tributários e das normas gerais sobre a matéria tributária.

Entretanto, as dúvidas permanecem. Pode-se citar o debate acerca da autonomia das contribuições como espécie tributária, assim como as discussões referentes à sua estrutura.

No tocante ao primeiro conflito, o caput do art. 4º. do CTN dispõe que a natureza específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, ainda estipulando, em seus incisos I e II, que a denominação, que as características formais adotadas pela lei e que a destinação do produto da arrecadação são irrelevantes para a determinação da espécie tributária. O art. 5º., por sua vez, complementa o dispositivo anterior ao afirmar que os tributos são impostos, taxas ou contribuições de melhoria.

De posse de referidos dispositivos legais, a doutrina dividiu-se acerca da autonomia das contribuições como espécie tributária, entre os que não a admitiam¹ e os que a admitiam. Mas o fato é que, mesmo não se admitindo a autonomia da contribuição como espécie tributária, é certo que a destinação foi fator determinante ao Constituinte para particularizar o regime jurídico das contribuições, sem descaracterizar-lhe a natureza tributária.

Outrossim, perante o judiciário prevaleceu a tese de que a contribuição não é imposto, taxa ou contribuição de melhoria; antes, ela apresenta-se como espécie autônoma e com regime jurídico próprio – é o que se desprende dos julgados que não aplicam as imunidade às contribuições, quando as regras imunizatórias se restringem, no texto em que são vazadas, aos impostos.

Pensa-se, entretanto, que a polêmica delineada não pode levar ao extremo de superestimar a função da destinação e menosprezar o fato gerador – é o que está a ocorrer. Por outro lado, ainda não se tem um consenso quanto à estrutura da contribuição. Neste ponto, questiona-se se o fato gerador da contribuição reduz-se a um dos fatos geradores característicos das tradicionais espécies tributárias ou se apresenta estrutura própria. Igualmente, tem-se discutido acerca da necessidade de adequação entre a finalidade da contribuição e o contribuinte; se o contribuinte, de alguma forma, deve integrar o grupo beneficiário da atuação estatal custeada pelos recursos das contribuições.

Ambas as questões estão intrincadas com análises, verdadeiramente, fundamentais do direito tributário, referentes à estrutura do modelo do custeio do Estado que seja justo, razoável e que reflita o equilíbrio entre os diversos interesses basilares que compõem o ordenamento jurídico.

3 OS FATOS GERADORES DAS TRADICIONAIS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Uma das questões referente à contribuição diz respeito ao seu fato gerador: se é próprio ou se subsume-se a algum dos característicos das tradicionais espécies tributárias – os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria.

Em relação ao fato gerador, é certo que ele, de forma isolada, não esgota o regime jurídico dos tributos; entretanto, ele reflete a relação de custeio existente entre o contribuinte e o Estado, sinalizando os princípios constitucionais a serem aplicados.

Melhor explicando, faz-se importante observar os fatos geradores das tradicionais espécies tributárias: taxas, contribuições de melhoria e impostos, de forma a vislumbrar-lhe os princípios, aptos a racionalizarem a carga tributária. Neste ponto, observa-se

¹ Sacha Calmon Navarro Coelho. Comentários à constituição de 1988; sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p 34 e 35.

que as taxas e as contribuições de melhoria enquadram-se no grupo dos tributos com fatos geradores vinculados; ou seja, que trazem na hipótese de incidência a descrição de uma atuação pública.

Entretanto, diferenciam-se os fatos geradores das taxas e das contribuições de melhoria em razão, fundamentalmente, da natureza geral ou individual da atividade estatal: na taxa, o fato gerador é a prestação do serviço público ou o exercício do poder de polícia, dirigidos, específica e individualmente, ao contribuinte – a atividade administrativa nasce direcionada ao particular. Já na contribuição de melhoria, a hipótese legal consiste na obra pública, inicialmente voltada a toda coletividade, mas que termina por beneficiar, específica e individualmente, determinado contribuinte².

Os dois fatos geradores acima descritos denotam uma relação de retribuição ao Estado, seja porque agiu, específica e individualmente, em função de determinado contribuinte, seja porque, mesmo ao atuar de forma geral, terminou por gerar benefícios particulares a alguém. Veja-se: a relação é de um sinalagma preciso, devendo quem ocasionou os gastos públicos específicos e divisíveis ou quem se beneficiou, singularmente, da máquina estatal, remunerar o Estado na medida dos dispêndios efetuados e dos benefícios auferidos; aqui, a tributação baseia-se pela equivalência.

Entretanto, além dos fatos geradores vinculados característicos das taxas e das contribuições de melhoria, tem-se os fatos geradores não vinculados, característicos dos impostos. Nestes, não se paga tributo para remunerar o Estado, mas para custear os seus gastos gerais; de outra sorte, não é qualquer pessoa que deve ser chamada para o custeio geral do Estado, mas as que têm capacidade contributiva. Eis a razão de a hipótese de incidência do imposto ser a descrição de um ato ou de uma situação jurídica titularizada pelo particular, de conteúdo econômico; apenas desta forma, pode-se verificar a existência e a medida da capacidade contributiva.

O fato é que não mais assumindo a tributação o caráter de remuneração ao Estado por atuações ou benefícios específicos, o custeio estatal deve ser feito na medida da aptidão econômica do contribuinte – o que é uma consequência dos direitos fundamentais. Aqui, melhor explica-se: os direitos fundamentais são intangíveis, mesmo aos deveres sociais. Desta forma, o dever social de custear os gastos públicos é incompatível com prejuízos ao núcleo essencial das liberdades individuais e ao mínimo existencial, significando tudo isto que apenas existe a aptidão econômica para o custeio do Estado, na medida em que ele compatibiliza-se com o exercício dos direitos fundamentais e com os princípios da ordem econômica, dando-se na exata medida das forças de cada qual.

Insta ainda afirmar, o que será explorado adiante, que a tributação na medida da capacidade contributiva realiza a igualdade e a neutralidade tributária na livre

² Geraldo Ataliba. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 1996, p.130.

concorrência, d'onde se deduz que a capacidade contributiva decorre dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais basilares, manifestando-se como condição para a tributação não vinculada; eis o motivo pelo qual alguns doutrinadores chegam a afirmar que ela é a causa da tributação.

Em suma, os impostos implicam um modelo de custeio estatal de caráter contributivo, fundado na solidariedade e na capacidade contributiva – o que está expresso no Parágrafo Primeiro, art. 145, CF.

4 MODELOS DE TRIBUTAÇÃO

Não se pode deixar de alertar para o fato de no liberalismo ter-se pretendido atribuir natureza sinalagmática à carga tributária; o tributo seria a remuneração ao Estado pela infra-estrutura possibilitada ao particular, para exercer as suas liberdades. Decerto que referida mentalidade é a mais adequada a um modelo estatal que não conhece o valor da solidariedade e os direitos de cunho sociais. Por outro lado, há doutrina que insiste em resgatar o caráter sinalagmático da tributação, não apenas como fundamento valorativo, mas como modelo preferencial do custeio estatal.

Juan Manuel Barquero Estevan³ traz a notícia de que alguns autores vêm apresentando, como modelo tributário justo, aquele que se respalda, preferencialmente, nos tributos de caráter sinalagmático ou retributivo. Mediante o colacionado pelo autor, há entendimentos de que a tributação, nestes moldes praticada, seria a mais justa e apropriada aos imperativos da democracia, à medida que o Estado ver-se-ia custeado por quem lhe demanda as atuações. Desta forma, possibilitar-se-ia um maior controle dos gastos públicos e legitimar-se-ia a atuação estatal, presenciando, os contribuintes, as atividades públicas que custeiam; sem mencionar que o Estado se aproximaria daqueles que, efetivamente, lhe sustentam. Em outros termos, aproximaria a tributação por retribuição o Estado do contribuinte.

Talvez, a redescoberta de uma exação baseada, preferencialmente, na tributação por retribuição se justifique na elevada carga tributária estipulada em alguns países europeus, que se volta ao sustento de um Estado, largamente, assistencialista. Há até quem observe que referidos Estados tiram a iniciativa e a responsabilidade do indivíduo. É possível, pois, aparentar a alguns, que a alta tributação nestes termos realizada é desnecessária, obstando a economia privada em prol de um paternalismo estatal sem fundamentos e consistência. Daí o prestígio das propostas para um novo modelo de tributação: um Estado que aja dentro das preferências de quem paga pela sua atuação.

No entanto, críticas das mais variadas ordens – tanto principiológicas, como práticas –, desautorizam o modelo proposto: ter-se-ia um Estado mercantil, que agiria por quem está

³ Juan Manuel Barquero Estevan. *La función Del tributo en el estado social y democrático de derecho*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, pp. 89 a 106.

disposto e possui condições para pagar pelas suas atuações. Desta forma, não haveria razões práticas para afastar-se a esfera de atuação pública da privada⁴; se as atividades estatais passam a justificar-se na retribuição, por óbvio que o mercado é que se apresenta como o instrumento adequado para atuações de tal jaez.

Fato é que a proliferação da tributação sinalagmática perpetuaria um estado de compra das atuações estatais; inclusive das necessárias ao gozo das liberdades individuais – ter-se-ia de pagar pelo uso de um espaço público? Ou pela atuação específica da polícia, que debelou a invasão de terceiros à propriedade? Ou pela atividade de bombeiros, que retirou o indivíduo dos escombros de um automóvel? Ou pelo exercício do direito do voto? Tais situações, não é exagero afirmar, transmudaria o conceito de direito fundamental em dever de pagar pelas atuações estatais que lhes são necessárias, o que infligiria forte golpe à legitimidade da atuação Estatal; eis o que resulta de um Estado mercantil.

De outra sorte, o caráter democrático, de referido modelo, tende a desnaturar-se, uma vez que a atuação pública em consonância com as preferências dos cidadãos iria delimitar-se pela possibilidade do pagamento, de forma que o Estado dirigir-se-ia para quem poderia e desejaria, por ele, pagar. Ainda importa mencionar um outro elemento, prejudicial à democracia: a larga tributação sinalagmática restringiria as liberdades de escolha do indivíduo, à medida que o Estado lhe impusesse a atuação estatal e o respectivo custeio. Este é um problema que nem mesmo os defensores do sustento estatal por retribuição negam⁵, sendo uma observação tanto mais grave quanto o Estado não se abstém de utilizar tributos com tais características.

Insta, por fim, lembrar o óbvio: à medida que a sociedade torna-se complexa, as atuações, imprescindíveis à existência de uma mínima ordem social indispensável ao convívio harmônico, tornam-se cada vez mais variadas: o controle do meio ambiente, a fiscalização da ordem econômica, a regulação do consumo, por exemplo. Tudo isto significa que as considerações relativas à igualdade e ao pluralismo em uma democracia exigem intervenções estatais das mais diversas índoles para serem suportadas, preferencialmente, por tributos sinalagmáticos, respaldados no princípio da equivalência.

Trocando em miúdos: o Estado, longe de atuações pontuais, vê-se diante uma complexa teia de atribuições, insusceptíveis de serem custeadas por tributação sinalagmática: a) seja em virtude de uma série de atividades indivisíveis ou voltadas aos hipossuficientes; b) seja porque a tributação, preferencialmente por retribuição, levaria a um permanente estado de compra das atuações públicas imprescindíveis às liberdades; c) seja em razão do risco de restrições inadmissíveis à liberdade do indivíduo. Por tudo isto, o justo, o razoável e o possível refletem-se no modelo de tributação respaldado na tributação contributiva, fundada no dever do indivíduo de custeio geral do Estado, independente de atuações específicas e benefícios particulares. O sustento do Estado

⁴ Juan Manuel Barquero Estevan, op. cit., p. 117.

⁵ Juan Manuel Barquero Estevan, op. cit., p. 126

deve, portanto, realizar-se, preferencialmente, por tributos com fatos geradores próprios dos impostos, que refletem a relação de custeio geral baseada na solidariedade e na capacidade contributiva⁶.

5 A CONTRIBUIÇÃO COMO MODELO DE TRIBUTAÇÃO

Entretanto, dentre a tributação por equivalência realizada pelas taxas e contribuições de melhoria e a tributação contributiva efetuada pelos impostos, surge a tributação pela contribuição, podendo-se questionar se ela apresenta caráter sinalagmático, contributivo ou misto.

Neste ponto, inicia-se pela observação de que a contribuição ora justifica-se na eficiência do custeio das atuações públicas, ora explica-se na igualdade da carga tributária, ora fundamenta-se em razões não tão nobres, como à consistente na maior retenção de recursos tributários nas mãos da União Federal, que não rateia as contribuições com os demais entes federados. Uma outra razão também pode ser enumerada para a proliferação das contribuições: o fato de o judiciário ter-lhe negado a aplicação de princípios limitativos ao poder de tributar, sob a justificativa de que eles se reportam aos impostos e não às contribuições, que são espécies tributárias autônomas e distintas daqueles.

Mas o fato é que as contribuições têm-se tornado cada vez mais frequentes, de forma a ser necessária a definição da sua função na tributação. Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, dentro do modelo conferido ao Brasil como Estado Democrático e Social de Direito, asoberbado de funções da mais variada índole – proteção às liberdades individuais, promoção dos direitos sociais relativos à dignidade humana, realização dos interesses difusos, ordem interna e externa – não existe dúvida de que a tributação é, preferencialmente, contributiva, realizada por tributos com fatos geradores próprios dos impostos.

Desta forma, a contribuição não pode deformar o caráter de custeio estatal por tributos, preferencialmente, contributivos. Entretanto, permanecendo a estudar o ordenamento jurídico brasileiro, constata-se o já assente na doutrina: o constituinte, quando prevê a competência tributária para a criação das contribuições, não raro, esquiva-se de traçar-lhe o fato gerador. Por outro lado, referente aos casos em que o constituinte trabalhou a regra-matriz de incidência tributária das contribuições, tem-se tanto a utilização de fatos geradores vinculados como a de fatos geradores não vinculados. Como exemplo, pode-se mencionar a contribuição para a seguridade social incidente sobre o lucro líquido do empregador, que apresenta fato gerador não vinculado,

⁶ Sobre o conceito de estado fiscal, o sustentado, prioritariamente, por impostos, ver José Casalta Nabais. Por um estado fiscal suportável. Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, cap. I.

consistente na manifestação de capacidade contributiva análoga à do IR; já a contribuição para a seguridade social incidente sobre o empregado apresenta fato gerador vinculado aos benefícios previdenciários, voltados, específica e individualmente, ao contribuinte.

Eis a razão de afirmar-se que o fato gerador das contribuições pode ser vinculado e não vinculado, de forma a sobressair o caráter de retribuição ou contributivo da contribuição. Dentro desta maleabilidade, que resulta do silêncio do texto constitucional, há doutrina que entende que a contribuição, para além do fato gerador, se caracteriza pelo caráter sinalagmático – ela deve ser prestada por quem participa do grupo que será o destinatário da atuação pública custeada pelos recursos da contribuição⁷. Dentro desta perspectiva, mesmo aquelas contribuições de fato gerador não vinculado têm, efetivamente, caráter remuneratório; nos limites da capacidade contributiva, uma pessoa será chamada a arcar com determinados gastos em razão de integrar o grupo a ser beneficiado pela atuação pública custeada com as receitas decorrentes da tributação específica.

Face, ainda, ao necessário caráter sinalagmático da contribuição – manifesto na adequação -, há opiniões no sentido de ser possível o seu custeio através de um cálculo per capita entre os integrantes do grupo ao qual se volta a atuação estatal, custeada pela contribuição⁸. Pensa-se, entretanto, ser esta posição inadmissível, sob pena de ferimento aos direitos fundamentais. Destarte, a tributação, quando perde o caráter de remuneração pelas atuações públicas dirigidas ao contribuinte ou que lhes geram benefícios particulares, passa a ser respaldada na capacidade contributiva, de forma que a imposição tributária ocorra na medida da aptidão econômica de cada qual. Evita-se, de tal feita, que os direitos fundamentais sejam consumidos pela tributação e que lhe seja retirada o caráter da individualidade.

A necessária tributação na medida da capacidade contributiva, quando não mais se está a tratar da remuneração pela atuação e benefícios a favor do contribuinte, tem um outro aspecto de suma relevância: a neutralidade tributária na livre concorrência.

⁷ Marco Aurélio Greco leciona: “Atendido o requisito da necessidade, cumpre verificar o requisito da adequação no sentido de aferir-se se aquele determinado fenômeno captado pela lei, para deflagrar o dever de pagar a contribuição, é funcionalmente adequado para a obtenção do fim e substancialmente adequado para não agredir outro valor protegido constitucionalmente. Neste plano, é pertinente verificar se o fenômeno captado pela contribuição está em sintonia com a finalidade. Uma contribuição que defina como fato determinante do dever de pagar algo que não tem nenhuma relação com a finalidade que justifica sua instituição fere a norma de validação constitucional por desatender ao requisito da adequação” (Aut. cit. Contribuições. Uma figura *sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 142). Na página seguinte, prossegue: “Assim, uma contribuição de intervenção no domínio econômico deve captar, para fins de exigência, algum evento, realidade, pessoa ou situação que esteja relacionado com a intervenção em si mesma considerada”.

⁸ Neste sentido, manifesta-se Marco Aurélio Greco: “... Assim não repugna que certas contribuições adotem como critério um rateio per capita (tipo poll tax); também não repugna que certas contribuições que, de algum modo suponham o número de horas de trabalho, possam ser dimensionadas em valores fixos por hora trabalhada, e assim por diante” (aut. e op. cit., p. 197).

Destarte, quando a tributação se volta ao custeio de despesas que não sejam específicas e divisíveis, ela deve afligir o contribuinte na medida das suas forças, onerando de forma equivalente os que apresentam igual aptidão para contribuir com os gastos públicos. Apenas desta forma, a tributação não será elemento que intervenha na concorrência, beneficiando determinadas atividades e contribuintes em detrimento de outras atividades e de outros contribuintes, à medida que impõe encargos financeiros que pesem mais a uns do que aos outros.

Resta ainda asseverar que mesmo em matéria de taxas, na qual há relação de estrita remuneração, o Supremo Tribunal Federal⁹ tem admitindo que elementos da capacidade contributiva componham a base de cálculo, de forma que a tributação por remuneração não inviabilize os direitos fundamentais do contribuinte. Ora, se a capacidade contributiva manifesta-se até nas taxas, como pode ser afastada no caso das contribuições, quando se está custeando os gastos gerais referentes à determinada atuação? O que assentou o Supremo Tribunal Federal foi a onipresença da capacidade contributiva, que mesmo numa relação de equivalência entre a atuação estatal e o indivíduo, não é afastada.

Eis, em breve síntese, a razão pela qual se entende que afora a remuneração por ações estatais de caráter individual, o custeio estatal deve ser feito na estrita medida de capacidade contributiva, o que viabiliza a tributação justa, pessoal, em respeito aos direitos fundamentais e aos cânones da ordem econômica. Nesta ordem de consideração, entende-se que os arts. 4º. e 5º. do CTN, antes de tratarem das espécies tributárias, assentam que os fatos geradores viáveis aos tributos são os característicos das taxas, das contribuições de melhoria e dos impostos. Deles, que delineiam ou a relação de custeio fundada na remuneração por atuações e benefícios específicos e individuais ou a relação de custeio geral, na medida da capacidade contributiva, não pode fugir a contribuição. Assenta-se, portanto: o fato gerador da contribuição não apresenta peculiaridades referentes aos fatos geradores das tradicionais espécies tributárias.

Mas aqui, resta indagar sobre o necessário caráter sinalagmático das contribuições, no que ajuda a análise do texto constitucional; mais especificamente, dos dispositivos referentes às contribuições para a seguridade social. Vê-se que a seguridade social possui contribuições específicas do empregador e do empregado, ambos beneficiados pela atuação do Estado na área da seguridade; em especial, na área da previdência.

⁹ Consta do Acórdão da ADI 453/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes: “...O critério adotado pelo legislador para a cobrança dessa taxa de polícia busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável a essa modalidade de tributo, notadamente quando a taxa tem, como fato gerador, o exercício do poder de polícia...”. Concluindo o Voto: “No caso da taxa de fiscalização da CVM a variação dos valores lançados não só reflete a capacidade contributiva do interessado, bem como espelha a quantidade necessária do serviço público dispensado, *uti singuli*, e que deve ser remunerado na exata proporção da trabalho da fiscalização efetivado. Conclusivamente, Senhora Presidente, voto pela improcedência dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade”.

Os empregados são os beneficiários diretos da previdência social, tanto que as suas contribuições têm fato gerador característico das taxas. Já os empregadores beneficiam-se, indiretamente, da previdência; consumindo-se a capacidade laborativa dos empregados em benefício dos empregadores, é justo que arquem com os dispêndios relativos ao desgasto físico e moral decorrente do trabalho. Poder-se-ia até assentar que a previdência seria dever originário dos empregadores, que é entregue ao Estado face à impossibilidade daqueles de arcarem com os ônus previdenciários; em contrapartida, são chamados a colaborar, especificamente, com a seguridade.

Na análise, entretanto, de outras contribuições para a seguridade social, verifica-se inexistir qualquer vínculo especial entre o contribuinte e o beneficiário da atuação pública, na qual é vertida a contribuição; é o caso da CPMF. Entretanto, é fato que esta contribuição encontra-se dispersa por toda a sociedade, sem agravar, em especial, determinado grupo ou segmento. Desta forma, pensa-se que a situação de dispensa da adequação entre o contribuinte e o grupo beneficiado pela atuação estatal apenas faz-se possível quando não há a estipulação de ônus a um grupo específico de contribuintes; ou seja, quando a contribuição é suportada por toda a coletividade – caso em que, a rigor, o Prof. Ricardo Lobo Torres nega a existência de contribuição, falando de imposto com destinação especial¹⁰. Neste tocante, é interessante o estudo da igualdade no custeio do Estado.

6 A IGUALDADE NO CUSTEIO DO ESTADO

A igualdade no custeio do Estado não pode ser obtida pela utilização de apenas um critério de distribuição da carga tributária, mas pela conjugação de vários – tanto que se têm diferentes modelos de tributação.

Na tributação por equivalência, na qual se retribui o Estado por atuações específicas ou que geram benefícios particulares, a igualdade se realiza pela perspectiva da remuneração. Em outras palavras, não é justo que toda a coletividade arque com as atuações em prol de determinado contribuinte ou que termine por gerar-lhe benefícios individuais; de forma que nestes casos, ele é que deverá custear a atuação do Estado.

Entretanto, é certo que a imposição da tributação sinalagmática apenas deve ser implementada quando ela não inviabiliza os direitos fundamentais. Como exemplo, pode-se falar da assistência judiciária – matéria constitucional e legal -, na qual se dispensa dos pagamentos das custas judiciais as pessoas que não possam efetuar-lo; caso não previsto referido benefício fiscal, haveria negativa do acesso ao judiciário, o que resultaria em impedimento à fruição de garantia fundamental prevista no art. 5º., da

¹⁰ Ricardo Lobo Torres. **Aspectos fundamentais e finalísticos do tributo**. In *O tributo; reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Ives Gandra da Silva Martins (org). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 46.

Constituição Federal. Sem mencionar que a vedação ao judiciário deixa ao desabrigo os direitos do cidadão, que em ambiente de litígio ou mesmo de não litígio dependem da manifestação dos juízos para se realizarem.

Mas aqui, fica assinalado este primeiro método de realização da igualdade em matéria de custeio do Estado: aquele que demanda atuações individuais ou que se beneficia especificamente da máquina administrativa deve arcar com os respectivos custos. No entanto, falou-se que, preferencialmente, o modelo de custeio do Estado é realizado pela tributação contributiva, em que os gastos do Estado são suportados por toda a coletividade, na medida da capacidade contributiva de cada contribuinte. E as razões de ordem prática e principiológicas, que levam à prevalência da tributação contributiva em relação à sinalagmática, já foram tratadas neste estudo: liberdade, solidariedade, legitimidade democrática da atuação estatal.

É chegado, pois, o momento de afirmar-se: a capacidade contributiva é o critério preferencial a ser utilizado para a distribuição isonômica da carga tributária entre a população. Ou seja, na medida da capacidade contributiva, as pessoas custearão os gastos públicos gerais, de forma que iguais manifestações de capacidade contributiva sejam tributadas igualmente e que desiguais manifestações de capacidade contributiva sejam tributadas desigualmente.

Desta forma, tem-se que a igualdade em matéria de custeio do Estado faz-se da seguinte forma: os destinatários das atuações públicas individuais e específicas ou os beneficiados, particularmente, por atuações públicas gerais deverão remunerar o Estado no limite do custo da atuação e do valor do benefício; a remuneração implica, entretanto, critério residual de distribuição da carga tributária. A regra é que os gastos do Estado sejam suportados por toda a coletividade, na medida da capacidade contributiva de cada qual. Em palavras mais sintéticas, pode-se asseverar: residualmente, o Estado é custeado por remunerações a atuações e benefícios pontuais; mas a regra geral é a de que a distribuição dos encargos de custeio do Estado faça-se pela capacidade contributiva.

Ocorre que em certas ocasiões é possível o amálgama entre os critérios da remuneração e da capacidade contributiva, o que ocorre na contribuição de fatos geradores não vinculados, que tem as receitas direcionadas ao custeio de respectivo órgão, entidade ou despesa. Neste ponto, deve-se ter uma das duas situações: a) ou a contribuição incide sobre manifestação de capacidade contributiva dispersa por toda a coletividade, de forma que a capacidade contributiva de um não seja mais onerada do que a capacidade contributiva de outro – o que ocorre no caso da CPMF; b) ou a capacidade contributiva especificamente onerada apresenta vínculos com a atuação custeada pela contribuição, de forma a poder-se justificar a maior oneração de determinado grupo ou segmento em relação ao restante da coletividade – eis o caso em que a tributação apresenta um caráter misto, sinalagmático e contributivo.

Neste ponto, a adequação surge como um elemento indispensável à realização da igualdade em matéria tributária: se determinada pessoa, de alguma forma, mesmo como mero integrante de uma categoria, tem ligação com a atuação custeada pela

contribuição, ela encontra-se passível de ser chamada para contribuir com a respectiva atuação estatal, na medida da sua capacidade contributiva. É este, inclusive, o viés pelo qual se deve fazer uma análise referente à constitucionalidade da contribuição do aposentado para a previdência.

Tendo-se assentado, após a emenda constitucional n. 40, que a contribuição do aposentado não apresenta natureza sinalagmática e fato gerador próprio das taxas, antes manifestando caráter contributivo, a questão encontra-se em saber se a tributação, nestes termos realizada, faz-se possível, de forma a não se ferir a isonomia, que é cláusula pétrea insusceptível de ser excepcionada por emenda. Num primeiro momento, urge verificar que os trabalhadores inativos passam a serem afligidos de forma mais intensa, em sua capacidade contributiva, do que os outros grupos e segmentos sociais, devendo-se questionar se há adequação que justifique o maior encargo que lhes foi atribuído, em razão do custeio da previdência dos servidores públicos.

O fato é que a contribuição sobre o trabalhador justifica-se não no aspecto de solidariedade com os demais trabalhadores ou no caráter contributivo, mas na perspectiva da remuneração; tanto é assim que referida contribuição tem fato gerador próprio da taxa – está-se a retribuir ao Estado os benefícios previdenciários percebidos ou a perceber. De outra sorte, é expressa a Constituição ao referir-se que os grupos, especialmente, onerados por contribuições para a seguridade social são os empregados – em caráter, estritamente, sinalagmático – e os empregadores – em caráter misto, sinalagmático e contributivo; fora estes, a seguridade social deverá ser custeada por toda a coletividade, sendo um dos seus princípios a equidade na forma de participação do custeio – art. 194, parágrafo único, IV.

Referida sistemática de custeio leva à conclusão de que a única espécie de tributação, apta a justificar a sujeição dos empregados ao custeio da seguridade, é a de caráter remuneratório, não havendo adequação entre os trabalhadores inativos e a seguridade que justifique a imposição de contribuições àquele para o custeio desta; e referida observação não passou despercebida por Maria Sylvia Zanella de Pietro¹¹. Por outro lado, é certo que os princípios da seguridade social são aplicados à previdência dos servidores públicos – parágrafo 12, art. 40, CF –, o que possibilita a aplicação das conclusões acerca das possíveis modalidades de tributação relativas à previdência geral à previdência dos servidores estatutários.

É fundamental, pois, o exame da existência de adequação que permita a maior oneração da capacidade contributiva de determinado grupo para o custeio de

¹¹ “... É estranho e contraditório afirmar que o regime deve ser custeado por toda a sociedade e, com base no princípio da solidariedade, defender a contribuição dos inativos e pensionistas, que correspondem a apenas uma pequena parcela da sociedade. A contribuição de toda a sociedade é representada pela receita pública proveniente de impostos” (Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 514).

determinada atividade ou entidade, de maneira que seja resguarda a igualdade no custeio dos gastos públicos.

7 A ADEQUAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO AO JUSTO MODELO DE CUSTEIO DO ESTADO

Há, pois, um modelo de tributação que reflete a justiça no custeio dos gastos públicos, dentro do Modelo em que é constituído o Estado Democrático e Social brasileiro: uma tributação, predominante, contributiva, baseada na capacidade contributiva, na qual se assegura o equilíbrio entre liberdades individuais e deveres sociais e a distribuição equânime da carga tributária. As contribuições não podem descaracterizar referido modelo, não se devendo interpretar os silêncios constitucionais como cheque em branco ao legislador; antes, tem-se de estruturar as contribuições de forma a adequá-las ao modelo justo e equânime do custeio dos gastos públicos.

Assevera-se, pois, uma primeira conclusão: não deve haver a proliferação exacerbada das contribuições, sob pena da descaracterização do caráter contributivo do custeio estatal. Ainda vale lembrar que o incremento das contribuições traz ao cenário tributário brasileiro os problemas decorrentes de uma expressiva tributação sinalagmática, como a permanente situação de compra, pelo particular, das atuações do Estado que sejam necessárias à fruição das liberdades individuais. E esta situação, para além dos problemas referentes à legitimidade da atuação do Estado, na qual os direitos fundamentais transmudam-se em deveres de compra das atuações públicas que lhes são essenciais, põe em cheque a autonomia das escolhas.

De certo que a imposição tributária justificada nas atuações do Estado sobre a pessoa ou o grupo da qual ela participa vai minando as livres escolhas do indivíduo – à medida que ele vai sendo mais onerado em razão dos grupos que integra ou das atividades que pratica, a tributação funciona como mecanismo de desestímulo ou estímulo a escolhas que deveriam limitar-se ao livre arbítrio de cada qual. Ademais, a tributação, nestes moldes, pode chegar a inviabilizar as opções do indivíduo. Ainda, nesta ordem de consideração, insiste-se em que o custeio obrigatório pelo particular das atuações estatais que lhe são impostas ou ao grupo a que pertence, leva a uma situação de substituição de escolhas, do particular pelo Estado; ao invés de o primeiro decidir acerca de como locar os seus recursos e estruturar o ambiente no qual atua, o Estado passa a intervir na economia, nas atividades sociais e de cunho associativo, impondo ao indivíduo a sujeição às atividades que julga necessárias, bem como o respectivo custeio.

Na esteira do dito acima, verifica-se a situação da previdência: ela não se limita a assegurar o mínimo indispensável a uma vida digna, impondo uma relação atuarial em que o benefício equivalerá a média de 80% (oitenta) dos mais elevados salários de contribuição, que alcançam, nos casos dos servidores públicos, a totalidade da remuneração. Veja-se que o Estado impõe ao particular que ele contribua para a sua

previdência tendo por limite da contribuição e por perspectiva do benefício o total da remuneração, o que implica a ingerência, para além da necessidade, do poder público na vida econômica e privada do contribuinte: aquele o obriga a se precaver, face aos eventos futuros de incapacidade para o trabalho, no limite das suas forças, estipulando o método único a ser utilizado - a previdência oficial. E isto, retira do contribuinte a liberdade de utilizar os mecanismos que ele venha a julgar mais convenientes para suportar as intempéries dos tempos vindouros: poupança, investimento em ações e títulos mobiliários, aquisição de imóveis, obras de arte ou ouro, participação em fundos e sociedades, etc. Sem falar da liberdade do cidadão de não pretender manter, no futuro, o mesmo padrão de vida que possui, no presente; a forma de como viver é inalienável em qualquer democracia!

Desta maneira, não se pode furtar à afirmativa: a criação da contribuição, quando significa a imposição pelo Estado ao contribuinte da fruição de determinado serviço público a ser por ele custeado, deve respaldar-se nos estritos limites da proporcionalidade: necessidade, adequação e vedação ao excesso. A introdução específica do princípio da proporcionalidade à análise da contribuição foi efetuada pelo professor Marco Aurélio Greco, em obra já mencionada neste artigo: *Contribuição*. Uma figura *sui generis*. Entretanto, calha a análise da proporcionalidade pelo ângulo dos limites das intervenções públicas na esfera da liberdade do indivíduo, de forma – consonante o já mencionado – que o Estado não substitua o particular nas suas decisões e escolhas. A tributação por contribuição que demonstre o referido perfil deve, portanto, justificar-se no estritamente necessário ao Estado para que ele assegure as liberdades individuais, o mínimo vital e os interesses difusos esparsos pelo texto constitucional. Nesta ordem de considerações, percebe-se com facilidade: pode o Estado, sem problemas referentes à autonomia privada, impor contribuição a um órgão oficial de previdência, no limite necessário a assegurar a dignidade material futura - vez que cabe ao Estado a tutela do mínimo existencial. Entretanto, não há como se deixar de perceber a violação à liberdade na imposição de contribuição previdenciária no limite superior ao que seria necessário à garantia do básico, já que, nesta situação, não se está perante a susceptibilidade à tutela das políticas e atuações públicas; antes, está-se em área reservada, estritamente, às opções de cada qual.

Há ainda um último e sério problema: o fato de as contribuições serem regulamentadas, constitucionalmente, pela finalidade, não pode levar ao desprezo do fato gerador, sob pena de prejudicar o justo modelo de custeio do Estado. Conforme o já assente, os fatos geradores refletem a relação de custeio entre o contribuinte e o Estado, trazendo consigo a necessária aplicação dos princípios e regras decorrentes do modelo adotado. Nos tributos com fatos geradores vinculados, nos quais há uma relação de remuneração, a tributação dá-se pela equivalência, numa dinâmica sinalagmática que norteia o regime jurídico a ser aplicado. Por outro lado, nos tributos de fatos geradores não vinculados, a relação é contributiva, baseada na capacidade contributiva, de forma que as regras e os princípios dela decorrentes devem ser obser-

vados em todo e qualquer tributo de fato gerador não vinculado, mesmo quando se estiver tratando de uma contribuição.

Desta forma, as decisões que restringem a imunidade à espécie tributária em relação à qual ela é prevista no texto constitucional não consiste na melhor decisão do conflito. Tem-se de averiguar se a imunidade decorre da capacidade contributiva; caso afirmativo, ela deve ser aplicada a todos os tributos de fatos geradores não vinculados, sob pena de a tributação desestabilizar o equilíbrio entre liberdades individuais e o dever social de custeio do Estado, que se perfaz na tributação mediante a capacidade contributiva.

Os exemplos avultam-se, restando ainda alertar: o princípio de solidariedade em matéria de contribuições, mais especificamente em matéria de contribuições para a seguridade social, não permite desconsiderar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais basilares, como o da igualdade e os referentes à estruturação da ordem econômica. A solidariedade social é um interesse basilar do ordenamento jurídico, que convive ao lado de outros elementos, igualmente, basilares, de forma a ter-se de construir uma relação de equilíbrio e não de subordinação.

Poder-se-ia até dizer que a tributação contributiva apresenta caráter solidário, vez que voltada ao custeio de complexas atuações do Estado, que não mais se limitam ao imprescindível à ordem, abrangendo funções referentes à dignidade humana e à democracia social. Mas a solidariedade em matéria de contribuições implica um plus: ela funciona como fundamento ao fato de estar-se direcionando receitas, auferidas de toda a sociedade, a órgão ou à entidade destinados às atuações específicas - ainda mais, se as atuações consistem na tríade que compõe a seguridade: saúde, previdência e assistência. Entretanto, em nenhum momento, a solidariedade social autoriza a desconsideração dos princípios e regras necessários ao justo modelo de custeio estatal - o que exige, conforme já ressaltado, uma tributação baseada, predominantemente, na capacidade contributiva, que representa e concretiza o imprescindível equilíbrio entre os princípios basilares e fundamentais do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

8 TÓPICOS CONCLUSIVOS

Diante do acima estipulado, conclui-se nos seguintes termos:

- I. Atualmente, não mais vige dúvida de que perante a Constituição Federal de 1988 as contribuições apresentam natureza tributária, entendendo segmento doutrinário e o STF que são espécie tributária autônoma;
- II. Os viáveis fatos geradores em matéria tributária são os característicos dos impostos, das taxas e das contribuições de melhoria, deles não podendo fugir as contribuições;
- III. Aplicam-se às contribuições os princípios inerentes ao fato gerador que possuem; desta forma, o regime jurídico decorrente do fato gerador não

vinculado não pode ser esquecido e superado em razão da finalidade da contribuição, quando ela tem fato gerador próprio do imposto;

- IV. O modelo tributário justo e racional, posto que em consonância com as liberdades fundamentais, a ordem econômica, a igualdade na distribuição da carga tributária e a legitimidade democrática da atuação estatal, é aquele que apresenta caráter, predominantemente, contributivo, com respaldo na capacidade contributiva e na solidariedade. Desta feita, a tributação por contribuição não pode atribuir feição, marcadamente, sinalagmática à tributação, perpetuando um estado de compra do Estado pelo Particular e de substituição das escolhas da iniciativa privada pelo ente público.

BIBLIOGRAFIA

Ataliba, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. São Paulo: Malheiros, 1996.

Coêlho, Sacha Calmon. Comentários à constituição de 1988; sistema tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2005.

Estevan, Juan Manuel Barquero. La función del tributo en el estado social y democrático de derecho. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

Greco, Marco Aurélio. Contribuições. Uma figura sui generis. São Paulo: Dialética, 2000.

Nabais, José Casalta. Por um estado fiscal suportável. Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

Torres, Ricardo Lobo. Aspectos fundamentais e finalísticos do tributo. In O tributo; reflexão multidisciplinar sobre sua natureza. Ives Gandra da Silva Martins (org). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CONTRIBUTIONS AND TRIBUTARY JUSTICE IN BRAZIL'S JURIDICAL ORDER

Abstract: The present article is about contributions – tax's species – in Brazilian law. The study focuses initial discussions about contributions, in special treating of their nature – if it is a tribute and if there exists a tribute's autonomy specie. The study emphasizes the compatibility between taxation for contributions with the Brazilian constitutional system. It draws the rational and equity taxation model, in conformity with democracy, fundamental liberties, economic order and isonomy. Lastly, it proposes ways for the creation and regulation of contribution, in order to sustain its compatibility with this taxation model in Brazil.

Key words: Taxation. Contribution. Brazilian law.

AQUECIMENTO GLOBAL, LICENCIAMENTO E ANÁLISE DE IMPACTOS AMBIENTAIS

JOÃO ALFREDO TELLES MELO

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
Professor de Direito Ambiental na FA7. Consultor do
Greenpeace. Advogado.
joaoalfredo5050@yahoo.com.br

Ainda nos encontramos, em todo o mundo, sob os impactos da divulgação dos relatórios, divulgados neste ano, do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), organismo criado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1988, para estudar os fenômenos atmosféricos que têm se abatido sobre o planeta nos últimos anos. Em 01.fev.2007, mais de 600 especialistas de 40 países publicaram o quarto relatório de avaliação sobre a base científica das mudanças climáticas (AR4) e afirmaram de que a maior parte do aquecimento global dos últimos 50 anos decorre da emissão de gases do efeito-estufa, em especial, o dióxido de carbono, por atividades humanas.

Ali se previu que a temperatura média da Terra poderá subir, neste século, de 1,8°C a 4°C, com impactos catastróficos decorrentes de eventos extremos, como tempestades e furacões, ondas de calor, desertificação de extensas áreas, derretimento das calotas polares, elevação do nível do mar etc. Para se ter uma idéia em termos comparativos, nos últimos cem anos, a temperatura média do globo cresceu “apenas” 0,7°C.

A causa do aquecimento global, com uma certeza estimada em 90% pelos cientistas, decorre, como já se falou, da emissão dos gases estufa, como o metano, o óxido nitroso, o óxido de nitrogênio, mas, principalmente, o grande vilão que é o dióxido de carbono (CO₂), responsável por 80% do total das emissões desses gases e proveniente da queima de combustíveis fósseis (petróleo, gás natural, carvão). Para se ter uma idéia do crescimento da liberação desses gases, a concentração de carbono na atmosfera saltou de 288 partes por milhão, no período pré-industrial, para 379 ppm em 2005. A relação de causa e efeito entre a concentração de gás carbônico na atmosfera e o aquecimento do globo já foi demonstrada pela ciência. Portanto, para se impedir que o aumento da temperatura média da Terra ultrapasse o nível crítico de 2°C (que é considerado pelos cientistas como o ponto de não-retorno), se faz necessária

uma drástica redução da liberação desses gases-estufa em torno de 50 a 60%, aproximadamente, muito acima, pois, das metas do Protocolo de Kyoto.

Em se mantendo o atual nível de emissão de carbono, os impactos sobre o Brasil não são menos dramáticos do que no resto do mundo: perda de 60 a 70% da cobertura da floresta amazônica, que poderia se transformar em um imenso cerrado, com impactos gravíssimos sobre o regime de chuvas em todo o continente; a agudização do problema hídrico do nosso semi-árido nordestino, que poderia se transformar em deserto, atingindo em torno de 30 milhões de pessoas; erosão na zona costeira do país, com o acréscimo do nível do mar, afetando cerca de 40 milhões de brasileiros; chuvas e tempestades mais frequentes na região Sudeste etc.

Essas previsões encontram-se não somente nos estudos do IPCC, mas também já vêm sendo objeto de análise por parte de cientistas brasileiros, em especial dos que se encontram no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), que, inclusive, têm reclamado do governo brasileiro a adoção de uma política nacional de mudanças climáticas, que possa, a um só tempo, dar conta dos desafios da prevenção desses eventos, da proposição de políticas públicas voltadas para o combate ao desmatamento e queima das florestas (principal responsável – 75% – pela liberação de carbono pelo país, que nos coloca na triste colocação de quarto maior emissor mundial) e ao desenvolvimento sustentável, bem ainda pela formulação de políticas de adaptação a esses eventos climáticos extremos.

Não bastasse a falta de uma política nacional de mudanças climáticas, o governo Lula ainda transita na contramão da História, ao desconsiderar todos esses impactos globais em sua política de desenvolvimento. No recém-lançado – e propagado – Plano de Aceleração de Crescimento (PAC), o governo federal prevê, em todo o país, a construção de 77 termoeletricas, o que conflita frontalmente com o esforço pela redução de emissão de gases-estufa; estimula a expansão da fronteira agrícola, através da pavimentação de rodovias federais na região amazônica — que pode ter um impacto extremamente deletério sobre a floresta — e incentiva atividades extremamente poluentes e degradadoras, como a siderurgia e a construção civil. Isso para não falar em toda a pressão que se exerce sobre o setor ambiental do governo no sentido de flexibilizar e apressar os licenciamentos, como se vê agora no caso das hidrelétricas do rio Madeira.

É por essa razão que entendemos, dada a situação de extrema criticidade do clima no planeta, que não é possível mais se pensar em desenvolvimento sem que se leve em conta todos os estudos recentes acerca do aquecimento global. É preciso lembrar, como diz David King, conselheiro científico do governo britânico, que “passamos o ponto de poder evitar a mudança climática perigosa. O que falamos agora é evitar a mudança climática catastrófica”.

Assim, queremos propor que, para o licenciamento de obra ou atividade que utilize recursos ambientais e/ou capaz de causar degradação ambiental, seja obrigatória a realização, por parte do empreendedor, do balanço de emissões (assimilação e liberação) de gases do efeito-estufa, em especial do dióxido de carbono, para a

atmosfera. Tal balanço deve ser considerado, tanto na fase de construção, como de funcionamento do empreendimento e ser parte indispensável do estudo prévio de impacto ambiental e dos demais estudos ambientais previstos na legislação.

Além disso, em nosso entendimento, devem ser considerados, em todos os estudos ambientais para fins de licenciamento, no diagnóstico ambiental da área do projeto e de sua área de influência, os estudos científicos produzidos sobre o tema, a fim de que possam ser cruzadas as previsões acerca dos impactos do aquecimento global sobre a área de influência do projeto com os impactos causados por este à atmosfera; garantindo-se, assim, tanto um rigor na análise da área do empreendimento vis-à-vis as mudanças climáticas, como um balanço adequado que possa reduzir ou neutralizar a emissão de gases-estufa. Devem, ainda, ser consideradas, como medidas mitigadoras aquelas que objetivem neutralizar ou compensar a liberação desses gases para a atmosfera.

Sabemos que tanto o licenciamento como a avaliação de impacto ambiental são poderosos instrumentos da política nacional do meio ambiente, e concretizam, em nossa legislação constitucional e infraconstitucional, o princípio da precaução, consagrado na Conferência de Cúpula do Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, em 1992. O que se trata, neste momento crítico, é garantir que, além de todos os impactos sócio-ambientais analisados no processo de licenciamento de obra ou atividade sobre sua área de influência, se faça o balanço de emissão de gases-estufa, para assegurar uma política rigorosa, responsável e ambientalmente sustentável de redução desses gases. Assim, o país adotaria o que o Greenpeace e a Rede Internacional de Ação pelo Clima denominam “Trilha da Descarbonização”, segundo a qual o crescimento se daria a partir de “parâmetros de sustentabilidade e de redução de emissões” (Mudanças de Clima, Mudanças de Vida, Greenpeace, 2006, p. 14). A palavra está com o Governo, o Congresso Nacional e o Conselho Nacional do Meio Ambiente. A omissão será o nosso maior crime e nosso pior legado para as gerações atuais e futuras.

A NOVA ORDEM MUNDIAL E OS CÓDIGOS DE JUSTIÇA: A CULTURA POPULAR EM OPOSIÇÃO À AXIOMÁTICA DO LUCRO

CIRO WINSTON CARNEIRO ALVES

GABRIELA MACÊDO DE OLIVEIRA BARCELOS

Alunos do curso de Direito da FA7, orientados pela profa.
Isabelle Menezes.

cwca@fa7.edu.br

Sumário: 1. Introdução; 2. Metodologia; 3. Referencial teórico; 4. O que é império e como se formou; 5. Contrastes entre império e imperialismo e suas características; 6. Império: criadores e criaturas; 7. Axiomática x códigos de Justiça; 8. Cultura popular: uma forma de mobilização anti-imperialista; 9. Conclusão.

Resumo: O trabalho tem como tema os conceitos desenvolvidos por Michael Hardt e Antonio Negri relativos ao desenvolvimento das forças do Império, conceituado como o conjunto de elementos da globalização que levaram ao domínio da lógica do consumo, do lucro e a derrocada dos ideais de justiça, paz, equilíbrio social e proteção dos direitos fundamentais do homem. Esclarecido dito conceito, e analisados os efeitos do Império sobre a ordem mundial, é analisado o embate entre a axiomática, como o conjunto de valores difundidos pelo Império, e os Códigos de Justiça, os valores essenciais à condição humana. O enfoque essencial do trabalho é o papel da cultura popular como um instrumento de perpetuação dos Códigos de Justiça e de resistência ao domínio desenfreado da axiomática do lucro, da devastação e da coisificação do ser humano. É demonstrado que, apesar de todo o movimento de perpetuação dos ideais de lucro, de consumo e de imposição dos interesses do mercado, percebe-se, cada vez mais constante, o clamor social pelo retorno dos ideais de justiça. Dito clamor é manifestado com bastante clareza por meio da cultura, de forma incessante, que nos permite afirmar que apesar das mensagens preconizadas de que Justiça não é possível

nesta nova ordem mundial, nos depararmos frequentemente pela sede de justiça em nossa sociedade que não desanima e não se faz calar, acreditando em um futuro melhor para toda a sociedade.

Palavras-chave: Império. Globalização. Axiomática. Códigos de Justiça. Cultura popular.

“Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos”
Mateus – 5;6.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste trabalho, que tem como título “A nova ordem mundial e os Códigos de Justiça: A cultura popular em oposição à axiomática do lucro”, foi estabelecido por inúmeros motivos e critérios, a saber:

O tema é extremamente atual, com base em inúmeras obras literárias e de estudos dirigidos e tem como referência a obra de Michael Hardt e Antonio Negri, “Império”.

Este livro foi lido e discutido durante aproximadamente um ano no NUPEDI (Núcleo de Pesquisas em Direito da Faculdade 7 de Setembro), sob a orientação dos professores Thiago Themudo e Isabelle Menezes, no qual fazemos parte.

A abordagem da problemática encontrada nesta obra, que explica toda a formação e fortalecimento de uma nova ordem mundial, que se denomina Império, nos trouxe profundo interesse em pesquisar a respeito de vertentes que são alcançadas por tamanhas mudanças causadas por este. Resolvemos então discorrer a respeito da cultura popular como reflexo do desejo de mudanças sociais, e como esta pode contribuir para que novos pensamentos surjam e venham a contribuir para a construção de uma consciência crítica capaz de perceber os abusos inerentes ao contexto imperial num cenário globalizado, e as tamanhas injustiças difundidas entre determinadas classes.

Visto isso, o presente trabalho tem como objetivos principais: esclarecer o que de fato é essa nova ordem chamada Império, suas características e seus efeitos na sociedade moderna, além dos seus componentes; esclarecer o que é também a axiomática do lucro e como esta se relaciona com o Império; exemplificar na vida cotidiana as grandes consequências das informações difundidas neste contexto e como as pessoas têm reagido a tudo isso; mostrar a possibilidade de mobilização para combater as forças imperiais sobre contextos essenciais na vida humana, e de que forma estas mobilizações têm contribuído para a diminuição das injustiças sociais largamente difundidas.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho foi desenvolvido a partir da análise das realidades complexas que compõe o fenômeno da globalização e do avanço do Império como conceituado

por Antonio Negri e Michael Hardt em sua obra de mesmo título citada ao longo do texto. Foi utilizado o procedimento metodológico da revisão de bibliografia, com especial ênfase para a obra dos autores e material colhido da internet sobre o assunto.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

O trabalho tem como enfoque principal as idéias expostas por Antonio Negri e Michael Hardt em sua obra *Império* (2005). Nela os autores exploram os conceitos de Império, imperialismo e axiomática como forma de caracterizar o quadro de desenvolvimento desenfreado do capitalismo na sociedade moderna e seus efeitos nefastos em todos os campos do tecido social.

Serão utilizados, ainda, conceitos de outros autores como Denis de Moraes (2006) e Pedro Alcides Guareschi (1986) de forma a caracterizar com maior profundidade a crítica dos autores acima citados, e demonstrar a resistência oposta pelas manifestações culturais populares ao domínio do Império.

4 O QUE É IMPÉRIO E COMO SE FORMOU

O termo Império refere-se a uma nova ordem mundial contemplada na atualidade que tem como base a globalização e seus elementos juntamente com os preceitos de um mercado capitalista, que não encontra limites geográficos ou de qualquer outra natureza.

Não há como subjetivar tal fenômeno na figura de algum Estado até porque não há um único Estado no controle desse fenômeno, todos estão sujeitos a ele. Obviamente, por uma questão de cultura e história há países em situações mais confortáveis que outros, mas não à frente, portanto não é seguro afirmar que o Império trata-se do domínio de um Estado sobre todo o globo, o que muitas vezes é atribuído aos países ditos de primeiro mundo.¹ Neste sentido, Michael Hardt e Antonio Negri são expressos em afirmar a inexistência de uma superioridade de determinado Estado em meio a todo esse processo “Os Estados Unidos não são, e nenhum outro Estado-Nação poderia ser, o centro de um novo projeto imperialista”. (2005, p. 13).

Os Estados já não são mais os mesmos, estão perdendo de forma gradual sua soberania tornando-se mais fracos para controlar a economia e seus trâmites. Mister se faz ressaltar que não há o desaparecimento da soberania, mas sim uma nova roupagem desta através de entes supranacionais e nacionais unidos por objetivos em comum e regidos por uma única sistemática.

¹ Disponível em: <http://www.sinpro-rs.org.brD_extraD_set01D_entrevista>. Acesso em: 23 abr. 2007.

Este poder que regula todo um contexto global provém de um novo foco e incide sobre outros vários alvos. A vida de uma forma geral passou a girar em torno desse processo híbrido. Novos paradigmas, conceitos e concepções difundidas no meio social por este fenômeno são fatores que lhe dão sustentabilidade e força de forma cíclica.

Não há como delimitar de forma exata a formação dessa nova ordem numa linha de tempo, história e lugar. Sabemos que na maioria dos casos, mudanças ocorrem não pelo mero acaso, mas sim pelo somatório de vários fatores. Assim, podemos afirmar que o Império não surgiu por uma onda conspiratória nem pelo andar de coincidências, mas sim pela junção de outras mudanças que tiveram um fim comum por conta de sua fusão. Podemos ter em mente que, desde que o homem descobriu a atividade econômica, o Império já se apresentava de uma forma menos visível, mas já estava se materializando. Afirmamos, pois, que o Império se formou antes da modernidade, mas ganhou forças após esta, com o “amadurecimento” do mercado capital e com a propagação das relações internacionais.

5 CONTRASTES ENTRE IMPÉRIO E IMPERIALISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Livre de qualquer conotação em sua etimologia, o Império não se confunde com os “Impérios” descritos na história da humanidade, onde os domínios e a propagação do poder de uma ordem dominante se delimitavam nas circunscrições do lugar e povo dominados, com objetivos de serventia e poderio de guerra. O Império ao qual nos referimos não possui limites. Não há como constatar algo fora dessa ordem global, tudo está sujeito a ela, como explica Michael Hardt:

O conceito de Império sempre se centrou em torno da regra ilimitada. Os romanos, os chineses e vários outros Impérios antigos reconheciam que sua regra não abarcava toda a Terra, mas eles o concebiam, no entanto, de forma a incluir todo o mundo “civilizado”. Aqueles Impérios, no entanto, eram limitados como foram também os modernos colonialistas europeus e os projetos imperialistas. O Império de hoje, que se expande por todo o globo e por todo mercado mundial, é, neste sentido, o primeiro Império a alcançar a forma completa e ilimitada que seu conceito implica.²

O poder se alastra e reflete sobre todos e é normal que haja questionamentos a respeito da origem deste poder, o que ele é e de onde vem. Este poder vem das novas diretrizes ditadas pela globalização, é o que rege nossas relações do cotidiano através

² Disponível em: <http://www.sinpro-rs.org.brD_extraD_set01D_entrevista>. Acesso em: 23 abr. 2007.

de uma difusão larga de parâmetros a serem seguidos para uma inclusão social de mercado.

Diante do que já foi descrito podemos enumerar algumas características desse fenômeno. Podemos afirmar que o Império não possui limites geográficos ou culturais, não possui alvo específico e nem configura um movimento imperial por parte de um determinado Estado. Os Estados, por sua vez, perdem de forma gradual sua soberania, além de apresentarem o enfraquecimento de sua capacidade de controlar as atividades econômicas e permutas culturais. Como afirmam os renomados autores Michael Hardt e Antonio Negri:

Em contraste com o imperialismo, o Império não estabelece um centro territorial de poder, nem se baseia em fronteiras ou barreiras fixas. É um aparelho de descentralização e desterritorialização do geral que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão. (Hardt, 2005, p.12).

6 IMPÉRIO: CRIADORES E CRIATURAS

O mundo em si mudou muito. O poder que emana do Império atinge e controla a vida social como um todo, é como se ele criasse seu “habitat natural”, e por incrível que pareça o faz de modo opressor e destruidor. Em sua obra, Gustavo Javier e Alejandro Gabriel comentam a respeito:

O Império não só administra um território com sua população, mas também cria o próprio mundo que ele habita. Não apenas regula as interações humanas como procura reger diretamente a natureza humana. O poder de mando do Império funciona em todos os registros da ordem social, descendo às profundezas do mundo social.³

Tudo começa a partir da subjetividade do ser, onde valores são largamente difundidos através do farto rol de meios de comunicação, onde um estilo de vida é exposto e idealizado baseado em conceitos de consumo. Há uma desumanização do homem, sua vida e seus valores passam a ter outros conceitos. Devido o Império ter como base o mercado global capitalista, as figuras que gerenciam atividades econômicas se fortalecem e exercem suas funções de forma ilimitada, pois não há por parte dos Estados uma intervenção eficaz para controlá-las.

Podemos tomar como exemplo as grandes corporações, que são pessoas jurídicas que exercem atividades econômicas com a finalidade de obtenção de lucro, detentoras de notável poderio na história da modernidade. Como afirma Tiago Soares:

³ Disponível em: <<http://www.unieuro.edu.br/download>> Acesso em: 24 abr.2007.

Tecnicamente, elas nada mais são do que um instrumento legal através do qual determinado negócio é transformado numa estrutura cujo funcionamento transcende as limitações individuais de seus responsáveis de carne e osso. Por conta disso, apesar das posições individuais de seus fundadores, e mesmo após a morte destes, uma corporação segue em sua existência, operando como um “organismo” autônomo em busca de um objetivo bastante específico – o lucro.⁴

As corporações são um exemplo extremamente palpável do que de fato acontece nos dias de hoje em meio ao contexto do Império. Exemplo de que, por conta da busca sem limites do lucro a força de trabalho, a saúde dos consumidores, paradigmas éticos e morais ganham posições de coadjuvantes, uma vez que é visto claramente a exploração desenfreada da mão de obra não qualificada, a inclusão de substâncias nocivas à saúde em produtos alimentícios e cosméticos, a devastação de áreas verdes para projeção e construção de indústrias e o uso de propaganda invasiva para otimizar a demanda de consumo dos ditos produtos.

O Império se mostra neste contexto da seguinte forma: devido ao fenômeno da globalização e suas respectivas conseqüências, o mundo tomou novos conceitos a respeito de áreas do cotidiano, da economia, política e mercado. Não importa se o meio-ambiente está sendo devastado, se um funcionário está sendo mal-tratado ou se as crianças estão dando mais importância à televisão e ao vídeo-game, é preciso produzir para vender e conseqüentemente lucrar, deixando para trás fatos socialmente preocupantes mas que são tratados como problemas auto-solucionáveis, do tipo “interesse de todos, preocupação de ninguém”. Não há consciência humanitária nem política dos atos oriundos de uma corporação, também não há controle legal que seja eficaz para garantir a pausa de suas transgressões, ou até mesmo diminuí-las. Nas palavras de Tiago Soares:

Criadas com o objetivo único de tornar mais eficiente o acúmulo do capital, corporações seguem uma dinâmica própria, que transcende as vontades individuais de seus acionistas e executivos. Mas, mais do que criar estruturas de produção viciadas, a lógica do lucro é responsável também pelo modo como é construída a cultura corporativa e suas noções de responsabilidade social e política.⁵

⁴ Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200405/r>> Acesso em: 24 abr. 2007.

⁵ SOARES, Tiago. **A corporação**. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200405/resenhas/resenha2.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

Como parte de um processo cíclico e confuso, mediante notável autonomia que as corporações possuem nos territórios em que se fixam ou atuam, a busca por justiça por parte daqueles que são atingidos de alguma forma por seus atos é notavelmente enfraquecida ou seu acesso é seriamente dificultado por diversos fatores. Até mesmo porque a própria política e consciência social se desestruturaram, não havendo assim base para que se efetue de forma satisfatória a justiça daqueles que a buscam.

Ilustremente relatado no documentário “The Corporation”⁶ (Canadá, 2004), as corporações são analisadas desde a sua gênese, incluindo seu funcionamento, o reflexo de sua conduta no contexto global, além de apresentar casos em que as corporações mostram seu superior poder em detrimento dos códigos de justiça.

Esse poder que as grandes corporações possuem, tem se manifestado de diversas maneiras, sobretudo no que diz respeito às axiomáticas. Quando nos referimos à axiomática do lucro estamos falando a respeito das diretrizes que regem as relações econômicas estabelecidas no meio comercial, que na atual conjuntura se fortalecem e acabam por se sobressair a meios de coercibilidade ditados pelo mundo jurídico, pela moral e por dogmas sociais.

Temos, pois, exemplos palpáveis de que os códigos de justiça já não alcançam determinados alvos, uma vez que estes se encontram cobertos pelo domínio dos axiomas. É fato que o dinheiro consegue minimizar meios de controle sociais diversos, dando ensejo à impunidade e ausência de tutela por parte do Estado.

O fato é que, para onde quer que olhemos, nos vemos dentro de um processo na história onde não há como vislumbrar algo fora dessa realidade que vivemos, com perspectivas de mudanças. O pensamento primitivo que nos vem à cabeça é de que a globalização e os processos inerentes a ela não podem ser retirados do contexto mundial, uma espécie de caminho sem volta. Tal pensamento não é de todo absurdo, uma vez que não há como definir o mundo fora da realidade da globalização e, por consequência, fica difícil imaginar algum lugar que esteja imune à incidência do Império.

No entanto, podemos vislumbrar concepções opostas às ditas por essa nova ordem global, dentro dela mesma. Ao passo que o Império se fortalece ele também cria preceitos para que posicionamentos opostos a ele se fortaleçam também. É neste pensamento que discorrem Michael Hardt e Antonio Negri:

O Império no qual nos deparamos exerce enormes poderes de opressão e destruição, mas isso não deveria, de modo algum, nos deixar saudosos das antigas formas de dominação. A transição para o Império e seus processos de globalização oferece novas possibilidades para as forças de libertação. (2005, p.15).

⁶ Direção: Mark Achbar e Jennifer Abbott – Produção: Joel Bakan

Em parte, é de surpreender o fato de que o Império em si contribui para sua própria oposição, mas é o que acontece. Em meio a tantos acontecimentos alguns se utilizam dos meios que lhe são atribuídos para expressar idéias que se opõem à realidade que vivemos, expressando um latente desejo de que o desnivelamento existente nas estruturas diversas da vida do homem seja amenizado, encontrando-se soluções para tais máculas. É onde vemos a cultura popular se apresentando como fator orgânico para a composição de forças de resistência diante do atual cenário que vivemos.

7 AXIOMÁTICA X CÓDIGOS DE JUSTIÇA

Um grande desafio a ser desbravado em meio a todo esse processo e as mudanças acarretadas por ele, é o fato de que os valores morais, éticos e sociais estão perdendo seu poder de incidência sobre quem se destinam por conta de interesses econômicos que movem aqueles que exercem atividades lucrativas. São os chamados Códigos de Justiça a que se referem Antonio Negri e Michael Hardt em sua obra *Império*, e que representam o conjunto de valores sociais que protegem os ideais mais mezinhos do existir humano. (2005. p.16).

O fato é que não há mais uma consciência humana, o ser humano já não é visto como um ser e sim como consumidor alienado por informações largamente difundidas pelos sistemas de comunicação, onde novos conceitos e estilos de vida são apresentados. O meio ambiente é visto como território atingível e passível de devastação, com importância econômica e não biológica. Até a vida ganhou uma outra roupagem, onde direitos fundamentais caem por terra com o enfraquecimento das Constituições dos Estados e o vislumbre de possibilidade de sacrificar a vida como instrumento de exploração da atividade econômica. Conforme nos anuncia o seguinte trecho:

Os meios de comunicação da era eletrônica, maioria a serviço da incomunicação humana, estão impondo a adoração unânime dos valores da sociedade neoliberal. Eles nos mentem, por imagens ou omissão, e concedem, no máximo, o direito de escolher entre coisas idênticas. (Moraes, 2006, p. 149)

Os Códigos de Justiça já não conseguem proteger fatores vitais, já não demonstram uma coercibilidade eficaz para limitar essas atividades. A axiomática do Império não encontra limites nem em conceitos pré-estabelecidos pela moral.

Surge então a pergunta: se os Códigos de Justiça estão se enfraquecendo, como há de se alcançar, então, a Justiça?

Falar a respeito de Justiça não é umas das tarefas mais fáceis por ser um conceito ético e não só jurídico. Tomando como ponto de partida o fato dos códigos serem feitos para reger a vida social e terem em seu conteúdo a busca por uma sociedade equilibrada, sem prejuízo dos princípios humanos e morais, devem os destinatários

destas normas pleitear de forma organizada aquilo que lhes compete, ou seja, em meio ao sufoco causado pelo insaciável desejo de lucro do Império, a sociedade deve se mobilizar para que a Justiça se materialize.

No atual contexto deste mundo globalizado, caracterizado por uma busca incessante de riquezas e por uma ganância desenfreada, é mais simples conceituar injustiça do que a própria Justiça. A Justiça é, então, revelada para a sociedade a partir de um sentimento de falta, ou seja, pela enunciação de situações de injustiça.

Podemos notar que é tão comum nos defrontarmos com situações de injustiça, acarretadas pela axiomatica do lucro, que cada vez mais são “normalizados” pelos meios de comunicação, que não somos mais capazes de nos indignar com as situações adversas, e cada vez mais habituais de miséria. Estamos de tal forma influenciados pelos meios de comunicação, que são geridos por esta nova ordem, nos convencendo que pobreza, miséria e desigualdade social não fazem mais parte do conceito de injustiça e sim de fracasso. Como podemos notar:

Hoje em dia, a pobreza é “o justo castigo que merece a ineficiência”, ou “uma manifestação da ordem natural das coisas”. A pobreza foi desconectada da injustiça; e a própria noção de injustiça, há pouco tempo uma certeza universal, atenuou-se aos poucos até desaparecer. O código moral atual não condena a injustiça, mas o fracasso. (Moraes, 2006, p.152)

Nesta sociedade de comunicação desvirtuada, o fato de uma pessoa não conseguir viver dentro dos conceitos do mundo capitalista, não possuindo meios para consumir as marcas desejadas, significa que este ser será visto como um derrotado. Pelo simples motivo de não ter como ostentar o luxo pregado pelo Império, o individuo não é visto como um injustiçado, mas como um perdedor que não soube se adaptar à lei de seleção natural do mundo globalizado.

Deve-se perceber, no entanto, que a Justiça não deve ser compreendida como um conceito meramente econômico, tendo também um cunho profundamente político que nos revela o esvaziamento de valores éticos em nossa sociedade. Devemos nos questionar se há possibilidades concretas de efetivação do sentimento de Justiça, que se fundamenta no princípio da vida justa.

Talvez nenhum outro filósofo tenha acertado tanto como Ulpiano, no ato de conceituar o que é Justiça, quando a definiu: “como a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que era seu”. (Nascimento, 2002, p. 12). Justiça, neste atual contexto é um fato desejável, que dificilmente será concretizado, acarretando uma reconstrução constante deste desejo, exigindo uma luta diária, de uma ação conjunta da sociedade para a concretização de uma vida mais justa e democrática. Pois ela não se refere apenas às condições materiais de existência, mas, também está inserido no imaginário social como desejo, como utopia de uma vida melhor.

Apesar desta realidade que nos assola, é cada vez mais notória a busca e a luta por esta utopia, pelo sonho de que existência signifique coexistência, onde a humanidade vença a desumanidade e a justiça se concretize sobre a injustiça.

Como os nossos Códigos de Justiça irão triunfar sobre esta realidade, se as nossas leis são criadas pelos donos dos meios de comunicação que querem que tudo continue como está?

Os meios de comunicação dominantes são controlados por um pequeno número de poderosos que têm o poder de se dirigir a um grande número de cidadãos através do planeta. Nunca tantos homens foram mantidos em incomunicação por um grupo tão pequeno. (Moraes, 2006, p.14)

Estamos diante do sentimento de impotência dos nossos códigos perante esta axiomática devastadora que devora nossa sociedade, pois hoje as empresas pagam para devastar e poluir. E como as nossas leis punem com penas pecuniárias esta exploração, entretanto, para este modelo capitalista dinheiro não representa nenhum obstáculo, nos deparamos com o enfraquecimento e com o desprezo deles em relação aos nossos códigos de justiça. Como evidenciado:

De um lado, a acumulação contemporânea do capital é flexível” no sentido de que, ao mesmo tempo que dá continuidade à feroz exploração da força de trabalho, “libera” ou enfraquece as relações laborais, investindo contra as garantias institucionais (jurídicas, políticas) tradicionalmente concedidas pelo capitalismo fordista. (Moraes, 2003, p. 21)

Outro pensamento sobre esta realidade capitalista perante nossa Justiça é denotada a seguir:

O verdadeiro problema para o sociólogo e o que estuda essa realidade global, é o capitalismo e a instituição militar. O problema sociológico fundamental não é o crime, mas a lei. (Guareschi, 1986, p. 68).

Mesmo perante todas estas mensagens preconizadas pelos nossos meios de comunicação de que Justiça é impossível ou até mesmo desnecessária, não devemos desanimar, pois tudo é possível no campo dos ideais, que são feitos históricos e construídos. Não deixemos que nos convençam de que a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a justiça são impossíveis. “Tudo é possível a quem quer. Essa é a nossa consciência, a nossa convicção. O futuro nos pertence. O impossível não existe para nós. ‘Sejamos realistas: exijamos o impossível.’”. (Guareschi, 1986, p. 124).

Esta esperança, assim como o espírito essencial de busca de Justiça, está presente de forma marcante nas manifestações culturais populares. Cultura de forma mais abrangente denota um sistema de produção de valores e costumes (Justiça), que cada vez é confrontado com informações contrárias que este conceito é inválido por nossos meios de comunicação. Diante de todas estas mensagens contrárias preconizadas notamos ainda assim um clamor, uma sede de Justiça, que se demonstra cada vez mais forte no inconsciente coletivo, pois mesmo com todas as dificuldades impostas pelo Império para tal concretização, a cultura de massa não desanima, não esmorece na sua busca incessante de efetivação de Justiça seja pelos mesmos mecanismos de difusão de idéias contrárias, meios de comunicação, ou até mesmo protestos públicos, caminhadas, músicas, cartazes, encenações artísticas, dentre outros.

8 CULTURA POPULAR: UMA FORMA DE MOBILIZAÇÃO ANTI-IMPERIALISTA

Dentro do paradoxo causado pelo Império, há movimentos dentro deste que impulsionam um posicionamento oposto, ou seja, dentro de um ciclo vicioso de um processo híbrido há o desejo de se fazer mudanças e vislumbrar dias melhores para todos. Tanta mudança, inclusive no interior dos seres humanos, acarreta outras metamorfoses em um contexto social, ao passo que muitos se deixam levar por rasas informações propagadas pelos meios de comunicação de massa, outros contemplam adiante e se propõem a fazer algo para que se mude uma consciência tão abusivamente capitalista.

Seja através da literatura, música, cinema ou outro meio, a sociedade clama por mudanças, clama por justiça, exige que o dinheiro não venha a ser um fator determinante na hora de ponderar direitos, interesses e garantias. Cada um, no processo que lhe compete pode dar sua contribuição nesse movimento que não deixa de ser um Anti-Império.

Existem, assim, zonas de forte resistência ao Império que se manifestam através da cultura popular. Qualquer que seja a forma, a cultura tem desempenhado papel de suma importância, no cinema, teatro, música, literatura, entre outros, onde pessoas se posicionam de forma oposta a esse fenômeno e suas conseqüências que acabam por ser irradiadas no cotidiano. É a prova da possibilidade de haver um anti-império dentro dele mesmo.

Na cultura brasileira, por exemplo, temos várias formas de manifestações de artistas diversos que trazem em sua essência o sentimento de insatisfação com tantos acontecimentos ocasionados por toda a dinâmica global e a materialização de uma nova ordem ditada por parâmetros capitalistas.

Zé Ramalho, em Admirável gado novo, música de sua autoria, deixa transparecer o sentimento daqueles que são desumanamente explorados pela força de capital e que lutam contra a falta de respeito à mão-de-obra visto o interesse de produção e mercado:

Vocês que fazem parte dessa massa que passa nos projetos do futuro. É duro tanto ter que caminhar e dar muito mais do que receber. E ter que demonstrar sua coragem à margem do que possa parecer. E ver que toda essa engrenagem já sente a ferrugem lhe comer.⁷

Vemos que através da música um artista brasileiro passa para a sociedade sua mensagem, que há a exploração e a desumanização dos trabalhadores em prol da obtenção ilimitada do lucro. Na mesma linha, Geraldo Vandré na consagrada música Pra dizer que não falei de flores exprime o mesmo sentimento:

Pelos campos a fome em grandes plantações,
Pelas ruas marchando indecisos cordões,
Ainda fazem da flor seu mais forte refrão,
E acreditam nas flores vencendo o canhão [...].⁸

Na parte cinematográfica, temos muitos exemplos de excelentes documentários que apresentam o funcionamento na prática das estratégias de mercado de grandes empresas, como sua publicidade atinge a sociedade e muda conceitos, como estas empresas tratam seus trabalhadores e o reflexo das avançadas tecnologias utilizadas para a manutenção e funcionamento das grandes corporações no meio ambiente e na saúde das pessoas.

Podemos citar além do já mencionado The Corporation um hilário e surpreendente documentário, Supersize me, onde um jornalista americano mostra em experiência própria os efeitos causados por uma alimentação à base do cardápio oferecido por uma multinacional do ramo de “fast food”, e como a propaganda utilizada por esta se faz alienadora e invasiva, principalmente no que diz respeito às crianças. Não podemos deixar de ressaltar o fato de que esta multinacional é pioneira no mundo inteiro, contendo lojas em diferentes países. Estudos já comprovaram que esta empresa tem contribuído muito para o aumento de casos de obesidade, sobretudo no Estados Unidos. Vemos aqui, os efeitos que esta nova ordem global traz, que vai desde a seara do mercado até sérias complicações na saúde das pessoas.

Outro que não poderíamos deixar de mencionar é “An Inconvenient Truth” (Estados Unidos, 2006), documentário que exhibe através de flashes de conferências realizadas por Al Gore (vice-presidente dos EUA em 1993, presidente da Generation Investment Management), a exposição de dados a respeito do aquecimento global e suas

⁷ Disponível em: <<http://admiravelgadonovo.zeramalho.letrasdemusicas.com.br/>>. Acesso em: 30 de mai. de 2007.

⁸ Disponível em: <<http://pranaodizerquenaofaleidasflores.geraldovandre.letrasdemusicas.com.br/>>. Acesso em: 30 de mai. de 2007.

consequências, incluindo uma análise a respeito da figura das grandes empresas que utilizam meios poluentes em seus processos de produção.

Além da música e do cinema, a literatura também é utilizada como meio de expressão em protesto a tudo o que temos vivido. Além de obras especializadas em sociologia, política e economia, outras formas de literatura trazem em seu conteúdo o clamor social por mudanças, ou até mesmo a indignação com a inversão de valores, como mostra de forma cômica Onélia Passaroti :

Antigamente o burro puxava a carroça,
Carregando o homem.
Hoje, o homem puxa a carroça,
Carregando o lixo!⁹

De qualquer forma de manifestação cultural, é contemplada a presença do desejo de mudanças. Apesar de todo o sufoco causado pelo Império, ainda há vozes que não se calam e pensamentos que não se aprisionam e acabam por ganhar publicidade se propagando para outras pessoas, para que estas venham a adquirir o mínimo de pensamento crítico afim, de não só desejar mudanças, mas contribuir para que estas ocorram.

Não há efeito em discordância sem ação. Todo ser pode dar sua contribuição, ainda que seja pequena, para que haja mobilização e assim ver metamorfoses na situação presente. Exemplos de mobilização são os diversos tipos de trabalho voluntário e as ONGs, exercendo trabalhos solidários em diversas áreas somando forças para fazer diferente nos tempos futuros, sem esperar auxílio do Estado ou de outras entidades. Sem dúvida, há muito o que fazer, mas não devemos esperar que auxílio venha das altas cúpulas do poder. Todos somos um pouco responsáveis pelo o que vivemos, devemos começar o processo de mudança entre nós mesmos, e se o Estado não garante a justiça para o menos afortunado, menos instruído, este não deve assumir uma posição de submissão e desistir, mas ter a consciência de que luta requer força e mobilização. Gabriel o Pensador, exhibe na música Até Quando? O incentivo à luta e a crítica ao conformismo de alguns que são marginalizados nos dias de hoje. Em suas palavras:

Não adianta olhar pro céu com muita fé e pouca luta
Levanta aí que você tem muito protesto pra fazer e muita greve
Você é , pode e você deve, pode crer
Não adianta olhar pro chão, virar a cara pra não ver.

⁹ Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/visualizar.php?id=505959>>. Acesso em: 30 de mai. de 2007.

Se liga aí que te botaram numa cruz e só porque Jesus sofreu
 Num significa que você tenha que sofrer
 Até quando você vai ficar usando rédea
 Rindo da própria tragédia?
 Até quando você vai ficar usando rédea
 Pobre, rico ou classe média?
 Até quando você vai levar cascudo mudo?
 Muda, muda essa postura. Até quando você vai ficando mudo?¹⁰

Creemos que, seja qual for a classe social, nível de escolaridade e até idade, o ser humano deve e pode ter consciência do que realmente acontece em sua volta, notadamente a injustiça, a “coisificação” dos valores. Mas infelizmente os meios de comunicação dão quase que total preferência à abordagens desnecessárias, incluindo a larga difusão de valores consumistas. Assim, a formação do pensamento crítico do ser humano fica extremamente comprometida, sobretudo daqueles que não possuem acesso a outros tipos de informação, como bons livros. A classe menos abonada, que geralmente é a mais atingida pelas forças do Império fica presa a um ciclo vicioso, pois não poderá se desprender da problemática que vive porque não tem a chance de ver sob uma ótica verdadeira sua situação deplorável.

Sendo assim, não tem chance de se libertar da exploração de sua força produtiva, em especial porque toda a informação que lhe é passada pelos meios de comunicação ligados ao Império, a quem interessa manter a massa consumidora desinformada e conformada com o estado das coisas.

É onde a cultura popular deve fazer seu papel, auxiliando aqueles que não têm oportunidade de se posicionar de forma diferente, visto que em muitos casos a mobilização não acontece pela falta de informação e até consciência. Já que os meios de comunicação mais comuns não o fazem, a sociedade deve fazê-lo, utilizando-se do trabalho social voluntário e difusão de resgate de valores através das manifestações culturais.

9 CONCLUSÃO

Em meio a um mundo globalizado, vemos a materialização e fortalecimento de uma nova ordem mundial denominada Império, que atinge a vida do homem desde as primícias mais íntimas até as searas coletivas onde as relações econômicas de comércio ganham forças e acabam se sobrepondo a parâmetros de controle social. Percebe-se o enfraquecimento da soberania dos Estados-Nação em detrimento dos Códigos de justiça, que se mostram cada vez mais ineficazes para nortear tais relações, tendo

¹⁰ Disponível em: <<http://atequando.gabrielopensador.letrasdemusicas.com.br/>>. Acesso em: 30 maio 2007.

como resultado a prática indiscriminada de atividades mercantis que se utilizam dos meios de comunicação e da falta de instrução da massa para difundir seus conceitos exacerbados de consumo.

Em contraposição a todo esse complexo de transformações, vislumbram-se movimentos contrários, que exibem insatisfação com a conjuntura atual, preocupação com a conscientização em larga escala e a necessidade de meios legais e morais para frear as atividades econômicas que acabam por ferir preceitos fundamentais. A injustiça vista em grandes proporções no meio social e até político, é fator corriqueiro nos dias de hoje o que serve de combustível para mobilizações em desacordo com tais acontecimentos.

A cultura popular vem a desempenhar papel fundamental neste sentido, uma vez que é a forma de expressão do sentimento de insatisfação, além de ser um meio de difundir para as massas tais ideais para que os que se encontram em situações de desmerecimento venham a ter claro conhecimento do que realmente acontece. Funciona, também, como um mecanismo de organização social, uma teia anti-Império que combata tamanhas injustiças. Até porque o Império não é o fim da história, mas a possibilidade de um recomeço, tardio, mas capaz de produzir um tecido social mais sadio, justo, solidário e protetor dos ideais humanos mas comezinhos.

BIBLIOGRAFIA

GUARESCHI, Pedrinho Alcides. Sociologia Crítica: alternativas de mudança. Porto Alegre: Mundo Jovem, 1986.

HARDT Michael, NEGRI Antonio. Império. 7ª ed. Rio de Janeiro: Record 2005.

MORAES, Dênis de (org). Sociedade Midiatizada. Traduções de Carlos Frederico dea Silva, Maria Inês Coimbra Guedes, Lucio Pimentel. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

_____. Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder. Rio de Janeiro: Record, 2003.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. A Justiça, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOARES, Tiago. A corporação. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200405/resenhas/resenha2.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2007.

S/A. Disponível em: <http://atequando.gabrielopensador.letrasdemusicas.com.br/>>. Acesso em: 30 maio 2007.

_____. Disponível em: <<http://www.sinpro-rs.org.brDextraDset01Dentrevista>>. Acesso em: 23 abr. 2007.

_____. Disponível em: <<http://www.unieuro.edu.br/download>> Acesso em: 24 abr. 2007.

_____. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200405/r>> Acesso em: 24 abr. 2007.

_____. Disponível em: <<http://admiravelgadonovo.zeramalho.letrasdemusicas.com.br/>>. Acesso em: 30 maio 2007.

_____. Disp.: <<http://pranaodizerquenaofaleidasflores.geraldovandre.letrasdemusicas.com.br/>>. Acesso: 30 maio 2007.

_____. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/visualizar.php?idt=505959>>. Acesso em: 30 maio 2007.

THE NEW WORLD ORDER AND THE CODES OF JUSTICE: POPULAR CULTURE X PROFIT AXIOM

Abstract: This work is based on concepts developed by Michael Hardt and Antonio Negri, related to the development of the powers of the Empire, defined as the set of global elements that led to the domain of the logic of consumption and profit, and to the defeat of ideals of peace, justice, social balance and protection of man's fundamental rights. With such definitions, it is analyzed the confrontation of the axiomatic, seen as the group of values imposed by the Empire, against the codes of Justice, as essential values to human condition. The main focus of this article is the role of popular culture as instrument of perpetuation of the codes of Justice and resistance against the unstoppable domain of the profit axiomatic, leading to devastation and inhumanization of man. It is demonstrated that, despite all attempts to impose the ideals of profit, of consumption, and of market interests, it is perceived that there is a growing demand for the ideals of justice. Such demand is demonstrated very clearly through cultural aspects which allows us to foresee the interest in our society for justice, believing in a better future for society.

Key words: Empire. Globalization. Axiomatic. Codes of Justice. Popular culture.

ASSÉDIO MORAL – O MAL INVISÍVEL DA RELAÇÃO DE TRABALHO

PAULO YGOR MACEDO LOBO PIAUILINO

Aluno do curso de Direito da FA7, orientado pelo prof. Paulo Rogério Marques de Carvalho.

paulopiaui@hotmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. O enquadramento temático; 3. O assédio moral, 4. O assédio moral nos tribunais; 5. Conclusão.

Resumo: Ao longo dos anos, a relação de trabalho sofreu inúmeras modificações, visto que os conceitos de capitalismo e globalização influenciaram, diretamente, na formação de um novo ambiente de trabalho, obrigando empresas a exigirem mais de seus empregados, num maior ritmo de trabalho intenso em busca do lucro. O assédio moral surge como um dano ao trabalhador, tendo a sua origem fixada na sua degradação reiterada em face da relação de trabalho, gerando danos psicológicos e físicos que podem levar a baixa na produtividade, incapacidade laboral e até a morte.

Palavras-chave: Globalização. Ambiente de trabalho. Danos. Assédio moral.

1 INTRODUÇÃO

As relações de trabalho modificaram ao longo dos tempos, tendo a globalização um tratamento decisivo neste novo período, sendo uma evolução do capitalismo moderno, algo irreversível na história do homem, resultando em um mal para aqueles que não conseguirem acompanhar sua dinâmica e um bem para os que conseguirem nela sobreviver.

Um olhar particular para a globalização verifica um fenômeno cíclico que está se repetindo na história da humanidade e que, portanto, podemos, através do passado, tirar algumas importantes lições para o futuro.

Na esteira das transformações capitalistas o imperialismo do lucro, competitividade e redução de gastos transformaram, em várias partes do Planeta, o ambiente de trabalho nos mais diversos setores da economia. A forte pressão sofrida

pelo trabalhador motivou o surgimento de um mal que assola uma grande parcela dos países, onde tal fenômeno é conhecido como assédio moral.

Vale ressaltar, que encarar o tema assédio moral como um problema da modernidade é assumir que os atuais valores não estão sendo abordados com a mesma óptica em relação aos pretéritos, visto que houve uma mudança na sociedade e em sua visão em relação à tutela dos direitos da personalidade existente.

O assédio moral vem tratar de uma violação aos interesses juridicamente tutelados, sem conteúdo pecuniário, mas que deve ser preservado como um dos direitos mais importantes da humanidade, ligados à cidadania, dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, onde tais princípios estão presentes na Carta Política de 1988 no art. 1º, II, III e IV, explicitando os fundamentos, de direito e respeito, adotados pelo Estado Brasileiro.

Por ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, o assédio atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo trabalhador de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente de trabalho e do convívio social, podendo ter reflexo na esfera familiar.

Muitos estudiosos buscam um conceito num sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um privilégio exclusivo da relação de trabalho, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como exemplo, em escolas, comunidades, instituições públicas, corporações militares, entre outros.

No entanto, na relação de trabalho o tema recebe um tom mais dramático, tendo em vista a própria hipossuficiência de um dos seus sujeitos, que por medo de perder o seu emprego sente os efeitos da degradação psicológica, não somente de seu empregador, alguém está diretamente ligado pela subordinação, mas dos seus próprios colegas de trabalho. Assim, a maior parte dos autores enquadra o seu conceito voltado diretamente ao direito do trabalho.

Em decorrência das constantes pesquisas alarmantes, bem como a preocupação da própria OIT, que em periódicos recentes demonstrou o complexo do fenômeno, o tema assédio moral está no seu ápice, despertando um enorme interesse mundial, na contemporaneidade, sendo revelado na enorme quantidade de publicações destinadas ao esclarecimento e estudo sobre a matéria.

O campo de investigação do assédio moral tem a sua órbita na violação a direitos da personalidade do indivíduo, com prática de atos atentatórios à sua dignidade psíquica e quando tal conduta afeta aspectos corpóreos do ser humano, podemos verificar a ocorrência de outro tipo de ato ilícito, ou seja, a agressão física ou o esbulho patrimonial. Este é um elemento bastante relevante, pois poderá delimitar o campo de alcance da eventual reparação pleiteada em juízo.

No Brasil, o direito positivo ainda não possui uma legislação específica de efetivo combate ao assédio moral, deixando de proteger de forma clara um mal que a cada ano tem seu índice elevado, causando grandes abalos a trabalhadores e empresas que passam a eleger regras e condutas totalmente degradantes.

2 O ENQUADRAMENTO TEMÁTICO

O trabalho regido pela globalização e a modernização, gerou nas indústrias e empresas um ritmo de trabalho intenso na luta pelo lucro, forçando a sua principal classe trabalhadora. A organização do trabalho com a sua estruturação hierárquica, divisão de tarefas, jornadas de trabalho, ritmos, intensidade, monotonia, repetitividade e responsabilidade excessiva foram fatores que contribuíram para desencadear uma série de distúrbios ao trabalhador, sejam eles físicos ou psíquicos.

A busca desenfreada pelo lucro, dentro do atual contexto econômico, gerou reações sem precedentes na história tais como leis de mercado voltadas para a competitividade de alto nível, a busca do aperfeiçoamento profissional, a disciplina interna e o máximo de produtividade com o mínimo de desperdício. Com efeito, o ambiente de trabalho tornou-se um lugar de conflitos sociais, étnicos, psicológicos, políticos, tornando o ambiente de trabalho um lugar de discriminação e marginalização.

Tais transformações na vida pessoal do trabalhador refletiram num certo distanciamento entre as pessoas da própria empresa, um sentimento de impessoalidade que culminaram na adoção de procedimentos moralmente reprováveis, assim como “no ambiente do trabalho, mais especificamente, no posto de trabalho, ocorre à confluência de diversos riscos e agressões que afetam a saúde e a integridade física do trabalhador” (OLIVEIRA, 1998, p. 116)

Faz-se necessário o estudo dos pressupostos que norteiam o assédio moral no ambiente de trabalho, já que tal conduta depreciativa do caráter humano é mais grave, por vezes, que a própria lesão física, pois o espírito possui um maior valor do que o corpo.

Em muitas empresas reina um clima de indiferença ou suspeita recíproca, quando não de medo. Mas, mesmo quando as direções se esforçam para criar uma atmosfera colaborativa, quase sempre o convívio tem um ar artificial, forçado, as festas de trabalho e as reuniões são sempre um pouco tristes e patéticas. As panelinhas, as alianças, o bando de puxa-sacos são sempre grupos minados pela desconfiança, pela transitoriedade e pelo carreirismo. Muitas passam a vida inteira como unha e carne com os chefes e colegas de trabalho, sem abdicar do tratamento formal só por uma questão de compostura, exigida pela hierarquia e pelo clima de impessoalidade imposto pela empresa. E não são raros os casos quando alguém se torna alvo de perseguições, bodes-expiatórios, objeto de mobbing. (De Masi, 2000, p. 210).

Dentro do respeito à dignidade do trabalhador o legislador constituinte de 1988 incluiu a extraordinária garantia constitucional à indenização por dano moral, como se extrai do exame do art. 5º, inciso X, que assim dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1998).

A Constituição ainda assegurou a prevalência do interesse social em detrimento do um mero interesse particular voltado ao lucro, estando presente no art. 5º, XXIII na proteção a função social, conforme:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. (BRASIL, 1988)

A importância do estudo do assédio moral reside na constatação de um fenômeno capaz de atormentar e depreciar as relações humanas no ambiente de trabalho, gerando um desconforto para o trabalhador, a perda de sua capacidade laborativa, a baixa produtividade da empresa, a depressão e até a morte.

3 O ASSÉDIO MORAL

A dogmática da atividade industrial e as insistentes violações dos direitos fundamentais do trabalhador, em face do emprego de técnicas e procedimentos antiéticos que importam risco à saúde do trabalhador e ao ambiente do trabalho, são os focos de abordagem deste trabalho.

As leis infraconstitucionais, a mudança jurisprudencial, e o novo entendimento da relação empregatícia são algumas fontes que entram em sintonia com o estudo para proteger e repelir as atuações danosas de sujeitos perversos face os direitos do trabalhador.

Em contrapartida o Direito do Trabalho moderno afirma que o simples trabalho com a garantia de retribuição ao empregado é incapaz de preservar a dignidade nas relações de trabalho. Como acertadamente podemos destacar:

O trabalho há de ser analisado tendo em vista o homem, em razão de sua capacidade criadora, já que definido, com acerto, como o ‘animal que produz’. A par de ser, para o homem, uma necessidade vital, é também, e aí sua importância maior, o seu libertador, tanto individual como socialmente. (Ferrari, 1998, p. 15)

O assédio moral nas últimas décadas revela-se um fenômeno social, cuja importância foi consolidada no meio acadêmico e profissional, tomando uma grande proporção. Casos reais divulgados pela mídia no âmbito de organizações, debates entre profissionais da área médica e jurídica, a criação de associações e seminários

para a discussão do tema são apenas alguns exemplos da importância de tal assunto.

Conhecido como assédio psicológico no trabalho, ou como *mobbing*¹ na Itália e Alemanha, não é um fenômeno novo, sendo tão antigo quanto o próprio trabalho, mas que não possuía um tratamento específico, já que poderíamos confundir as reações de estresse do cotidiano com os reflexos do dano à pessoa.

Assim, essa exposição de trabalhadores a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, onde predominam condutas negativas, desumanas e antiéticas de longa duração, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistirem do emprego.

Desta forma o assédio moral inicia-se com um pequeno mal entendido das partes, que igualmente a uma “bola de neve” transforma-se em um conflito acirrado. Os doutrinadores deste fenômeno não chegaram a uma exata definição conceitual, pois esse tipo de dano pode ser abordado sob diversos ângulos.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DO DANO

O assédio moral não pode ser confundido com estresse, conflito profissional, excesso de trabalho, exigências no cumprimento de metas, falta de segurança, trabalho em situação de risco ou desfavorável, logo devemos ter prudência na caracterização do dano.

A violência moral no trabalho constitui um fenômeno internacional, de acordo com levantamento recente da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em diversos países desenvolvidos. As perspectivas são sombrias para as duas próximas décadas, pois segundo a OIT e Organização Mundial da Saúde estas serão as décadas do mal estar na globalização, onde predominará depressões, angústias e outros danos psíquicos, relacionados com as novas políticas de gestão na organização de trabalho e que estão vinculadas às políticas neoliberais

¹ Em 1984 Heinz Leymann publica, num pequeno ensaio científico contendo uma longa pesquisa feita pelo National Board of Occupational Safety and Health in Stokolm, no qual demonstra as conseqüências do *mobbing* (tradução: maltratar), sobretudo na esfera neuropsíquica, sobre a pessoa que é exposta a um comportamento humilhante no trabalho durante certo lapso de tempo, seja por parte dos superiores, seja por parte dos colegas.

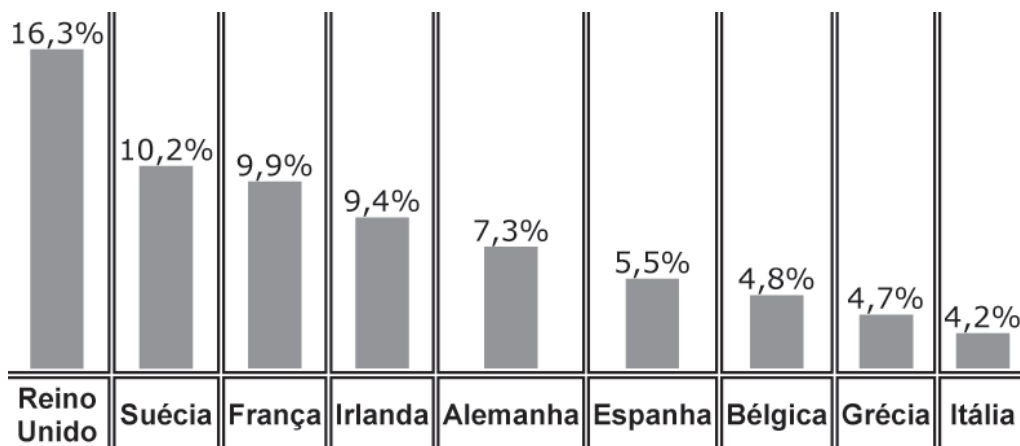


Figura 1: Estatística sobre assédio moral na Europa Percentual de trabalhadores afetados. (ASSEDIO.ORG, 2004)

A humilhação repetitiva e de longa duração, vai interferir na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e nas relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas atuais relações e condições de trabalho.

3.2 FASES DA HUMILHAÇÃO NO TRABALHO

O fenômeno vertical é presente nas relações autoritárias, desumanas e antiéticas, caracterizando por desmandos, manipulação do medo, competitividade e nos programas de qualidade total associado à produtividade.

Novas características de reestruturação e reorganização do trabalho são incorporadas à função: qualificação, poli funcionalidade, visão sistêmica do processo produtivo, rotação das tarefas, autonomia e flexibilização². Tais metas exigem dos trabalhadores maior escolaridade, competência, eficiência, espírito competitivo, criatividade, qualificação, responsabilidade pela manutenção do seu próprio emprego.

A flexibilização inclui a agilidade das empresas diante do mercado, agora globalizado, sem perder os modelos tradicionais e as regras de relação industrial. Se para os empresários competir significa ‘dobrar-se elegantemente’ ante as flutuações do mercado, com os trabalhadores não acontece o mesmo, pois são obrigados a

² Em sua forma genérica para representar um conjunto variado de hipóteses, procurando abranger um campo consideravelmente amplo.

aceitar as constantes mudanças e novas exigências das políticas competitivas dos empregadores no mercado global.

A ordem hegemônica do neoliberalismo abarca a reestruturação produtiva, com privatização acelerada, estado mínimo, políticas fiscais que sustentam o abuso de poder e manipulação do medo, revelando a degradação deliberada das condições de trabalho.

O fenômeno horizontal está relacionado à pressão para produzir com qualidade e baixo custo, pois o medo de perder o emprego e não voltar ao mercado formal favorece a submissão e o fortalecimento da tirania.

O enraizamento e disseminação do medo no ambiente de trabalho reforçam atos individualistas, tolerância aos desmandos e práticas autoritárias no interior das empresas, que sustentam a cultura do contentamento geral.

Enquanto os adoecidos ocultam a doença e trabalham com dores e sofrimentos, os sadios que não apresentam dificuldades produtivas, mas que carregam a incerteza de vir a tê-las, mimetizam o discurso das chefias e passam a discriminar os trabalhadores improdutivos, humilhando-os.

A competição sistemática entre os trabalhadores incentivada pela empresa, provoca comportamentos agressivos e de indiferença ao sofrimento do outro. A exploração de mulheres e homens no trabalho demonstra a excessiva frequência da violência vivida no mundo do trabalho.

A globalização da economia provocou na sociedade uma face de exclusão, desigualdades e injustiças, que sustenta, por sua vez, um clima repleto de agressividades, não somente no mundo do trabalho, mas socialmente. Este fenômeno se caracteriza por algumas variáveis:

- Internalização, reprodução, reatualização e disseminação das práticas agressivas nas relações entre os pares, gerando indiferença ao sofrimento do outro e naturalização dos desmandos dos chefes.
- Dificuldade para enfrentar as agressões da organização do trabalho e interagir em equipe.
- Rompimento dos laços afetivos entre os pares, relações afetivas frias e endurecidas, aumento do individualismo e instauração do ‘pacto do silêncio’ no coletivo.
- Comprometimento da saúde, da identidade e dignidade, podendo culminar em morte.
- Sentimento de inutilidade, descontentamento e falta de prazer no trabalho.
- Aumento do absenteísmo, diminuição da produtividade.
- Demissão forçada e desemprego.

A organização e condições de trabalho, assim como as relações entre os trabalhadores condicionam em grande parte a qualidade da vida no ambiente laboral, visto que os acontecimentos dentro das empresas são fundamentais para a democracia

e os direitos humanos.

Portanto, lutar contra o assédio moral no trabalho é estar contribuindo para o exercício concreto e pessoal de todas as liberdades fundamentais, onde a participação de associações, sindicatos e pessoas sensibilizadas individualmente intervenha para ajudar as vítimas e para alertar sobre os danos a saúde deste tipo de assédio é sempre positiva.

3.3 ESTRATÉGIAS DO AGRESSOR

Na caracterização do dano, oriundo do assédio moral, o agressor possui uma forma peculiar de degradar a sua vítima, senão vejamos:

- O primeiro passo é escolher a vítima e isolar do grupo;
- Após o primeiro ato irá impedir de se expressar e não explicar o porquê;
- Fragilizar, ridicularizar, inferiorizar, menosprezar em frente aos companheiros de trabalho;
- Responsabiliza-la publicamente, podendo os comentários de sua incapacidade invadir, inclusive, o espaço familiar;
- Desestabilizar emocional e profissionalmente. A vítima gradativamente vai perdendo simultaneamente sua autoconfiança e o interesse pelo trabalho;
- Destruir a vítima (desencadeamento ou agravamento de doenças pré-existentes). A destruição da vítima engloba vigilância acentuada e constante, onde se isola da família e amigos, passando muitas vezes a usar drogas, principalmente o álcool;
- Livrar-se da vítima que é forçada a pedir demissão ou a demissão direta por insubordinação, o que é mais frequente;
- Impor ao coletivo sua autoridade para aumentar a produtividade.

3.4 A EXPLICITAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Gestos, condutas abusivas e constrangedoras, humilhar repetidamente, inferiorizar, amedrontar, menosprezar ou desprezar, ironizar, difamar, ridicularizar, risinhos, suspiros, piadas jocosas relacionadas ao sexo, ser indiferente à presença do outro, estigmatizar os adoecidos pelo trabalho, colocando-os em situações vexatórias, falar baixinho acerca da pessoa, olhar e não ver ou ignorar sua presença, rir daquele que apresenta dificuldades, não cumprimentar, sugerir que peçam demissão, dar tarefas sem sentido ou que jamais serão utilizadas ou mesmo irão para o lixo, dar tarefas através de terceiros ou colocar em sua mesa sem avisar, controlar o tempo de idas ao banheiro, tornar público algo íntimo do/a subordinado/a, não explicar a causa da perseguição, difamar, ridicularizar.

3.5 OS ESPAÇOS DA HUMILHAÇÃO NAS EMPRESAS

O assédio moral nas empresas tem se tornado cada vez mais comum, gerando um grande desconforto aos empregados, assim podemos citar alguns modelos de humilhações nos espaços de trabalho, que afetam diretamente o trabalhador:

- Começar sempre reunião amedrontando quanto ao desemprego ou ameaçar constantemente com a demissão;
- Subir em mesa e chamar a todos de incompetentes;
- Sobrecarregar de trabalho ou impedir a continuidade do trabalho, negando informações;
- Desmoralizar publicamente, afirmando que tudo está errado ou elogiar, mas afirmar que seu trabalho é desnecessário à empresa ou instituição.
- Ignorar a presença do trabalhador;
- Desviar da função ou retirar material necessário à execução da tarefa, impedindo o trabalho.

3.6 DANOS DA HUMILHAÇÃO À SAÚDE

A humilhação constitui um risco invisível, porém concreto nas relações de trabalho e na saúde dos trabalhadores, revelando-se numa das formas mais poderosa de violência sutil nas relações organizacionais, sendo mais frequentes nas mulheres e adoecidos.

Sua ação se realiza invisivelmente nas práticas perversas e arrogantes das relações autoritárias na empresa e sociedade. Frequentemente trabalhadores adoecidos são responsabilizados pela queda da produção, acidentes e doenças, desqualificação profissional e conseqüente desemprego.

Atitudes como estas reforçam o medo individual ao mesmo tempo aumentam a submissão coletiva construída a base do medo. Assim, passam a produzir acima de suas forças, ocultando suas queixas e evitando, simultaneamente, humilhações e futuras demissões.

O ato ilícito configurado no dano é uma prática de certa conduta em desacordo com a ordem jurídica vigente, causadora de dano a outrem, violando o direito subjetivo individual, podendo produzir efeitos jurídicos. O ato ilícito é aquela ação humana que é contrária ao direito, uma ação diversa daquela que se espera e que se tem como normal e correta.

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (CC, 2002).

Desta forma, os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento (Venosa, 2003, p. 22).

Em suma, é ato contrário ao exercício regular do direito, à moral e aos bons costumes, pois na medida em que o ser humano atua fora dos limites dos preceitos jurídicos, está desviando da real finalidade do ordenamento, ofendendo desta forma, o direito de outrem e estando sujeito a ter as consequências dos efeitos gerados pelo ato praticado. Com efeito, tal consequência jurídica é a obrigação de reparar o dano sofrido por alguém mediante ressarcimento ou compensação.

A culpa é de relevante importância na caracterização do assédio moral uma vez que é elemento que faz distinção entre as modalidades de responsabilidade civil; logo, caberá a reparação do dano se o agente agiu culposa ou dolosamente.

Quando tratamos do dolo, verifica-se a ação intencional do agente em cometer o evento danoso ou, assume o risco de provocá-lo, consciente das possíveis consequências. Já no ato culposos, o agente não tem a intenção de causar o prejuízo, mas, decorrente de uma atitude negligente, imprudente ou de imperícia, acaba por causar.

Em se tratando de assédio moral podemos asseverar que o agente causador do dano, o agressor, tem o dolo na sua prática, pois há uma intenção deflagrada em denegrir a personalidade do trabalhador, deixando-o isolado dentro do ambiente de trabalho e fazendo com que não desenvolva o seu trabalho de forma tranqüila e sadia.

Em relação ao nexos causal é possível estabelecer o liame entre o dano causado e o ato ilícito praticado pelo agressor. Encontra-se assim, a relação de ligação que é um dos elementos indispensáveis ao presente tema.

Estabelecida a relação entre o ato praticado pelo autor e o próprio dano experimentado pela vítima, caberá a responsabilização. O nexos causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito (Stoco, 2001). Para que haja um ressarcimento das perdas que o ato ilícito veio a causar, além da prova de culpa ou de dolo e a do prejuízo, é necessário que exista essa relação de causalidade entre o comportamento do agressor, numa idéia de causa e efeito.

Segundo Resolução nº. 1488/98 do Conselho Federal de Medicina, para o estabelecimento do nexos causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares devem ser levados em consideração na caracterização do assédio moral, assim como:

- A história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico ou investigação de nexos causal;
- O estudo do local de trabalho da vítima;
- A análise da organização do trabalho;
- Os dados epidemiológicos;
- A literatura atualizada;
- A ocorrência de quadro clínico do trabalhador exposto a condições agressivas;
- A identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes, e outros;
- O depoimento e a experiência dos trabalhadores;

- Os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área de saúde;
- Duração e repetitividade da exposição dos trabalhadores a situações de humilhação. (CFM, 1998, pág. 150)

A prova do assédio moral é de extrema importância para a sua caracterização, não podendo ter incidência da regra do *in dubio pro operario* em matéria probatória. A insuficiência de prova leva a improcedência do pedido e, portanto, o resultado será desfavorável àquele que detinha o ônus da prova, seja ele o empregado seja ele o empregador.

Por outro lado, se ambos os litigantes produzirem as suas provas e esta ficar dividida, deverá o magistrado utilizar-se do princípio da persuasão racional, decidindo-se pela adoção da prova que melhor lhe convenceu, não podendo utilização o *in dubio pro operario*, já que neste campo não há qualquer eficácia desta norma.

Desta forma, nada adiantará levar adiante uma pretensão de reconhecimento do assédio moral se não houver o mínimo de conteúdo probatório necessário a ser demonstrado em juízo. Sabemos que muitas vezes o caso de assédio moral realmente ocorreu, mas se a vítima não possui qualquer condição de consolidar as provas necessárias para atestar o alegado, uma demanda judicial somente lhe trará dissabores e desgastes, contribuindo de forma negativa para a consolidação do fenômeno no mundo jurídico.

Os laços afetivos que permitem a resistência, a troca de informações e comunicações entre colegas, se torna o alvo preferencial do controle das chefias se alguém do grupo transgredir a norma instituída. A violência interna nas empresas se concretiza em intimidações, difamações, ironias e constrangimento do transgressor, suposta vítima, diante de todos, como forma de impor controle e manter a ordem.

O trabalhador humilhado ou constrangido passa a vivenciar depressão, angústia, distúrbios do sono, conflitos internos e sentimentos confusos que reafirmam o sentimento de fracasso e inutilidade, deixando-o em estado de fraqueza, no qual reflete diretamente no seu contexto social e familiar.

A vítima então passa a conviver com depressões, palpitações, tremores, distúrbios do sono, hipertensão, distúrbios digestivos, dores generalizadas, alteração da libido e pensamentos ou tentativas de suicídios que configuram um cotidiano sofrido.

É este sofrimento imposto nas relações de trabalho que revela o adoecer, pois o que vai denegrir as pessoas é viver uma vida que não desejam, não escolheram e não suportam.

Trata-se de um processo altamente destruidor que pode levar a vítima a uma incapacidade até permanente e mesmo à morte: o chamado *bullicídio*³. A agressão tende a desencadear ansiedade e a vítima que se coloca em atitude defensiva, ou seja,

³ O *bullicídio* é um processo freqüente engendrado pelo assédio moral e que exige verdadeira militância para ser combatido.

de extrema vigilância por ter a sensação de ameaça, surgindo, posteriormente, sentimentos de fracasso, impotência e baixa auto-estima e humilhação.

3.7. AS REAÇÕES NA SAÚDE

Em entrevistas realizadas com 870 homens e mulheres vítima de opressão no ambiente profissional foi revelado que cada sexo reage de forma diferente em dada situação de assédio (Barreto, 2000):

Sintomas	Mulheres	Homens
Crises de choro	100	-
Dores generalizadas	80	80
Palpitações, tremores	80	40
Sentimento de inutilidade	72	40
Insônia ou sonolência	69,6	63,6
Depressão	60	70
Diminuição da libido	60	15
Sede de vingança	50	100
Aumento da pressão arterial	40	51,6
Dor de cabeça	40	33,2
Distúrbios digestivos	40	15
Tonturas	22,3	3,2
Idéia de suicídio	16,2	100
Falta de apetite	13,6	2,1
Falta de ar	10	30
Passa a beber	5	63
Tentativa de suicídio	-	18,3

Tabela 1: Porcentagem de empregados e as diferenças de reações ao assédio moral.

Podemos dissertar sem dúvida que o assédio moral é um problema latente e perceptível mesmo ao leigo, sendo um incômodo, angustiando e causando desconforto aos cidadãos comuns. Havia, anteriormente, um cenário de curiosidade e interesse geral pelo assunto, uma lacuna do conhecimento a ser preenchida e explorada; porém, o estudo científico não acompanhou a evolução do problema e atualmente vivemos com tal problema, o que gera profundo desgaste nas relações trabalhistas.

4 O ASSÉDIO MORAL NOS TRIBUNAIS

O assédio moral gerou a sua importância recentemente, em razão da gravidade, generalização e banalização dos casos de assédio moral, tendo despertado a atenção do Direito pela matéria, sendo ainda imatura a teorização ao seu respeito em nosso meio.

No irrefreável movimento de globalização das economias e flexibilização das relações de emprego, com a imposição ao empregado de metas e índices de produtividade em um mercado de trabalho altamente restritivo, é natural que surja um ambiente de competição e cobranças exacerbadas que propiciam os casos de assédio moral.

Em recente reportagem sobre o tema podemos destacar os índices de assédio moral no Brasil, alude à pesquisa coordenada pela mestra e doutora em psicologia do trabalho Margarida Barreto, em que foram entrevistados 42 mil trabalhadores de empresas públicas e privadas, governos e ONGs⁴.

Desse número, 10 mil pessoas (23,8%) declararam já ter sofrido algum tipo de violência psicológica e humilhação no trabalho. Entre as vítimas, os dados revelam que 63% são mulheres e 37% são homens, onde 70% dos homens assediados pensaram em cometer suicídio e 90% das mulheres sofreram de pensamentos fixos e perda de memória.

Um alerta preocupante para os órgãos de saúde foi perceber que 70% dos homens e 50% das mulheres tiveram depressão. O trabalho de pesquisadora também mostrou que o lapso temporal que uma pessoa suporta o assédio, variando de acordo com o setor de trabalho, visto que na iniciativa privada e nas ONGs, o assédio dura entre seis e 12 meses; no entanto em órgãos públicos 60% dos casos duram mais de 37 meses.

Para estes casos de assédio moral nas relações de trabalho a justiça trabalhista é competente para processar e julgar tais casos, após um grande conflito doutrinário e jurisdicional, tendo em vista o disposto na CF/1988, após a EC nº. 45 de 2004, senão vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. (BRASIL, 1988)

⁴ BEGUOCI, Leandro. **Pressão cotidiana ou humilhação continuada?** Folha de São Paulo, São Paulo, 26 Julho. 2005. Caderno Sinapse, p. 12 a 17.

Vejamos algumas jurisprudências sobre o tema:

Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.” (STF - RE 238.737, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-11-98, DJ de 5-2-99)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSÉDIO MORAL. EMPREGADO GERENTE GERAL DA EMPRESA. REESTRUTURAÇÃO. DANO MORAL VERIFICADO. MATÉRIA FÁTICA. DESPROVIMENTO.

É deser mantida a v. decisão recorrida que entendeu, com base na prova, que restou configurado o dano moral, em face da postura da empresa que afetou a honra do empregado, que exercia a função de gerente geral, com boa reputação e que trabalhava há mais de vinte anos na empresa, e diante da prova de que durante movimento de reestruturação da empresa foi deixado de lado, apenas recebendo salário, sem nada fazer, provocando-lhe abalo psicológico. Incidência da Súmula 126 do c. TST, a inviabilizar a reforma pretendida. (TST AIRR-8652/2005-004-11-40.5 – 6ª Turma – Rel. Ministro ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA - DJ 13/04/2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA. ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Afirmado, pelo Tribunal Regional, que os fatos alegados pelo reclamante como caracterizadores da rescisão indireta e do assédio moral, consistentes em rebaixamento de função, alterações do turno de trabalho e perseguição, não foram comprovados, a revisão desse entendimento exige o reexame dos fatos para a verificação da afirmada conduta ilícita do empregador. Assim, a alegada violação do disposto nos arts. 468 e 483 da CLT não propicia seguimento do Recurso de Revista, ante o óbice erigido pela Súmula 126, TST. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. (TST AIRR-00435/2005-052-18-40.2 – 1ª Turma – Rel. Juíza convocada MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO WANDERLEY DE CASTRO - DJ 16/03/2007).

OFENSA MORAL PRATICADA POR EMPREGADOR. DIREITO (EM TESE) À REPARAÇÃO. EXIGÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS. – O direito à reparação por danos morais pressupõe a

ocorrência do dano, do nexo de causalidade e de prova robusta de que o empregador foi o autor das ofensas, não sendo suficiente para autorizar a condenação um único depoimento testemunhal eivado de incertezas e contradições. Decisão: Acordam os juizes do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO, por unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. (TRT 7ª Processo: 01381/2003-002-07-0 Fase: Recurso Ordinário – Rel. DULCINA DE HOLANDA PALHANO - DJ 11/05/2006).

5 CONCLUSÃO

As discussões que envolvem o assédio moral são marcadas pela complexidade, já que envolvem uma série de fatos, atos e conseqüências específicas do caso. O sistema jurídico nacional, apesar das leis a respeito na esfera estadual e municipal, não possui uma lei nacional específica e os impróprios projetos de lei em tramitação, ainda não está totalmente preparado para desenvolver uma visualização perfeita em relação ao fenômeno.

Não podemos reconhecer como o assédio moral situações onde se caracteriza uma mera ofensa isolada, mesmo que tais comportamentos tenham o potencial de causar danos relevantes ao trabalhador, na ordem moral e material, visto que este o assédio moral é um processo composto por comportamentos ofensivos reiterados, direcionado à determinada pessoa ou a grupo individualizável.

O estudo das conseqüências do assédio moral na relação de emprego, assim como no sexual, deve ser procedido de forma sistemática de acordo com os protagonistas envolvidos.

Tomando por base as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho, percebemos que os magistrados confundem o assédio moral no ambiente de trabalho com ocorrências similares, mas que não se enquadrariam como tal, como exemplo, poderemos ter o reconhecimento de assédio moral onde, na verdade, ocorre assédio ambiental ou institucional, as quais são aquelas políticas de gestão empresarial que afrontam a dignidade da pessoa humana.

O Poder Judiciário, em um primeiro momento, é por natureza conservador e avesso às novas abordagens e institutos. Anteriormente, as Cortes resistiam em admitir a possibilidade de reparação pecuniária do dano moral e material, oriunda do mesmo fato, sendo necessário que o Superior Tribunal de Justiça, ao cabo de enorme controvérsia jurisprudencial, solucionasse tal entendimento de cumulatividade.

Neste diapasão, o fenômeno do assédio moral necessita de uma maior visibilidade social e jurídica, segundo doutrinadores, já que somente cumprindo esse caminho irá consolidar-se no mundo jurídico como fenômeno definitivamente reconhecido, sendo suas questões perfeitamente solucionadas por juízes e Tribunais Superiores.

Os casos de assédio moral sofrem uma resistência outrora destinada ao gênero mais amplo dos danos morais, visto que poucos são os acórdãos que têm reconhecido à existência do abuso dessa natureza, sendo rara as condenações ao pagamento de indenização em sua decorrência.

O assédio moral no trabalho não é um fato isolado, pois se baseia na repetição de práticas vexatórias e constrangedoras, explicitando a degradação deliberada das condições de trabalho, num contexto de desemprego e aumento da pobreza urbana.

A vítima deverá resistir às humilhações sofridas, anotando todos os fatos importantes, procurando pessoas que possam ajudar a testemunhar, devendo evitar conversar com o agressor sem a presença de testemunhas. Procurar seu sindicato e relatar o acontecido para diretores, bem o Ministério Público, Justiça do Trabalho, além de buscar apoio junto a familiares, amigos e colegas, pois o afeto e a solidariedade são importantes para recuperar a auto-estima, dignidade, identidade e cidadania.

A batalha para recuperar a dignidade no trabalho deverá ser cumprida através dos representantes dos trabalhadores, que passam a ter um papel fundamental na assistência à vítima, das CIPAS, das organizações por local de trabalho (OLP), Comissão de Direitos Humanos e dos Núcleos de Promoção de Igualdade e Oportunidades e de Combate a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão que existem nas Delegacias Regionais do Trabalho.

O basta à humilhação é revertido com a informação, organização e mobilização dos trabalhadores, pois um ambiente de trabalho saudável é uma conquista diária possível na medida em que haja vigilância constante, objetivando condições de trabalho dignas, no incentivo à criatividade e cooperação, resultando num trabalho saneado de riscos e violências e que seja sinônimo de cidadania.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Código Civil**. 3 ed. São Paulo: Método, 2003.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Uma jornada de humilhações**. Dissertação de mestrado em Psicologia Social. São Paulo: PUC, 2000.

_____. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: PUC, 2003.

BEGUOCI, Leandro. **Pressão cotidiana ou humilhação continuada?** Folha de São Paulo, São Paulo, 26 jul. 2005. Caderno Sinapse.

CIPOLLA, Carlo M. **História Econômica da População Mundial**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

[CFM] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº. 1.488/98**. Brasília. D.O.U. de 06 mar. 1998.

DE MASI, Domenico. **O Ócio Criativo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito Trabalho**. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

Estatística sobre Assédio Moral na Europa. Disponível na Internet via: <<http://www.assediomoral.org/site/assedio/europa.php>>. Última atualização em julho de 2004. Acesso em: 17 abr. 2007.

FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

HENDERSON, William O. **A Revolução Industrial: 1780-1914**. São Paulo: Verbo/USP, 1979.

HIRIGOYEN, Marie France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. São Paulo: Bertrand do Brasil, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, João V. N. **O dano moral e as lesões por esforços repetitivos**. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. **CLT Comentada**. 40 ed. atual. e rev. e ampl. por DUARTE, José Eduardo, BRANCO, Ana Maria Saad C. São Paulo: LTr, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MORAL HARASSMENT: THE INVISIBLE EVIL IN THE WORKPLACE

Abstract: Throughout the years, the workplace suffered innumerable modifications, since the concepts of capitalism and globalization had influenced, directly, in the formation of a new work environment, compelling companies to demand more and more of its employees. Moral harassment causes damage to the worker, due to the degradation of the work relationship, leading to psychological and physical damages, consequently to lower productivity, work incapacity and death.

Key words: Globalization. Work environment. Damages. Moral harassment.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DA LEI 11.340/2006

ANA KARINY L. PONTES

JULIANA DE AZEVEDO NERI

Alunas do curso de Direito da FA7, orientadas pelo prof. Rafael Gonçalves Mota.

julianaaneri@yahoo.com.br

Sumário: 1. Introdução; 2. A evolução da situação jurídica da mulher; 3. As raízes internas de subordinação feminina; 4. Lei 11.340/2006: um avanço à proteção da mulher; 5. Análise processual dos dispositivos à luz da legislação existente; 6. Avanços; 7. Conclusão.

Resumo: A Lei 11.340/06 aborda a aplicação de medidas mais rigorosas aos crimes praticados com violência doméstica e familiar. Trouxe inúmeras controvérsias no seu texto legal, modificando aspectos de direito material e processual penal. Desenvolvida com base no caso concreto de violência doméstica da Senhora Maria da Penha, como foi chamada a referida Lei. Destaque para a necessária e válida proteção aos direitos da mulher, mitigados desde a antiguidade. Avanços quanto a previsão de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, afastando a aplicação da Lei 9.099/95, possibilitando a prisão em flagrante do agressor, não permitindo a aplicação de penas pecuniárias e a imposição de pagamento de cesta básica. Assegura a efetividade das medidas protetivas de urgência e a instauração de inquérito policial. Sua constitucionalidade é discutida, porém representa um eficaz instrumento para coibir a violência doméstica.

Palavras-chave: Direitos da Mulher. Lei 11.340/2006. Violência doméstica. Inconstitucionalidade. Avanços.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, também chamada de Lei Maria da Penha, pode ser considerada uma grande conquista tendo em vista as antigas limitações quanto aos direitos das mulheres.

Proveniente de um caso concreto, abordado neste trabalho, procuramos através do método de pesquisa documental, trazer de forma clara o que se pode entender e interpretar diante da promulgação da referida Lei, que apesar de sofrer controvérsias em sua interpretação, pode ser vista por um olhar positivo, visto que, a mesma prevê em seus artigos várias medidas protetivas, como a garantia de proteção policial, a obrigação imposta ao ofensor de afastar-se do lar, bem como o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programas oficiais de atendimento, entre outras, deferidas em caráter de urgência que tem como objetivo fazer cessar a violência que atormenta a vida de inúmeras mulheres não só brasileiras, sendo tal estatística cada vez mais alarmante, fazendo-se necessário a tomada de atitudes por parte do Poder Público.

O trabalho tem como base vários temas, como a evolução dos direitos femininos, a partir dos tempos primitivos até os dias atuais, posteriormente foi feito um estudo mais subjetivo das causas e conseqüências da violência doméstica, partindo para uma análise da Lei 11.340/06, em seus diversos âmbitos, com destaque para o caráter processual penal, englobando os avanços trazidos pela mesma, bem como, a necessidade dos Juizados Especiais, as críticas e as inconstitucionalidades discutidas a partir da interpretação de seus dispositivos.

Por fim, a pesquisa foi feita através da análise minuciosa da Lei, dos trabalhos e obras publicados sobre o tema, embora de difícil compilação devido ao pequeno número de fontes disponibilizadas, por ser o assunto ainda pouco desenvolvido no contexto jurídico.

2 A EVOLUÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DA MULHER

Primitivamente a mulher exercia uma função social igual a do homem, enquanto este ia caçar e pescar a mulher desempenhava as atividades agrícolas e as tarefas domésticas, sendo as comunidades primitivas desprovidas de matérias jurídicas, prevalecendo o direito repressivo (Tabosa, 2005).

Com a evolução da sociedade e sua complexidade, o direito como efeito das mudanças também evoluiu, porém em relação a mulher o desenvolvimento se dá muito lentamente, visto que com o aumento da riqueza individual do homem, a monopolização política e a queda do direito materno ocorreu uma enorme desigualdade jurídico-social, entre homens e mulheres, visto desde o Direito Romano, que desprovia a mulher de capacidade jurídica, com exemplo de que a mulher solteira, vivia sob o pátrio poder do pai e se casada vivia sob o poder do marido (Tabosa, 2003).

No Brasil-Colônia permaneceu a diferenciação quanto a educação feminina, em que a igreja agora dominante deu início a educação não incluindo as mulheres, tendo estas dois motivos para viver, quais sejam, o lar e a igreja, submissas ao pai, ao marido e a religião. Esta submissão se dava ao fato do desejo de mantê-las alienadas quanto aos conhecimentos que lhes permitissem pensar em igualdade de direitos, não permitindo a elas, estudar e aprender.

Ao homem não era imputado pena quanto a aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos, o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher, praticar quase nenhum ato sem autorização do mesmo, sendo este o período das Ordenações Filipinas que vigeu por mais de trezentos anos, até o ano de 1916.

Com a implantação do regime republicano brasileiro, foi mantido o poder patriarcal, porém de forma mais branda, tendo sido retirado do marido o direito de impor castigos corporais a mulher e aos filhos.

A promulgação do Código Civil de 1916 manteve os princípios conservadores do homem como chefe da sociedade conjugal, deixando sem dúvida a nítida colocação da mulher em segundo plano.

Com o Código Eleitoral em 1932, surgiram avanços, ao ser permitido o voto feminino às mulheres maiores de 21 anos, que após a constituição de 1934 foi reduzida a idade exigida para 18 anos.

Diante da situação de inferioridade da mulher, há quem diga que a mesma decorre da constituição física do sexo feminino, o que hoje se tem conhecimento de não ser essa teoria de toda verdade, bem como há quem afirme ser essa subordinação, sustentada durante tanto tempo, consequência do surgimento da propriedade privada e o destaque do homem nas negociações mercantis e capitalistas, dando a ele os meios de produção e colocando a mulher em situação econômica desfavorável.

Porém, a partir do momento que a mulher passou a produzir riquezas, em um mundo hoje capitalista, passou a auferir espaço no mercado de trabalho com sua contribuição econômica, selando, portanto, sua independência, surgindo o equilíbrio entre os direitos e obrigações dos homens e das mulheres, principalmente a partir da Lei 4.121/62, que teve como mérito abolir a incapacidade feminina, revogando normas discriminadoras constantes no Código Civil de 1916, consagrando o princípio do livre exercício de profissão da mulher casada, com a possibilidade do seu ingresso livremente no mercado de trabalho, trazendo significativas mudanças no relacionamento dos cônjuges.

A igualdade dos sexos, também foi abordado a partir da Constituição de 1824, passando a ter maior destaque com o advento da Constituição de 1967, que afirmou a igualdade jurídica entre homens e mulheres em seu art. 153, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho e credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. Prevendo, portanto, penalidades em face do preconceito.

3 AS RAÍZES INTERNAS DE SUBORDINAÇÃO FEMININA

Desde a antiguidade, a mulher é vítima de discriminação, sendo esta tratada como um objeto, como mencionado acima, tendo seus direitos limitados e suas vontades e liberdades tolhidas, resultados de uma discriminação sócio-cultural envolta ao machismo exacerbado, havendo uma dominação dos homens que de alguma forma ocupam patamares mais elevados, econômica e politicamente, bem como perante a família, criando assim pólos de dominação e submissão.

Diante dessa suposta superioridade masculina está vigente um grave problema, denominado de violência doméstica, que atinge cerca de 25% (vinte e cinco por cento) a 50% (cinquenta por cento) das mulheres na América Latina, que perfazem uma estimativa de cerca de quatro mulheres por minuto no Brasil, vítimas de tal violência, contando com dois milhões de casos por ano, tendo este tipo penal já sido vivenciado por uma em cada cinco mulheres no Brasil, conforme pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, em 2001 (Viana, 2007, p. 13-18).

Porém, o que se observa é que as mulheres vítimas de violência se sentem intimidadas a denunciarem seu companheiro, marido, namorado, ex-cônjuge, pai, dentre outros, seja por fatores internos de subordinação, como a esperança de que não mais irá se repetir o fato, com a promessa de manter o relacionamento, ou por sentir-se culpada pela violência, ou até mesmo por dependência financeira, vergonha ou medo de sofrerem novas agressões, tomando assim uma posição de submissão, favorecendo a impunidade do agressor.

A situação de violência doméstica é composta por um ciclo gradativo, e pode ser de diversas formas, como define a Lei 11.340/06 em seu art. 7º, visto que a mesma não se caracteriza somente pela agressão física, mas também pela violência psicológica que visa causar dano emocional e diminuição da auto-estima da mulher, prejudicando e perturbando seu pleno desenvolvimento, por meio de humilhações, manipulação, isolamento, entre outros, bem como, pode haver a violência sexual, em que seja a mulher constrangida a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada ou ser ela induzida a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo sua sexualidade. Por fim pode a violência contra a mulher ser de ordem patrimonial e moral, sendo aquela caracterizada pela conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos pertencentes à mulher, e esta é representada por condutas que configure calúnia, difamação ou injúria. No entanto, o que se percebe é que, não havendo conseqüências graves, o que ocorre em muitos dos casos é a fase de conciliação, com o pedido de perdão pelo agressor, geralmente aceito pela agredida que dá margem para que tal fato se repita.

4 LEI 11.340/2006: UM AVANÇO À PROTEÇÃO DA MULHER

Um caso concreto de violência doméstica ensejou na promulgação da Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, uma vitoriosa conquista em benefício da proteção da mulher contra a violência doméstica, inserida no âmbito legislativo por iniciativa da sra. Maria da Penha Maia Fernandes, cearense, farmacêutica, que no dia 29 de maio do ano de 1983, sofreu uma tentativa de homicídio quando dormia, tendo sido atingida por um tiro de espingarda, disparado por seu marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem, naturalizado brasileiro que mesmo alegando serem os fatos decorrentes de um assalto, ficou provado, posteriormente, a inveracidade das alegações, com a conseqüente confirmação de sua autoria no crime. Em razão desse tiro a vítima sofreu lesões que a deixaram paraplégica, por ter atingido a terceira e quarta vértebra de sua coluna.

Porém as agressões não cessaram, tendo o mesmo tentado matá-la, pela segunda vez, com uma corrente elétrica quando a vítima encontrava-se no banho, atos, por sua vez, marcados por premeditações, visto que por várias vezes o senhor Antônio tentou convencer a esposa a celebrar um seguro de vida, sendo ele o beneficiário.

No dia 28 de setembro de 1984, o Ministério Público denunciou o agressor perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza, em que foi o réu pronunciado em 31 de outubro de 1986 e levado ao Tribunal do Júri em 4 de maio de 1991, quando foi condenado. O recurso da defesa foi acolhido, com alegações de falha na elaboração dos quesitos; assim, o réu foi submetido a um novo julgamento, no dia 15 de março de 1996, sendo condenado a dez anos e seis meses de prisão, do qual novamente ele apelou e ingressou com recursos aos Tribunais, restando finalmente preso, em setembro de 2002, portanto 19 anos depois da ocorrência do fato (Cunha e Pinto, 2007, p. 11-16).

Foi com a luta por justiça e a persistência da vítima deste caso, no sentido de conseguir a efetiva punição de seu agressor que surgiu a Lei 11.340/06, trazendo inúmeras inovações no que concerne ao procedimento que o Judiciário anteriormente utilizava para resolver os casos de violência doméstica.

Para entender melhor a vitória alcançada por esta Senhora e por toda a sociedade com o advento da nova Lei, faz-se necessário perpassar por todo o histórico da violência doméstica na legislação pátria.

Inicialmente, a legislação não trazia um dispositivo que tratasse especificamente sobre agressões praticadas no ambiente familiar e doméstico, sendo estas enquadradas no tipo penal lesão corporal leve (CP, Artigo 129, caput).

Após longos anos, onde ocorreram inúmeros movimentos em prol da garantia dos direitos humanos, que continuavam a ser violados, surgiu a Lei 10.886/04, que acrescentou o § 9º ao Artigo 129 do Código Penal, passando a existir, dispositivo específico a respeito do tipo penal violência doméstica contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido.

Diante dessa mudança, a pena mínima aumentou de 3 meses para 6 meses, mas a pena máxima continuou a mesma, 1 ano. O crime permaneceu sendo de menor potencial ofensivo, regido, portanto, nos conformes da Lei 9.099/95, cabendo a suspensão condicional do processo (art. 89), transação penal (art. 76) e a aplicação de penas restritivas de direitos, em detrimento da pena privativa de liberdade (art. 44).

A acanhada iniciativa não proporcionou a solução desejada para combater a violência doméstica dentro da família, principalmente contra as mulheres, tendo em vista que os agressores não se amedrontavam com as possíveis conseqüências de suas atitudes, pois sabiam que sempre seriam penalizados com medidas alternativas, além da certeza de que não seriam presos em flagrante delito, caso se comprometessem a comparecer ao Juizado Especial Criminal, onde seria elaborado um termo circunstancial.

Enfim, com muito empenho na tentativa de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em vista que esta é a maior vítima deste crime, entrou em vigor em 21/set/2006 a lei federal 11.340, que alterou o Código de Processo Penal, o Código

Penal e a Lei de Execução Penal, tendo como objetivo satisfazer as expectativas das entidades de defesa dos direitos das mulheres e cumprir o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal, assim como o que objetivam a Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

5 ANÁLISE PROCESSUAL DOS DISPOSITIVOS À LUZ DA LEGISLAÇÃO EXISTENTE

A Lei Maria da Penha, como assim ficou conhecida, trouxe uma série de controvérsias em relação à legislação já existente, causando embaraço ao aplicador do direito no momento da interpretação dos seus dispositivos.

O artigo 16 da referida Lei ocasiona de imediato uma confusão no que concerne ao emprego dos termos jurídicos, renúncia e retratação, posto que aquela nos remete a hipótese de desistência da vítima de propor a ação penal privada, não sendo prevista, em geral, para as ações públicas, enquanto a retratação é, no processo penal e no direito penal, a desistência da manifestação da vontade da vítima de dar prosseguimento à fase do inquérito policial ou de oferecer a denúncia nas ações públicas. É perceptível o embaraço que o legislador ocasionou, quando ao referir-se à renúncia, objetivou na verdade trazer o instituto da retratação à representação, que pode ser utilizado pela vítima antes do recebimento da denúncia¹.

Urge salientar, que ainda no mesmo liame, há quem apresente interpretação de que nem sequer pode-se igualmente mencionar a hipótese de retratação, visto que depois de oferecida a denúncia, *ex officio* pelo Ministério Público, é que a vítima precisa comparecer em audiência, momento em que poderá exercer seu direito de representação ainda não manifesto, pois estes defendem que até a ocasião só quem agiu foi a autoridade policial e o Ministério Público, independente da manifestação de vontade da vítima².

No entanto, discordamos desse posicionamento, em razão de entendermos que a vítima oferece sua representação mesmo tacitamente, quando comparece perante a autoridade policial para denunciar o agressor, cabendo, portanto, perfeitamente o instituto da retratação da representação, em audiência procedida para tal finalidade, nos casos de ação pública condicionada.

¹ COSTA JR., Quintino Farias. **Ação Penal Pública Condicionada e a Lei Maria da Penha: algumas considerações.**

Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/arquivos/acao_penal_publica.pdf>. Acesso em: 15 maio 2007.

² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 15 maio 2007.

5.1. AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO OU INCONDICIONADA

No diapasão do tipo de ação que cabe quando se trata da Lei Maria da Penha, surge um embaraço para o aplicador do direito, em razão da possibilidade de ser entendido tanto como crime de ação pública incondicionada como de ação pública condicionada à representação, dependendo da interpretação adotada.

A primeira afirma que a exclusão da aplicação da Lei 9.099/95, portanto, também do seu artigo 88, que prevê a representação como condição de procedibilidade, dá margem à conclusão de que não é mais possível a representação da vítima, passando a ação a ser pública incondicionada (Jesus, 2006, p.46).

Outros apresentam interpretação no sentido de que embora o artigo 16 da Lei 11.340/06, trate da representação, presente na ação penal pública condicionada, a autoridade policial tomando ciência da *notitia criminis* deverá agir de ofício, independente da manifestação da vítima, como ocorre nas ações públicas incondicionadas³.

Em oposição aos entendimentos supracitados, existem correntes que defendem que o crime é de ação pública condicionada, por diversas razões.

A primeira razão para o crime ser interpretado como de ação pública condicionada à representação, consiste na idéia de que o legislador ordinário deixou transparente no artigo 16 da Lei que será cabível retratação da representação nas ações penais públicas condicionadas de que trata o texto legal, não havendo, portanto, o que discutir acerca da questão. Ainda assim, acreditam que a intenção do legislador infraconstitucional, ao retirar da apreciação dos Juizados Especiais Criminais os crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher, não foi a de derrogar ou revogar o artigo 88 da Lei 9.099/95, o que levaria a conclusão de que o crime deixou de ser de ação pública condicionada para ser incondicionada, mas sim de proibir a aplicação de todos os benefícios que esta Lei traz quanto a aplicação da pena ao agressor (Jesus, 2006, p. 46).

A nossa posição acerca desta situação consiste em defender que não há um tipo específico de ação penal pública trazido no texto legal. A razão é bastante simples. O legislador infraconstitucional ao elaborar a Lei Maria da Penha não tipificou nenhum crime, apenas trouxe uma série de medidas e mudanças a serem aplicadas aos tipos penais já existentes, quando estes fossem cometidos no contexto da violência familiar e doméstica. Assim, a natureza da ação penal continua a ser determinada pelo Código Penal, a ser definido de acordo com a gravidade do crime cometido, salientando-se que existem inúmeros crimes que podem encaixar-se na aplicação das inovações trazidas pela Lei 11.340/06.

³ CABETTE.

5.2. LAPSO DE TEMPO ENTRE O OFERECIMENTO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

O texto em comento traz outra dúvida acerca de suas pretensões no momento em que deixa um lapso de tempo entre o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, através da manifestação da vontade tácita da vítima que vai até a delegacia denunciar o agressor, e o seu recebimento pelo magistrado, admitindo, assim, que haja a retratação da representação e, conseqüentemente, o impedimento da continuidade da persecução criminal. Ocorre que, o Código de Processo Penal Brasileiro é cristalino quanto a irretratabilidade da representação após o oferecimento da denúncia, como assim dispõe o seu artigo 25, portanto, de acordo com este dispositivo, quando é oferecida a denúncia será esta de imediato recebida pelo magistrado, o que induz a conclusão de que não se faz distinção entre o seu oferecimento e o recebimento, diferente do que está disposto na Lei Maria da Penha, que inclusive acarreta o desrespeito ao princípio da indisponibilidade do órgão ministerial depois de iniciada a sua atuação na ação penal, pois existe a possibilidade da desistência da vítima, após iniciada a atuação do promotor de justiça⁴.

Importante salientar a razão para a existência de tal audiência que possibilita a retratação da vítima quanto à representação, pois é nesta que estarão presentes o promotor de justiça, as partes e o juiz, possibilitando que a vítima possa continuar imperiosa no interesse em processar o agressor ou desistir, de tal maneira que poderá ocorrer duas situações durante a audiência: 1 – a vítima não se retratar, momento em que a denúncia será recebida pelo Juiz; 2 – haver reconciliação entre as partes em litígio, e conseqüentemente a retratação da vítima e o arquivamento do inquérito policial; 3 – o Ministério Público ingressar com a denúncia perante o magistrado, quando aquele atua como *dominus litis* (domínio da lide), sendo competente para exercer tal função; 4 – o próprio magistrado concluir durante a audiência que deve haver a denúncia, mesmo havendo a retratação da vítima, hipótese em que se o promotor de justiça não oferecer a denúncia, o juiz enviará os autos à Procuradoria Geral de Justiça, em analogia ao artigo 28 do Código de Processo Penal, onde será decidido pelo procurador geral se deve haver ou não a denúncia.

Todas as medidas supracitadas dependerão da natureza da ação penal apropriada ao crime cometido. Para esclarecer melhor podemos citar como exemplo o crime de homicídio praticado no âmbito familiar ou doméstico, o que enseja ação penal pública incondicionada, podendo o Ministério Público agir independente da vontade da parte, devido ao interesse público na causa em questão. De outro ângulo, sendo um crime de ação pública condicionada à representação, a denúncia dependerá da vontade da parte.

⁴ COSTA JR.

5.3. JUIZADOS ESPECIAIS

Os casos que envolviam violência doméstica, quando inclusos no tipo penal *lesão corporal leve*, antes da Lei 9.099/95 eram encaminhados para a Justiça Comum Criminal, competente para julgar tais casos.

Em 1995, com o advento da supramencionada Lei, todos os crimes com pena máxima de até 1 ano, nos moldes do seu artigo 61, passaram a ser da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Com a implementação do §9º ao Artigo 129 do CP, através da Lei 10.886 de 2004, a pena máxima do crime de violência doméstica foi fixada em 1 ano, ou seja, a mesma do crime descrito no *caput* do artigo, permanecendo competentes os Juizados Especiais. As duas únicas diferenças foram quanto a pena mínima que aumentou, e em relação à natureza da ação penal, que passou a ser incondicionada, diferente do *caput*, em que a ação é condicionada à representação, nos moldes do artigo 88 da Lei 9.099/95.

Percebe-se que embora o tema tenha sido tipificado de forma específica, havendo avanços na legislação quanto a abordagem da violência doméstica, continuou ela por muito tempo sem conseguir ter a efetividade esperada por uma sociedade que ansiava por medidas que diminuíssem a incidência do crime.

Somente com a Lei 11.340/06 alcançou-se efetivamente uma grande vitória, principalmente para os movimentos feministas de defesa dos direitos das mulheres, pois agora o crime de violência doméstica passou a ser de competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, estes ainda não existentes, mas que devem ser criados especialmente para atender esse tipo de demanda, que por enquanto serão da competência das Varas Criminais, e não mais dos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista que a Lei Maria da Penha, de acordo com o art. 41, é taxativa ao proibir a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena.

5.4. ALTERAÇÕES DO CÓDIGO PENAL, NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COM A LEI MARIA DA PENHA

Inicialmente, no que concerne às circunstâncias agravantes da pena, dispostas no art. 61 do Código Penal, houve um acréscimo na parte final da alínea “f”, para abranger a violência contra a mulher.

Uma segunda mudança é encontrada no âmbito da pena aplicada às agressões domésticas, quando se tratar do crime tipificado no § 9º do art. 129 do CP, que passou de 6 meses para 3 meses, enquanto a máxima passou de 1 ano para 3 anos, além de ser aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

No que se refere à Lei de Execução Penal, nº 7.210/84, houve um acréscimo na sua redação para implementar o parágrafo único no artigo 152, que dispõe que o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de

recuperação e reeducação, instituto que antes não era regulado pela referida Lei.

Finalmente, podemos mencionar a mudança do Código de Processo Penal, que também teve a norma do art. 313 ampliada, para abranger mais uma causa que permite a decretação da prisão preventiva, posto que acrescentou o inciso IV, *in verbis*: “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.”

5.5. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei em um primeiro momento causa confusão quanto a sua constitucionalidade, no sentido de que alguns estudiosos argumentam que a norma somente aborda casos de violência doméstica contra a mulher, ferindo, assim, o princípio da isonomia garantido constitucionalmente para todos, ou seja, homens e mulheres, não podendo, então, existir uma lei que assegure apenas os direitos das mulheres, quando esses mesmos crimes podem ser cometidos também contra o sexo oposto.

O que não é admitido por estes doutrinadores, portanto, é que um homem violento seu pai ou seu filho, por exemplo, e seja processado e julgado nos moldes da Lei 9.099/95, sendo beneficiado com uma pena alternativa, multa ou suspensão condicional do processo, enquanto o mesmo crime quando é praticado contra a mulher não terá os mesmos privilégios, respondendo, o infrator, com medidas mais severas, nos moldes da Lei 11.340/06. Ainda assim, seguindo a mesma linha de raciocínio, quando a mulher comete a infração contra o seu marido, seu pai ou seu filho, responderá também nos moldes da Lei 9.099/95, ferindo novamente o princípio da igualdade, quando faz distinção, no procedimento e nas medidas judiciais adotados.

Somos do entendimento de que tal alegação de inconstitucionalidade é improcedente, tendo em vista que a intenção do legislador ao fazer uma Lei que busca a garantia dos direitos da mulher é exatamente a de colocar a mulher em pé de igualdade com o homem, tendo em vista que isso ainda não é uma questão bem estruturada e aceita em nossa sociedade conservadora, que tem a visão da mulher como um ser frágil e inseguro, que precisa estar submisso a um ser superior, o homem. É tão evidente o caráter da sociedade nesse aspecto, que é exatamente por isso que existe a muitos anos a luta de organizações da sociedade civil juntamente com organizações internacionais, buscando a efetivação da garantia dos direitos dessas mulheres, e não dos homens, que, em regra, não sofrem este tipo de discriminação. Além de tudo já exposto, ainda assim achamos impertinente a posição de alguns doutrinadores ao levantar a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha pela justificativa supracitada, uma vez que existem legislações que surgiram para proteger determinadas pessoas, que da mesma forma que as mulheres, possuem suas peculiaridades em relação às outras, e precisavam da efetivação de seus direitos, como é o exemplo dos idosos e das crianças e adolescentes, o que deu ensejo ao surgimento, respectivamente, do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro aspecto que desperta discussão a respeito da inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha encontra-se no seu art. 33, que afasta a competência dos Juizados Especiais para receber demandas que tratem de violência doméstica contra a mulher, ou seja, o texto legal versa sobre matéria de organização judiciária, afastando a competência que é privativa do Poder Judiciário (CF, 125, § 1º), e assim, fere o princípio da separação dos poderes (Dias, 2007. p. 58-59).

Sobretudo, não há inconstitucionalidade devido a definição de competência, uma vez que além do legislador infraconstitucional não ter ultrapassado seus limites, não é a primeira vez que isso ocorre, tendo como exemplo o afastamento da Lei 9.099/95 do âmbito dos crimes militares.

6 AVANÇOS

As contribuições trazidas pela lei com diversos benefícios em prol das mulheres foram de significativa importância. De imediato podemos citar a inovação que a Lei aborda quanto a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que terão a finalidade de cuidar de todas as causas que envolvem violência doméstica, abrangendo os aspectos penais e extrapenais. Urge salientar, que diante da realidade brasileira, é evidente que os Juizados Especializados não serão criados imediatamente, o que transfere, durante esse período, a competência, civil e criminal, para as Varas Criminais.

O texto legal não se limita a esta inovação. O art. 12 prevê a mudança no procedimento utilizado quando a mulher chega até a delegacia para denunciar seu agressor, posto que não é mais lavrado TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência), que é apenas um registro de ocorrência que contém as informações da vítima, sendo feito agora um BO (Boletim de Ocorrência), onde os fatos serão melhor apurados, dando ensejo a instauração do inquérito policial. Essa mudança substancial foi salutar para as vítimas, uma vez que anteriormente, querendo a agredida deixar imediatamente de conviver sob o mesmo teto do agressor, teria que ingressar com uma ação cautelar de separação de corpos, que na grande maioria das vezes era indeferida pelo juiz, tendo em vista que estes consideravam o TCO uma prova unilateral, portanto, de pouco valor probatório. Agora, com a utilização do BO e, então, uma melhor apuração dos fatos, além da garantia trazida pela Lei de aplicação de medidas protetivas de urgência, poderá a autoridade policial, a requerimento da ofendida, encaminhar o pedido ao juiz competente, no prazo de 48 horas, para que sejam tomadas as medidas cabíveis. Ressalta-se, que a vítima passa a estar sempre acompanhada de advogado, tanto na fase policial como na judicial, sendo assistida pela Defensoria Pública quando não possuir condições financeiras.

Foram implantadas medidas protetivas, de caráter extrapenal, que proporcionam a mulher uma maior segurança para denunciar os agressores, uma vez que elas podem pedir a concessão das medidas de urgência, o que as deixam mais confiantes na hora de denunciar, tendo em vista que serão amparadas pelo Estado.

Na mesma esteira, certamente progrediu-se com a restauração da possibilidade da prisão em flagrante, que era inviável no período em que se aplicava a Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica, devido a redação do seu art. 69, que afastava a prisão em flagrante quando o agressor, nos crimes de menor potencial ofensivo, se comprometia a comparecer espontaneamente aos Juizados Especiais Criminais. Com a alteração, o agressor fica mais inibido quando cogita cometer o crime. Outrossim, houve um acréscimo feito ao inc. IV do art. 313 do CPP, com a criação de outra possibilidade de prisão preventiva, não mais restrita aos crimes punidos com reclusão, o que transmite às mulheres brasileiras menos insegurança diante das conseqüências que sua denúncia possa gerar.

Finalmente, aponta-se uma novidade trazida pela Lei 11.340/06 que, preocupa-se com a estabilidade no emprego da mulher agredida, nos moldes do art. 9º § 2º, *in verbis*:

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

[...]

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

- I – acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;
- II – manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.”

Tal disposição legal é muito criticada por doutrinadores, no aspecto de que embora a lei tenha sido sábia na abordagem do instituto, não definiu quem seria responsável pelo pagamento de sua remuneração no respectivo período.

7 CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha surgiu apresentando diversos aspectos criticáveis, sob o ponto de vista técnico, ou seja, jurídico, criminológico e de política criminal, o que gerou um desafio aos operadores do Direito.

No entanto, a violência contra a mulher está a cada ano aumentando de forma absurda, o que ensejava, já tardiamente, a necessidade de algo que freasse e estancasse os índices até então alarmados. Foi exatamente com a perspectiva de mudar essa realidade que surgiu a Lei, que deve ser vista sem preconceitos e com o espírito desarmado por parte dos operadores do direito.

Destarte, é necessário que deixem a Lei agir, para no futuro concluirmos se os objetivos foram ou não alcançados, chegando a um consenso a respeito da sua aplicabilidade prática, para que daí sejam tomadas as medidas necessárias para corrigir suas controvérsias e imperfeições.

Enfim, inegavelmente, a intenção do legislador foi muito boa, havendo uma grande conquista para a sociedade, que passa a adquirir um instrumento capaz de pressionar o Estado a aplicar as medidas protetivas e coercitivas mais severas em favor das mulheres agredidas no ambiente doméstico e familiar.

BIBLIOGRAFIA

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. **Políticas afirmativas de gênero e o Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/21/23/2123/>> Acesso em: 20 maio 2007.

BRASIL. Lei 9.071, de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Decreto n. 2848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto n. 3689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004.

BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de agosto de 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Anotações críticas sobre a lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8822>>. Acesso em: 15 maio 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica** (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. fev. 2007.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Lei de Violência contra a Mulher**. Revista Consulex, Brasília, Ano X, n. 233, set. 2006.

JESUS, Damásio. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. Revista Consulex, Brasília, Ano X, n. 237, nov. 2006.

JESUS, Damásio. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. Revista Consulex, Brasília, Ano X, n. 237, nov. 2006.

COSTA JR., Quintino Farias. **Ação Penal Pública Condicionada e a Lei Maria da Penha**: algumas considerações. Disponível em: <http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/arquivos/acao_penal_publica.pdf>. Acesso em: 15 maio 2007.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Processo Penal**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, volume 2: Parte Especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 2 ed., Fortaleza: FA7 – Faculdade 7 de Setembro, 2003.

TABOSA, Agerson. **Sociologia Jurídica**. Fortaleza: Qualygraf, 2005.

VIANA, Karoline e ANDRADE, Luciana. **Crime e Castigo**. Revista Jurídica Leis & Letras. Ceará. n. 6, 2007.

DOMESTIC VIOLENCE: HISTORICAL EVOLUTION AND PROCESSUAL ASPECTS ACCORDING TO FEDERAL LAW N. 11.340/2006

Abstract: The federal law n. 11.340/06 applies more severe penalties in cases of domestic and familiar violence crimes. It brought several controversies in its legal text, altering aspects of criminal law. The law is named after Maria da Penha, a woman who inspired many, due to her case of domestic violence, practiced by her husband. Some legal aspects are pointed out: the necessary and valid protection of woman's rights; changes in the special courts regulations; impossibility of applying fines; assurance of urgent police reports. Although its constitutionality is questioned, the law is seen as an efficient tool against domestic violence.

Key words: Woman's rights. Federal law n. 11.340/2006. Domestic violence. Inconstitutionality. Progress.



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;
 - D) 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.

Fortaleza, 10 de setembro de 2007

Conselho Editorial.

Este livro foi composto em Fortaleza, pela Book Editora.

O tipo usado no texto é Times News Roman 12/14.

A impressão coube à Gráfica Tipoprogresso: o papel do miolo é offset 75g/m², impressão 1 cor, e o da capa cartão-supremo 250g/m², impressão 4 cores.