

VOLUME XIII

Nº 2

JULHO/DEZEMBRO/2016

REVISTA
JURÍDICA
DA FA7 FA7 LAW
REVIEW

PERIÓDICO CIENTÍFICO DO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA FA7



FA7

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Faculdade 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)
ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XIII	n. 2	jul./dez.	2016	189 p.
-----------	---------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacqueline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro / FA7 — v.13, n.2 (jul./dez. 2016) — Fortaleza: FA7, 2016 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da FA7 em: www.fa7.edu.br/revistajuridica

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Faculdade 7 de Setembro — FA7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. 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 / Fa7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de setembro

www.fa7.edu.br | rjurfa7@fa7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editora-Chefe

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior
FA7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. M.Sc. Álisson José Maia Melo
FA7, Curso de Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof.^a Dr.^a Eliane Moreira
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Lichetti
Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco
USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
FA7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal
UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UNIT, Programa de Pós-Graduação em Direito, Aracaju, SE, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.^a Dr.^a María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
FA7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior
FA7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.^a Dr.^a Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Normalização

Tamires Reis e Danyele Melo

Normalização de Referências

Jacqueline Campelo Jucá

Editoração Eletrônica

Gustavo-Augusto Vieira e Eduardo Mendes de Oliveira

Supervisão Gráfica

Eduardo Mendes de Oliveira

Capa

Bookmaker

Faculdade 7 de Setembro

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante
CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone: (+55.85) 4006.7600

Diretor Geral

Ednilton Gomes de Soárez

Diretor Acadêmico

Ednilo Gomes de Soárez

Vice-Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

Secretária Geral

Fani Weinschenker de Soárez

Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias

Apresentação

A Revista Jurídica da Faculdade 7 de Setembro (FA7) / *Fa7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da FA7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica.

Posiciona-se atualmente no estrato B1, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2016), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da FA7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o quarto em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior
Editora-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro (FA7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: www.fa7.edu.br/revistajuridica.

As regras para publicação na RJurFa7 encontram-se no referido sítio eletrônico da FA7. A RJurFa7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A Fa7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: rjurfa7@fa7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Todos os direitos são reservados à Faculdade 7 de Setembro. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 3.0*, com as condições “atribuição não comercial” e “não adaptada” (CC BY-NC 3.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XIII, n. 2, jul./dez. 2016

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

A EXCLUSÃO DE SÓCIO INCAPAZ NA SOCIEDADE LIMITADA: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

The exclusion of the incapable shareholder in the brazilian limited liability company: analysis under the principle of the social function of the company

João Luis Nogueira Matias

Davi Guimarães Mendes 13

CONSUMO CONSCIENTE: O ANVERSO SUBJACENTE DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Conscious consumption: the hidden face of the national policy of solid waste

Antônio Carlos Efig

Ana Paula Maciel Costa Kalil 25

UMA REVIRAVOLTA NO DIREITO PROTETIVO: A NOVA CURATELA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A reversal in the protective law: the new guardianship and a disabled person

Flávia Balduino Brazzale

Rosalice Fidalgo Pinheiro 39

O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NA ERA DE ADAPTAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

The property right and the supremacy of public interest over private in the age of climate change adaptation

Fernanda Dalla Líbera Damacena

Suelen Webber 55

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO “HATE SPEECH” NAS DECISÕES DO STF: UM ESTUDO DE CASOS

The application of the hate speech theory in Brazilian Supreme Court decisions: a case study

Maria Vital da Rocha

Lidiane Moura Lopes 71

OS CICLOS DO CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO

The cycles of ecological constitutionalism

José Adércio Leite Sampaio83

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TRIBUTAÇÃO: ENTRE OS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS NA (RE)CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE SOLIDÁRIA A PARTIR DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

The democratic state of law and taxation: among the fundamental rights and duties in (re)construction of a society solidarity of fundamental duty payable from taxes

Marciano Buffon

Lilian Ramos Jacob103

OS MARCOS NORMATIVOS DA MEDIAÇÃO ENTRE PARTICULARES NO ÂMBITO CIVIL: ESCOPO E RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIEDADE, SUBSIDIARIEDADE E INCOMPATIBILIDADE

The regulatory frameworks for mediation between particulars in the civil framework: scope and complementarity, subsidiarity and incompatibility relationships

Danilo Christiano Antunes Meira

Horácio Wanderlei Rodrigues117

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS FERIAS Y LOS MERCADOS EN DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

Algumas considerações sobre as feiras e mercados em Direito Romano e sua recepção no Direito Espanhol

Some considerations on fairs and markets in Roman Law and its reception in Spanish Law

María del Carmen López-Rendo Rodríguez

María José Azaustre Fernández139

IL DANNO DA “PRODOTTO CONFORME”: LE SOLUZIONI EUROPEE E STATUNITENSI NELLA PROSPETTIVA DEL *TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP* (T.T.I.P.)

O dano do “produto conforme”: as soluções europeias e estadunidenses na perspectiva do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (ATP)

The damage from “compliant product”: European and US solutions from the perspective of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

Enrico Al Mureden165

A EXCLUSÃO DE SÓCIO INCAPAZ NA SOCIEDADE LIMITADA: ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

João Luis Nogueira Matias

Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e da Faculdade 7 de Setembro. Pós-Doutor em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade de Pernambuco. Juiz Federal.
joaoluisnm@uol.com.br.

Davi Guimarães Mendes

Mestrando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
davi.guimaraesmendes@gmail.com.

RESUMO: O presente trabalho tem, como objetivo, esclarecer em quais hipóteses é possível, na sociedade limitada, a exclusão de sócios em função de incapacidade superveniente, o que se faz necessário principalmente diante das divergências doutrinárias em relação a possibilidade de exclusão por esse motivo e seus requisitos de aplicação. Para isso, realiza-se um breve apanhado histórico das noções de função social, delineando sua evolução histórica, e se apresentando, em seguida, uma definição do princípio da função social da empresa. Por fim, faz-se uma análise crítica dos principais entendimentos acerca desta questão, buscando-se, em face deles, chegar a um melhor critério de aplicação do instituto, utilizando-se como paradigma teórico o princípio da função social da empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Exclusão de sócio; Incapacidade civil; Função social da empresa; Sociedade limitada; Código Civil de 2002

The exclusion of the incapable shareholder in the Brazilian limited liability company: analysis under the principle of the social function of the company

ABSTRACT: This paper has, as objective, making clear in which hypothesis it is possible, in the Brazilian limited liability company, the exclusion of the shareholders in consequence of an incidental incapacity, which is needed mainly in the face of doctrinal divergences about the possibility of exclusion for this reason and its application requirements. In order to do this, a brief historical overview of the notions of social function is carried out, outlining its historical evolution, and presenting, after this, a definition of the principle of the social function of the company. Lastly, a critical analysis of the main understandings concerning to this question is made, seeking to, in face of them, reach a better application criteria to the institute, using as a theoretical paradigm the principle of the social function of the company.

Recebido em: 5 jun. 2016. Avaliado em: 10 set. e 4 nov. 2016.

KEYWORDS: *Shareholder exclusion; Civil incapacity; Social function of the company; Limited liability company; 2002 Brazilian Civil Code.*

INTRODUÇÃO

A possibilidade de exclusão de sócios incapazes é matéria que apresenta grandes divergências doutrinárias, sobretudo quando estudada nas sociedades limitadas, modelo societário utilizado por empresas de pequeno e de grande porte, e que apresenta desafios de sistematização em face dessa versatilidade.

Recai a discussão na possibilidade ou não de se excluir da sociedade limitada um sócio por conta de sua incapacidade superveniente, questionando-se quais seriam os critérios para que o sócio incapaz seja excluído da sociedade limitada.

Pretende o presente estudo contribuir para esclarecer as hipóteses em que pode haver, nas sociedades limitadas, exclusão de sócio por conta de incapacidade superveniente, construindo-se, para isso, análise calcada no princípio da função social da empresa.

Para responder ao questionamento, far-se-á, por meio de uma metodologia exploratória, consistente principalmente em análise bibliográfica, uma breve narrativa histórica da ideia de função social, demonstrando-se, sobretudo, sua evolução histórica, passando-se, em seguida, a uma caracterização e definição em específico do princípio da função social da empresa.

Por fim, analisa-se de forma crítica as principais teses doutrinárias acerca do instituto da exclusão de sócio, perquirindo-se a justificativa para sua existência e qual seria a sua finalidade, realizando igualmente uma análise dos mais relevantes posicionamentos relativos à exclusão de sócio incapaz nas sociedades limitadas, procurando-se, logo em seguida, estabelecer critérios para a aplicação desse instituto à luz do princípio da função social da empresa.

1 NOTAS ACERCA DO HISTÓRICO DA FUNÇÃO SOCIAL

Cumprir esclarecer, de antemão, a distinção entre a estrutura de um instituto e a função por ele desempenhada. Consoante lição de Francisco Loureiro (2003, p. 109), o estudo estrutural de uma norma ou instituto seria realizado por meio de abordagem técnico-jurídica, preocupada em descrever as características jurídicas do objeto de estudo, ao passo que uma investigação funcional teria origem sociológica, orientada pela finalidade concreta assumida pelo fenômeno jurídico na realidade social.

Nesse sentido, Francisco Amaral (2008, p. 345) aponta que a função de uma norma ou instituto seria o papel por ela desempenhado no interior de sua estrutura, isto é, a finalidade social cuja consecução é almejada por meio de suas características jurídicas particulares.

Esta posição é também adotada por Francisco Loureiro (2003, p. 109-110), o qual sustenta que “o termo função, contraposto ao termo estrutura, serve, de fato, para definir o concreto modo de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e manifestas”.

Segundo Tepedino (2012, p. 1), a função social, antes mesmo de se concretizar como princípio jurídico, surgiu, no auge do liberalismo individualista do século XIX, como postulado

metajurídico que atribuiria a proteção jurídica de certos institutos à função econômica que desempenhavam na sociedade. Isto é, servia a função social para justificar a tutela jurídica de certo instituto, dada a sua relevância econômico-social (GOMES, 2002, p. 20).

Assumia o direito, à época, caráter unicamente estruturalista, havendo maiores preocupações em como estava ele estruturalmente posto no ordenamento jurídico, do que propriamente com sua função na sociedade e em que medida ele a alcançava (BOBBIO, 2007, p. 53).

Com a ascensão do Estado Social, no início do século XX, natural foi a redefinição do conceito de função social. Tratando pioneiramente desta temática, cita-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, notando Didier Jr. (2008, p. 7) que, nesta última, celebrou-se a previsão de que “a propriedade obriga”.

É nessa época, também, que há pela primeira vez uma adoção expressa da noção de função social pelos ordenamentos jurídicos, afastando-se o conceito de função social daquele pretérito, característico do Estado Liberal, e que a reduzia, sob uma perspectiva individualista, à função econômica, passando a função social a ter verdadeiro caráter de valorização da coletividade, como aponta Polido (2016, p. 14):

Com relação à função social da propriedade, o artigo 153 da Constituição de Weimar primeiro estabelece a garantia e os efeitos vinculativos (*Bindungseffekte*) da propriedade privada, especialmente decorrentes da expressão “a propriedade obriga” (*das Eigentum verpflichtet*). O modelo ali adotado prevê que a propriedade possa ser objeto de desapropriação por meio de lei, sem eventualmente incluir direito de indenização. Na concepção de Weimar, a propriedade não admite uma abordagem individualista, inviolável ou sacralizada, pois submete o exercício pelo titular ao interesse da coletividade.

É apenas nesse momento que vem a se reconhecer que o direito, para além da sua perspectiva estruturalista, que analisa como ele é elaborado para se concluir qual sua estrutura, tem também um caráter promocional, cuja análise é funcional, indagando-se para que o direito serve a fim de se determinar quais devem ser as atitudes a serem incentivadas (BOBBIO, 2007, p. 53).

Neste azo, atestam Farias e Rosenvald (2014, p. 139) que em toda relação jurídica é possível se encontrar uma estrutura e uma função, consistindo esta na promoção de atos socialmente desejáveis.

É em tal época, igualmente, que se passa a conceber uma isonomia material, e não apenas formal, diferenciando-se as duas na medida em que esta prevê simplesmente o tratamento idêntico de todos os indivíduos, ao passo que aquela, a fim de efetivar a igualdade, propõe tratamento distinto àqueles que são diferentes, na medida em que assim o são (ROCHA, 1990, p. 39).

Nada obstante, era, até então, a função social mera proposição ética, norma programática que devia conduzir a sociedade aos fins propostos, sem ter, contudo, aplicação imediata ou mesmo reconhecimento dos aplicadores do direito, que permaneciam aplicando o paradigma liberal, privando de eficácia as normas constitucionais referentes à função social (AUAD, 2009, p. 339-340).

Foi nesse contexto que a noção de função social foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo efetivamente constado no texto constitucional do Brasil pela primeira vez na Constituição Federal de 1946, por meio da previsão da função social da propriedade (CORREIA, 2009, p. 68).

Explica Cambi (2007, p. 4-6) que, passada a Segunda Guerra Mundial e verificadas as imperfeições do positivismo jurídico e do constitucionalismo clássicos, passa-se a procurar um referencial jurídico hábil a resguardar valores importantes à sociedade, isto é, tenta-se ir além da

mera legalidade — observância das leis ordinárias —, o que leva até o desenvolvimento das doutrinas pós-positivista e neoconstitucionalista, em que há uma valorização da Constituição como diploma ideal para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo em seus princípios, concedendo-se a estes aplicabilidade imediata.

Segundo Pimenta (1999, p. 188), é a Constituição Federal de 1988, no Brasil, o marco da adoção desses ideais, sendo garantida a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em seu Art. 5º, § 1º. Didier Jr. (2008, p. 9) explica, ainda, que é a partir deste momento que o princípio da função social passa de norma de caráter meramente programático a norma de assegurada aplicabilidade.

Esses acontecimentos muito influenciaram o direito privado, principalmente em face da concepção de que há a necessidade de se adequar a interpretação da legislação ordinária do Código Civil às normas constitucionais, e não vice-versa (TEPEDINO, 2006, p. 21).

É neste horizonte que se dá o processo de reinterpretação dos institutos clássicos sob a nova ordem constitucional (BARROSO, 2007, p. 20), afirmando Perlingieri (2007, p. 12-13), sobre esta temática, que a norma constitucional passa, de mera auxiliar na interpretação das regras, a razão justificadora, ainda que não única, da relevância da tutela das relações jurídicas, redefinindo, por isso, os fundamentos e a extensão dos institutos jurídicos.

Percebe-se, portanto, a evolução histórica que a ideia de função social experimentou, passando, em verdade, de mera justificação da proteção jurídica de certos institutos, sem positivação, quem dirá aplicabilidade, no contexto do Estado Liberal, a norma jurídica que visava a submissão da propriedade — aqui inclusa a empresa, como irá se expor a seguir — a interesses da coletividade, mas ainda sem aplicabilidade imediata, no contexto do Estado Social, até o paradigma atual de reconhecimento da eficácia jurídica do princípio da função social, sendo dotada de aplicabilidade imediata.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

No que pese inexistir previsão expressa do princípio da função social da empresa, é imperioso se admitir que é também a propriedade empresarial adstrita à observância de uma função social, em função sobretudo da dimensão que assumem as empresas na organização socioeconômica moderna (MARTINS-COSTA, 2005, p. 41).

Em verdade, o que se verifica é que o princípio da função social da empresa decorre diretamente do princípio da função social da propriedade, sendo constitucionalmente assegurado, por conseguinte, e repercutindo no exercício da atividade empresarial e conformando o exercício da propriedade empresarial, por parte dos sócios, também ao interesse da coletividade (MATIAS, 2009, p. 76-79).

Com o reconhecimento de um princípio da função social da propriedade, de agora inegável aplicabilidade, aponta Correia (2009, p. 22) que o que se observa é uma funcionalização do direito de empresa, afastando-se o conteúdo deste dos contornos individualistas de outrora.

Em sentido semelhante, cita-se lição de Matias (2009, p. 87): “A nova concepção de propriedade se irradia sobre o direito empresarial, não sendo facultado ao proprietário de empresas, sócios ou acionistas exercerem abusivamente o direito que lhes é assegurado constitucionalmente”.

Necessário, por conseguinte, delimitar-se o conteúdo jurídico do princípio da função social da propriedade a fim de se alcançar compreensão mais exata acerca de suas repercussões na funcionalização da propriedade empresarial.

Retomando a distinção entre a análise estrutural e funcional do fenômeno jurídico, Francisco Loureiro (2003, p. 110) afirma que o princípio da função social da propriedade, porquanto norma cogente, dotada de eficácia jurídica, não pode se limitar a indicar um estudo sociológico dos interesses metajurídicos tutelados pelo instituto, tratando-se, em verdade, um de seus elementos.

Isto é: a função social da propriedade se insere na própria estrutura do instituto, não podendo ser considerada como uma mera remissão do legislador às necessidades sociais e econômicas por ele atendidas.

Por força de sua função social, a propriedade passa a ser entendida não só como um direito do proprietário, mas como situação jurídica complexa, de modo que gera também, ao lado das facultades de usar, fruir e dispor, uma série de obrigações perante terceiros individualizados e a coletividade, concernentes tanto em abstenções quanto em prestações ativas (LOUREIRO, 2003, p. 122-123).

Em paralelo com essa noção de função social da propriedade, a funcionalização da empresa implica, sobretudo, na instrumentalização desse direito patrimonial à consecução não só dos interesses individuais, mas também dos da coletividade. Sintetizando essa visão, afirma Matias (2009, p. 87) que o princípio da função social da empresa representa:

[...] a vinculação do exercício da empresa à concretização de uma sociedade livre, justa e solidária, do que decorre um complexo de deveres e obrigações, positivas e negativas, impostas aos controladores e administradores, perante os empregados, fornecedores, consumidores, meio ambiente, Estado, e toda a comunidade que com ela interage. Também são emanções da função social da empresa o incentivo à sua preservação e a obrigação de proteção aos sócios minoritários. Trata-se, assim, de princípio jurídico, que pode ter a sua efetividade exigida, não mera proposição de cunho moral.

Em função do princípio ora em comento, revela-se uma evolução da noção de propriedade empresarial, assumindo esta, modernamente, uma significativa importância não só econômica, mas social, e contribuindo para a materialização de uma sociedade nos moldes previstos na Constituição Federal de 1988. Nessa esteira, a empresa, além de atender aos interesses de seus sócios, cria para eles uma série de obrigações.

Conforme escólio de Martins-Costa (2005, p. 51), consequência dessa importância da empresa na vida comunitária é a existência de deveres da sociedade para com a empresa, como o de preservá-la, e da empresa perante a coletividade, como o de resguardar o meio ambiente, impondo-se ainda um certo tipo de atuação por parte dos sócios daquela, que além de também serem obrigados a contribuir para preservá-la, devem exercer a atividade empresarial no interesse da empresa, ou seja, de todos os sócios, principalmente quando desempenharem papel de controle, pelo que se nota uma aproximação das relações internas da empresa à ideia de isonomia substancial prevista na Constituição Federal de 1988.

Alcança-se modernamente, portanto, o entendimento de que o princípio da função social da empresa, de natureza constitucional, por ser corolário do princípio da função social da propriedade, deve não mais ser vislumbrado como norma programática despida de qualquer eficácia, como se proposição ética fosse, mas sim como verdadeiro princípio jurídico que, como tal, tem aplicabilidade imediata, e cujo conteúdo consiste, sobretudo, na percepção da empresa como

instrumento não só do alcance dos interesses individuais dos sócios, mas da persecução de objetivos socialmente relevantes, que têm implicações nas relações internas e externas da empresa.

3 A EXCLUSÃO DE SÓCIOS INCAPAZES NA SOCIEDADE LIMITADA

Ensina Nunes (2002, p. 23) que a exclusão de sócios é instituto que divide posições doutrinárias acerca da sua caracterização, sendo três as principais correntes.

Em primeiro lugar, a teoria do poder corporativo disciplinar, que aponta que a sociedade empresária poderia excluir seus membros nos casos previstos por lei ou instrumento social, em aplicação de poder disciplinar do qual seria dotado o ente coletivo sobre aqueles que o constituiriam, simetricamente ao poder disciplinar da Administração Pública sobre seus agentes (NUNES, 2002, p. 32).

Crítica-se esse posicionamento, todavia, por ignorar que a expulsão de sócios nem sempre tem caráter disciplinar, acontecendo, por vezes, simples com o preenchimento de certos requisitos legais ou contratuais (NUNES, 2002, p. 32-33).

Outra teoria acerca desta matéria seria a da disciplina taxativa legal, que defende que, em face da importância econômico-social da empresa, seria de interesse público a sua conservação, atribuindo caráter público ao instituto (NUNES, 2002, p. 25), ao que se teceriam críticas pelo fato de que esse instituto se fundaria principalmente no interesse privado dos sócios, sendo o interesse público no caso em questão apenas reflexo, coincidente no mais das vezes com o interesse particular dos sócios, apontando-se como falha igualmente a taxatividade legal defendida pela teoria e o caráter exclusivamente sancionatório da expulsão (NUNES, 2002, p. 33-38).

Por fim, a teoria contratualista, majoritária na Itália, e inspirando-se tanto no instituto da resolução contratual por inadimplemento quanto no princípio da preservação da empresa, explica que a exclusão dos sócios seria fundada no descumprimento de deveres sociais por parte dos membros do ente coletivo, o que justificaria suas expulsões, completando parte dos doutrinadores que a lei ou os instrumentos sociais poderiam prever outras cláusulas resolutivas expressas que independessem de inadimplemento (NUNES, 2002, p. 26-28).

Apesar das críticas à abordagem da exclusão de sócios como resolução contratual (NUNES, 2002, p. 38-39), afigura-se essa como a melhor solução, eis que afasta do instituto o caráter de sanção, adequando-o à característica de contrato plurilateral que assume o instrumento constituinte da sociedade empresária, ao passo que valoriza o princípio da preservação da empresa, corolário do princípio da função social da empresa.

Por outro lado, ao tratar da matéria da exclusão de sócios na sociedade limitada, conforme regulada na ordem jurídica brasileira, Coelho (2014, p. 447) aponta quatro hipóteses em que esta pode se dar: a) quando o sócio descumpre seus deveres; b) quando as quotas deste forem liquidadas a pedido de credor; c) quando entra ele em falência; d) quando é declarado incapaz.

Na primeira situação, constituir-se-ia a expulsão em sanção, opinião da qual se discorda, haja vista se tratar esse caso não de sanção, mas de hipótese de resolução por inadimplemento dos deveres do sócio, podendo acontecer de forma extrajudicial quando em relação ao sócio minoritário, desde que obedecendo ao procedimento previsto pelo Art. 1.085 do CC/02, enquanto nos demais casos não teria a exclusão do sócio caráter sancionatório, sendo igualmente possível nessas hipóteses a exclusão extrajudicial, com exceção da expulsão do sócio incapaz, que só poderia ser decretada pelo juiz (COELHO, 2014, p. 448-451).

Em se falando especificamente da exclusão do sócio incapaz, Coelho (2014, p. 451) afirma, com fulcro no Art. 1.030, caput, do CC/02, aplicado subsidiariamente às sociedades limitadas, que basta que a incapacidade se dê supervenientemente, isto é, após a constituição da sociedade, para que se possa proceder com a expulsão daquele.

Não nos parece, contudo, acertado o posicionamento. A exclusão do sócio, como anteriormente exposto, trata-se de cláusula resolutiva que pode ser fundada no inadimplemento por parte do sócio de seus deveres enquanto membro da sociedade ou em outras previsões legais ou convencionais, justificando-se a expulsão sempre na conservação da empresa.

Ora, o entendimento de que a incapacidade superveniente do sócio é motivo de resolução da sociedade em relação a este, independentemente de prejuízo à sociedade, representa interpretação que, além de equivocada, por afastar o instituto em comento do princípio da preservação da empresa, concede à norma caráter flagrantemente inconstitucional, porquanto atentatória ao princípio da isonomia, previsto no Art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, ao discriminar de forma imotivada os sócios incapazes.

Em sentido diametralmente oposto, Carvalhosa assevera (2003, p. 311) que a incapacidade superveniente do sócio não poderia jamais ser aplicada às sociedades limitadas, pois incompatível com o seu caráter misto, de capital e de pessoas, que o autor atribui a essas sociedades, o qual não se compatibilizaria com essa hipótese de expulsão.

Assiste certa razão ao doutrinador, que aponta que a sociedade limitada não tem o caráter presumidamente pessoal que assumem as sociedades simples, por exemplo. Nada obstante, falha ele ao afastar completamente das sociedades limitadas a aplicabilidade desse instituto, aparentemente ignorando as hipóteses em que se verifica a existência de laços pessoais unindo os sócios das sociedades limitadas, situações em que a incapacidade superveniente de um deles poderia representar grave risco à continuidade da empresa.

Cita-se, como exemplo, o caso de empresas pequenas, em que comumente todos os sócios exercem atividades que viabilizam a consecução do objeto social, hipótese em que a incapacidade de um deles poderia representar a inviabilidade da atividade empresarial.

Se fosse adotada a posição expressada pelo autor, na situação narrada os demais sócios não poderiam excluir o incapaz, devendo esperar que seus atos ou omissões causassem efetivo dano à empresa, o que representaria um grande perigo à continuidade da sociedade, na contramão da preservação da empresa e, por conseguinte, do princípio da função social da empresa.

Adotando posição intermediária, Vio (2008, p. 145-146) afirma que só seria possível a exclusão dos sócios por incapacidade superveniente quando estivesse previsto no contrato social algum dever deste em relação à sociedade que não mais pudesse ser realizado em face da sua incapacidade, o que se justificaria no fato de que nas sociedades limitadas não seria intrínseco aos sócios nenhum outro dever de colaboração para a consecução do objeto social além da contribuição para a integralização do capital social.

No que pese o valor da posição em questão, por evidenciar que a exclusão do sócio incapaz estaria relacionada ao papel que ele assumiria junto à sociedade, posição que vai na esteira de que a expulsão deve servir como forma de preservação da sociedade, peca o autor ao pretender vincular a utilização do instituto à existência de previsão, no contrato social, de deveres de colaboração que não mais poderiam ser desempenhados por conta da incapacidade superveniente, requisito que impossibilitaria a exclusão mesmo quando se constatasse, no caso concreto, a ameaça que a incapacidade do sócio representaria à empresa.

Em verdade, a exclusão do sócio incapaz tem aplicação exatamente nos casos de empresas pequenas e médias, em que habitualmente as previsões do contrato social não atendem às mínimas pretendidas pelo doutrinador. Estaria praticamente despida de eficácia, portanto, a exclusão por incapacidade superveniente.

Melhor critério para que se meça a aplicabilidade da expulsão do sócio incapaz à sociedade limitada é a análise da finalidade do instituto da exclusão de sócios, atentando-se ao princípio da função social da empresa, que deve guiar a atuação empresarial.

Explicando a precípua finalidade do instituto em comento, tem-se Nunes (2002, p. 48-49), que afirma:

A natureza e a função social das sociedades comerciais é que faz delas factores de enorme interesse social, saltando para fora do âmbito dos contratos de mero interesse dos participantes. As empresas comerciais representam um valor económico de organização que é necessário conservar, para salvaguarda do esforço organizador dos empresários, do direito dos empregados ao trabalho, dos direitos dos sócios a ver frutificar o seu capital. A ordem jurídica deve, portanto, facilitar o afastamento daquele sócio cuja presença é elemento pernicioso para o seu normal funcionamento e para a prosperidade da sua empresa.

Em sentido similar, tem-se a lição de Comparato (1997, p. 41), que explica que a resolução parcial da sociedade atende a uma necessidade de proteção da atividade empresarial, visando à sua continuidade, porquanto reconhecida juridicamente a sua relevância social e econômica.

A exclusão de sócios, inclusive daquele incapaz, deve se guiar, portanto, pelo objetivo de preservar a empresa, o que justifica na sua função social enquanto produtora e distribuidora de riquezas e instrumento de construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Nessa esteira, ressaí como critério por excelência para a aplicação do instituto em questão o risco que pode a incapacidade superveniente do sócio representar para a continuidade da sociedade empresária. Essa ameaça se revela na impossibilidade do sócio de cumprir algum de seus deveres perante a sociedade, prejudicando suas atividades e arriscando a sua preservação.

Não prejudicando a incapacidade civil a situação patrimonial do sócio, entretanto, pode-se afirmar, de antemão, que quando a sociedade limitada se organiza como sociedade de capitais — isto é, quando forem livremente cessíveis as quotas — não cabe a exclusão do sócio que por ventura se tornar incapaz. Ora, em empresas desse tipo o sócio é um mero prestador de capital, não representando a sua incapacidade superveniente prejuízo à continuidade da atividade empresarial.

Por outro lado, quando for sociedade de pessoas a limitada, vislumbrando uma participação e importância do sócio que vá além de sua prestação pecuniária referente à integralização do capital social, é possível a exclusão do sócio incapaz. Ao se aplicar esse instituto, contudo, é necessário ter-se olhos ao caso concreto, devendo sempre se comprovar que o sócio acometido pela incapacidade tinha, de fato, participação na sociedade que superasse o mero investimento financeiro e que restara impossibilitada por conta de sua situação, sendo necessário ainda se provar que isso representaria prejuízo à sociedade que ameaçaria a sua preservação.

Não basta ser a limitada uma sociedade de pessoas para que o sócio incapaz possa ser excluído, portanto. É necessário igualmente que seja observado uma ameaça à continuidade da empresa resultante de sua incapacidade, em face de um dever seu em relação à sociedade que não mais poderá ser cumprido.

Cumpre destacar, por fim, que os deveres de colaboração do sócio devem ser constatados à luz do caso concreto, e não pela mera observação do contrato social.

Isso porque a exclusão do sócio não se relaciona à previsão no instrumento social de um dever de colaboração que teria sido infringido pelo sócio — aceitar isso seria acolher a já refutada teoria do poder corporativo disciplinar —, mas sim com uma necessidade de preservação da empresa justificada no princípio da função social da empresa.

Tem-se, assim, uma cláusula resolutiva legal da sociedade em relação ao sócio que, por conta de incapacidade superveniente, não pode mais cumprir um dever assumido em face à sociedade, constatado sempre no caso concreto, prejudicando assim a empresa e ameaçando a sua continuidade.

Apesar de as conclusões sustentadas serem plenamente aplicáveis à ordem jurídica pátria em seu estado atual, por significarem interpretação do Art. 1.030 do Código Civil de 2002 à luz do princípio da função social da empresa, é importante que à matéria seja conferido tratamento legislativo aprimorado, que afaste dúvidas quanto ao significado da norma em discussão.

Sendo assim, propõe-se, de *lege ferenda*, que à redação do dispositivo discutido seja incluída, após a menção à incapacidade superveniente como causa de exclusão do sócio, a ressalva de que esta só seria possível quando impusesse “risco à continuidade da empresa, verificado na impossibilidade de cumprimento, por parte do sócio incapaz, de prestações fundamentais à consecução do objeto social”.

Isto posto, tem-se que o instituto da exclusão do sócio representa uma aplicação do princípio da função social da empresa, mais particularmente no que se refere à preservação desta. Deste modo, só é possível a expulsão do sócio incapaz quando este representar um risco à continuidade da sociedade, o que não se dá na generalidade dos casos, mas, conforme demonstrado, apenas nas sociedades limitadas que são sociedades de pessoas e somente quando houver por parte do sócio incapaz um dever de colaboração em relação à empresa que, não mais exercido por conta da incapacidade, represente um risco à preservação desta. Ademais, é interessante que haja o aprimoramento do tratamento legislativo da matéria, explicitando-se, na redação do Art. 1.030 do Código Civil de 2002, que o ali previsto só é aplicável em havendo risco à continuidade da empresa.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, estudou-se a exclusão motivada por incapacidade nas sociedades limitadas, procurando estabelecer seus critérios de aplicação com base no princípio da função social da empresa.

Primeiramente se expôs um panorama histórico da função social, desde sua origem como postulado metajurídico que justificava a tutela de certas matérias pelo direito, até o cenário atual, em que se reconhece a sua imediata aplicabilidade e caráter constitucional, chegando-se inclusive a desdobramentos da funcionalização patrimonial, tais como a função social dos contratos e da empresa.

Em segundo lugar, analisou-se de forma mais detida o princípio da função social da empresa, demonstrando ser ele corolário do princípio da função social da propriedade, sendo de ordem constitucional, portanto. Ademais, buscou-se esclarecer seu significado, concluindo-se que se trata de princípio que busca funcionalizar a empresa para se alcançar não só os interesses privados, mas também interesses da coletividade, o que tem desdobramentos práticos tais como a procura de igualdade substancial dentro das relações empresariais, com a proteção dos sócios minoritários, dos trabalhadores e daqueles que contratam com a empresa, bem como a preservação desta, eis que de assumida relevância social e econômica na atualidade.

Por fim, investigou-se as construções doutrinárias acerca do instituto da exclusão de sócios e, de forma mais específica, em relação à exclusão de sócios incapazes na sociedade limitada, apresentando-se e tecendo-se críticas aos principais posicionamentos.

No que se refere à definição dos critérios de aplicação, concluiu-se que, para determiná-los, há de se atentar ao princípio da função social da empresa, que justifica a possibilidade da exclusão de sócios ao zelar pela preservação daquela.

Imperioso, por conseguinte, que o instituto só seja utilizado quando a incapacidade superveniente do sócio importar risco à continuidade da sociedade, o que só se pode verificar nas sociedades limitadas que são sociedades de pessoas, e apenas nos casos em que o sócio tenha algum dever de colaboração, a ser aferido no caso concreto, que diante de sua condição não mais poderá ser desempenhado, representando prejuízo à empresa que ameace a sua preservação.

Ademais, no que pese estes critérios já serem aplicáveis, por se tratarem de delimitação do instituto da exclusão de sócios, à luz do princípio da função social da empresa, é importante que haja o aprimoramento do tratamento legislativo da matéria, sugerindo-se, de *lege ferenda*, que se acrescente à redação do Art. 1.030 do Código Civil de 2002 que a exclusão de sócio por capacidade superveniente só seria possível quando impusesse “risco à continuidade da empresa, verificado na impossibilidade de cumprimento, por parte do sócio incapaz, de prestações fundamentais à consecução do objeto social”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AUAD, Denise. Os direitos sociais na constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atuação Constituição Federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 337 — 355, jan./dez., 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, p. 01 — 41, mar./maio, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. Título original: *Dalla struttura alla funzione*.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6, p. 1 — 44, fev., 2007.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao código civil: parte especial — do direito de empresa. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o código civil de 2002. **Revista de Direito Mercantil**, n. 25, 1997, p. 39-48.
- CORREIA, Edmar. **A função social do contrato**. Rio de Janeiro, 2009. 115 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Mestrado em Direito Civil, para obtenção do título de mestre em Direito Civil.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **A função social da propriedade e a tutela processual da posse**. Disponível em: <<http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41 — 66, maio, 2005.

MATIAS, João Luís Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. São Paulo, 2009. 323 p. Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de doutor em Direito Comercial.

_____. **A propriedade e a ética empresarial**: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsibility. In WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira (Coord.). **Direito de Propriedade e Meio Ambiente**: novos desafios para o Século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

NUNES, Antônio José Avelãs. **O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais**. Coimbra: Almedina, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Título original: *Profili del diritto civile*.

PIMENTA, Paulo. **Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POLIDO, Fabrício. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o Conteúdo Normativo da “Função Social” dos Direitos Proprietários. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 3 — 47, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In _____ **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIO, Daniel de Ávila. **A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o código civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, 230 p.

CONSUMO CONSCIENTE: O ANVERSO SUBJACENTE DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Antônio Carlos Efig

Mestre e Doutor pela PUCSP; professor titular da PUCPR (Curitiba, PR-Brasil) onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba. ace@eradv.com.br

Ana Paula Maciel Costa Kalil

Doutoranda e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental da PUC/PR. Professora orientadora nos cursos de Pós-Graduação em Direito Ambiental e em Economia e Meio Ambiente da UFPR (Curitiba, PR-Brasil). macielanapaula@hotmail.com

RESUMO: A sociedade de consumo hodierna vivencia um tempo de profunda reflexão, tendo em vista as várias sequelas causadas pela cultura do excesso e do descartável, dentre elas, em especial, o aumento na geração dos resíduos sólidos. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, o objetivo deste artigo é evidenciar a chamada macrorrelação ambiental de consumo e a importância da Política Nacional de Resíduos Sólidos na harmonização desta relação, que incita, inclusive, o chamado consumo consciente. As exigências socioambientais emergentes passam a invocar a necessidade da incorporação dos valores ambientais em todos os aspectos do consumo, havendo uma maior preocupação com a responsabilidade pós-consumo, o que se reflete na escolha do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Macrorrelação ambiental de consumo; Política Nacional de Resíduos Sólidos; Responsabilidade pós-consumo; Consumo consciente.

Conscious consumption: the hidden face of the national policy of solid waste

ABSTRACT: Today's consumer society experiences a moment of deep reflection in view of the various sequels caused by the culture of the excess and the disposable, among them, in particular, the increase of generation of solid waste. Through a literature review, the purpose of this article is to highlight the so-called environmental large relations of consumption and the importance of the National Policy on Solid Waste in the harmonization of this relationship, which encourages even the so-called conscious consumption. The emerging environmental requirements come to rely on the need to incorporate environmental values in all aspects of consumption, increasing the concern with post-consumer responsibility, which is reflected in the consumer's choice.

KEYWORDS: Environmental large relations of consumption; National Policy on Solid Waste; post-consumer responsibility; Conscious consumption.

Recebido em: 1 ago. 2016. Avaliado em: 04 e 21 nov. 2016.

INTRODUÇÃO

A atual sociedade de consumo vive momentos de profunda reflexão. É preciso repensar os atuais padrões de consumo e sua interferência no meio ambiente.

O presente trabalho, utilizando-se da metodologia de pesquisa de documentação indireta e fazendo uso de pesquisas bibliográficas e documentais, aborda a crescente demanda na busca do consumo consciente, uma vez que o consumidor deve ter discernimento da sua importância nas transformações econômicas, sociais e políticas. O consumidor deve usar seu poder de escolha para favorecer produtos e serviços ecologicamente corretos e com isso promover a sustentabilidade social e ambiental.

Para fazer face a esta novel demanda, e demonstrando uma verdadeira macrorrelação ambiental de consumo, a Política Nacional de Resíduos Sólidos, representa um avanço na proteção e preservação do meio ambiente na medida em que põe em evidência a imprescindível revisão dos padrões de produção e consumo da atualidade, assim como a necessidade de repensar e planejar o manejo e o gerenciamento adequados dos resíduos em todo o país, com a modificação do *modus operandi* até então arraigados na cultura omissiva e permissiva da sociedade. Instituiu, para tanto, uma série de mecanismos capazes incentivar e promover o consumo consciente.

A responsabilidade pelo descarte de produtos e destinação final de resíduos, então, também conhecida como “responsabilidade pós-consumo”, passa a ser compartilhada entre todos os elos da cadeia produtiva. Uma nova consciência ecológica pressupõe mudanças urgentes nos comportamentos e hábitos de consumo, com um olhar voltado, não apenas à satisfação pessoal, mas principalmente à sustentabilidade.

Harmonizar a relação entre consumo e meio ambiente é o novo desafio que se instaura. Desse entrosamento resultará uma nova ética: a do consumo sustentável e consciente.

1 MEIO AMBIENTE E CONSUMO

A Revolução Industrial não alterou apenas o modo de produção da sociedade, mas inaugurou uma nova sociedade, a sociedade de consumo, trazendo como consequência imediata e final, uma profunda alteração sobre o meio ambiente natural e social, a partir do momento em que os bens naturais deixaram de ser estritamente naturais para se tornarem apropriação do capital tecnologicizado guiado pela racionalidade econômica (LEFF, Enrique, 2012, p. 98), assim como as relações sociais passam a ser guiadas também por essa racionalidade. Por isso, Baudrillard (2010, p. 81.) afirma que, durante o século XX o capitalismo mudou seu centro de gravidade, saindo do campo da produção para o do consumo, consignando este como o principal reino da atividade social, cristalizando, assim, o universo simbólico da sociedade de consumo.

Segundo Luckmann e Berger (2014, p. 130), o universo simbólico fornece o nível mais alto de integração para os significados discrepantes dentro da vida cotidiana da sociedade, na medida em que até mesmo aquele que se encontra em situações marginais de experiência, como a do consumidor falho, retorna à “realidade” criada pelo universo simbólico do consumo, uma vez que este passa a modular a identidade do indivíduo e gerar a pretensão de conquistar alguma felicidade instrumental, o que é legitimado pela ordem institucionalizada na sociedade.

Cria-se, portanto, a chamada sociedade líquido-moderna (BAUMAN, 2007, p. 17), na qual seus membros são tidos como inquietos e voláteis por não possuírem hábitos, rotinas ou uma forma de agir específica e única. Consequentemente, aquilo que não acompanha as rápidas mudanças da sociedade contemporânea passa a ser considerado como “lixo”:

O lixo é o principal e, comprovadamente, o mais abundante produto da sociedade líquida moderna de consumo. Entre as indústrias da sociedade de consumo, a de produção de lixo é a mais sólida e imune a crises. Isso faz da remoção do lixo um dos dois principais desafios que a vida líquida precisa enfrentar e resolver. O outro é a ameaça de ser jogado no lixo. Em um mundo repleto de consumidores e produtos, a vida flutua desconfortavelmente entre os prazeres do consumo e os horrores da pilha de lixo (BAUMAN, 2007, p. 17).

A seqüela desta mudança é o aumento da pressão sobre os bens naturais para atender a demanda do consumo. Com isso, tem-se que os riscos produzidos para atender a toda esta exigência, e que ameaçam o meio ambiente global, são hoje de uma escala e grau de incerteza sem precedentes na história.

Não resta dúvida, portanto, que foi consagrada a cultura do excesso, da urgência, da comodidade, do descartável e do lixo. Neste sentido, Baudrillard (2010, p. 39) ilustra:

[...] sabe-se muito bem como a abundância das sociedades ricas está associada com o desperdício, já que foi possível falar de 'civilização do caixote de lixo' e encerrar a hipótese de fazer uma 'sociologia do caixote de lixo': *Diz-me o que deitas fora e dir-te-ei quem és!* Mas a estatística da porcaria e do detrito não tem qualquer interesse; constitui apenas o sinal redundante do volume de bens oferecidos e da respectiva profusão.

Porém, a voracidade na produção de mercadorias e o ritmo veloz que se imprime ao consumo são inversamente proporcionais à capacidade de solucionar os problemas ambientais advindos destes processos de produção e consumo desenvolvidos, assim como superam, em muito, o tempo de recomposição do ambiente.

Na concepção de Ferreira (2008, p. 30) o modelo de desenvolvimento amparado nas dimensões ilimitadas do crescimento econômico mostrou-se alheio à justiça social e à prudência ambiental, provocando um abalo considerável na ideologia do progresso, prenunciando a chegada de tempos de crise generalizada.

Ao tratarem das questões socioambientais, Fernandes e Sampaio (2008, p. 87-94) fizeram uma análise geral sobre o significado de paradigma, a partir da obra de Thomas Kuhn. Para referidos autores, a ciência, assim como a sociedade são dinâmicas e interligadas. Por esta razão, o paradigma científico não está desconectado do paradigma predominante na sociedade, uma vez que a ciência produz e se reproduz para e a partir destas realidades naturais, culturais e sociológicas, motivo pelo qual não há que se falar em processo linear das teorias que as aperfeiçoam mutuamente.

A par destas breves considerações, os autores citados definem o paradigma como sendo "um conjunto de valores e regras socioculturais universalmente aceitos por algum tempo em uma sociedade ou grupo cultural, moldando e conduzindo as suas práticas" (FERNANDES; SAMPAIO, 2008, p. 87-94).

Tem-se, destarte, que os modelos, ou paradigmas não se prolongam infinitamente, o que significa dizer que, de tempos em tempos, quando o paradigma dominante não consegue mais responder adequadamente aos problemas por ele gerados, surgem alternativas a este modelo.

O que se percebe, portanto, é que o paradigma atual de sociedade, fundada na racionalidade econômico-científico-tecnológica, de cunho utilitarista e voltada para o consumismo desenfreado, está em crise, pois gerou uma série de problemas socioambientais, os quais não é capaz de resolver.

Para Capella (1998), a crise do paradigma atual é uma crise da relação homem/natureza, mas numa complexidade muito mais ampla, cujo cerne está na sociedade de hiperconsumo e no modo de vida essencialmente voltado para fins econômicos.

Por isso que é sabido, e até em certo ponto retórico dizer, que a complexidade dos problemas socioambientais enfrentados ensejaram novas reivindicações pela sociedade, particularmente pela ênfase conferida à proteção do macrobem ambiental, passando a haver uma legítima preocupação com um comportamento ético e socioambientalmente responsável.

Na obra “A ética é possível num mundo de consumidores?”, Bauman (2011) examina as implicações dessa nova condição moderna de crise para questões da esfera pública, como a ética, o mercado e a democracia; e da esfera privada, como as decisões do consumo.

Para referido autor, numa sociedade em que se busca a satisfação individual em detrimento do coletivo, os argumentos de um contrato social altruísta (Rousseau) ou coercitivo (Hobbes) são solapados. Uma nova coerção, mais sutil, deixa o peso das escolhas sobre os ombros dos consumidores, na falta de uma governança eficiente que determine os limites éticos da economia de mercado. Por isso que, para Bauman (2011), é o pensar autônomo do sujeito esclarecido que enseja a mudança, ainda que contrárias às regras do jogo estabelecido.

Neste contexto, a proteção e a promoção do ambiente passam a despontar institucionalmente, como valor constitucional, capaz de instituir uma nova ordem pública por intermédio de um moderno programa jurídico-constitucional. Renuncia-se, então ao enfoque utilitarista, até então perseguido pela legislação, para adotar uma direção mais protecionista do meio ambiente, recepcionado de forma sistêmica.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é consagrado a direito fundamental, assegurando-o como um direito difuso, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, sendo ao mesmo tempo imposto, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Diante da realidade que se apresenta, soma-se, então, aos paradigmas da massificação¹, da urbanização² e da globalização³ o paradigma ambiental (socioambiental), no qual, segundo Lorenzetti (in MOROZINI, BARBOSA, 2010, p. 19):

Neste cenário o individual não tem primazia e não rege a reciprocidade, já que é um conflito onde se afeta um bem comum. Nestes casos os direitos subjetivos devem ser interpretados de tal modo que não conspiram contra a deterioração de tais bens. [...] Em seu método, transita um caminho inverso aos anteriores, já que parte do coletivo para chegar ao individual. Por isso o paradigma ambiental também opera como metavalor, no sentido de que, assim como a liberdade, é um princípio organizativo de todos os demais.

Este novo paradigma, portanto, amolda-se como um verdadeiro guia para a interpretação lúcida das realidades orientadas pelos paradigmas citados, iluminando-os dentro de um contexto chamado “sociedade de risco”⁴.

¹ Massificação do consumo é a produção personalizada em massa, feita para atender a uma sociedade regida pelo hiperconsumo, que exige, além de uma rapidez frenética para atender ao turboconsumidor, estratégias de diversificação como a sedução (marketing), a inovação, as ofertas de conforto, a variedade e a renovação (leia-se obsolescência programada) capazes de suprir as necessidades que se apresentam.

² Deslocamento das pessoas do campo para as cidades.

³ É a ideia de que há a intensificação das relações sociais planetárias, aproximando a tal ponto lugares afastados, que os eventos locais serão influenciados por ocorrências que estejam ocorrendo a milhares de quilômetros, e vice-versa, alterando significativamente os processos social, econômico, cultural e demográfico das sociedades.

⁴ A sociedade de risco é uma sociedade insegura, pois a proteção diminui na medida em que aumenta o próprio risco, isto quer dizer que nenhuma instituição ou ordem social está preparada para as consequências advindas, razão pela

Estes novos conceitos e desafios, sobre os quais se discorreu, trazem consigo uma vigorosa abordagem que tem sido internalizada em várias esferas de atuação que tem vindicado, conseqüentemente, um olhar solidário, cooperativo e, principalmente, sistêmico.

No presente estudo, dar-se-á destaque à imbricação havida entre o consumo e os resíduos sólidos, que é uma discussão premente, tendo em vista ser fonte de inúmeros problemas socioambientais em todos os níveis local, regional e global.

2 DA MACRORRELAÇÃO AMBIENTAL DO CONSUMO

Ainda que por muitas ocasiões seu caráter seja simbólico, circunscrito de pouca efetividade, há que se destacar a evolução do arcabouço jurídico nacional na defesa destas duas figuras “vulneráveis”, o consumidor e o meio ambiente.

Independentemente, e não excluindo, suas relevâncias e aplicações dentro de seus microssistemas (Código de Defesa do Consumidor e legislações esparsas ambientais), este trabalho se propõe a evidenciar a chamada macrorrelação ambiental de consumo, sendo esta compreendida não somente no âmbito individualista e direto do consumo *stricto sensu*, mas também na dimensão coletiva, difusa, ampla, relacional e contextual que envolve os atos de consumo e as agressões ao meio ambiente (MORAES, 2013, p. 118).

Ora, se a consequência primeira do consumo é impacto ambiental, considerando que o meio ambiente é afetado para atender à demanda do mercado consumidor, e a consequência última do consumo é, também, o impacto ambiental, já que o resultado final do consumo é o resíduo, e o aumento de um implica no aumento do outro, a disposição final do resíduo gerado pelo consumo afeta diretamente o meio ambiente, razão pela qual não há como dissociar a relação entre ambos.

Acontece que a crescente quantidade de produtos pós-consumo, fruto do crescimento acentuado da produção diversificada, assim como da redução de sua vida útil — obsolescência programada — exaure os sistemas tradicionais de disposição final, provocando poluição por contaminação ou por excesso.

Neste sentido é que há que se destacar a importância da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010) que se constitui, sem dúvida, em um marco legal histórico de exigência constitucional, compartilhando a corresponsabilidade pela gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos entre os poderes estatais dos diferentes níveis federativos e entre os atores econômicos e sociais.

A partir do momento em que esta Lei estabeleceu como um de seus objetivos a não geração de resíduos⁵ e quando fixou a Logística Reversa⁶ como um dos instrumentos para se alcançar

qual negam estas ameaças afirmando a infalibilidade tecnológica frente às mesmas. (KALIL, Ana Paula Maciel Costa. Política Nacional de Resíduos Sólidos: o direito dos novos tempos. Curitiba: Juruá, 2015, p. 98).

⁵ Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: II - **não geração**, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;

⁶ Art. 8º São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros: III - a coleta seletiva, os sistemas de **logística reversa** e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

este objetivo, ela passou a interferir diretamente na sociedade de consumo ao vincular responsabilidades pelo ciclo de vida do produto, e a ensejar, ainda que em via transversa, o consumo consciente, uma vez que traz em seu bojo o conceito e o estímulo ao consumo sustentável⁷.

Segundo a própria Lei, em seu artigo 3º, inciso IV, ciclo de vida do produto “são as etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”.

Isso implica dizer que a responsabilidade socioambiental dos fornecedores e consumidores não se subsume apenas ao consumo em si. Passa-se, agora, e, ao menos em tese, a exigir um cuidado com toda a extensão do produto, questionando-se sua utilidade, validade, prestabilidade, necessidade, durabilidade, viabilidade e decorrente disposição final adequada.

A ausência da implantação e da execução de um sistema que garantisse esse cuidado com o pós-consumo, com os consequentes danos à vida urbana e ao meio ambiente, acabaram por induzir à sociedade a exigir a responsabilização das cadeias produtivas pelo equacionamento do retorno dos produtos.

Ainda que Paulo Valério Dal Pai Moraes (2013, p.115) se refira apenas à disposição final no que concerne à **vida do produto**, não tratando da primeira etapa que é a criação do próprio produto, suas considerações enredam as ideias aqui propostas:

Posso dizer com tranquilidade que o ciclo de vida do produto traz a lume o conceito de macrorrelação ambiental de consumo, esclarecendo que, enquanto não se extinguir a vida do produto com a sua ‘disposição final adequada’, o que envolve também a respectiva embalagem, estará ele (o produto) irradiando efeitos e, portanto, tais efeitos, quando venham a causar danos a alguém, no caso, consumidores coletivamente considerados, induzirão ao reconhecimento de que são aplicáveis as legislações atinentes ao Direito do Consumidor em combinação com as Leis Ambientais (MORAES, 2013, p. 115).

Isso evidencia que os problemas ambientais gerados pelo consumo massificado nessa sociedade de risco não decorrem apenas do consumo em si, ou seja, da relação direta do consumidor que compra e usa e do fornecedor que vende e entrega. Nessa macrorrelação é necessária uma observação dos atos de produção dos produtos e serviços como um todo, isto é, no âmbito do espaço coletivo que acontecem.

Estabelece-se, portanto, uma nova ordem prioritária no art. 9º da PNRS quando se fixa como meta primeira a “não geração de resíduos”. Ela, por sua vez, marca uma revisão radical do modelo de produção e consumo, um verdadeiro rompimento com o paradigma vigente da obsolescência programada que demandará, inexoravelmente, uma mudança estrutural neste sistema e nos hábitos de consumo.

A revolução é que a própria lei tratou de viabilizar esta prioridade mediante a Logística Reversa (art. 3º, XII; art. 333), ao instituir o lema “do berço ao berço”⁸, e não mais apenas a visão do “berço ao túmulo”, possibilitando a redução do volume de resíduo gerado.

A concepção “do berço ao berço” foi criada para designar que os projetos de produtos, assim como seus processos produtivos possam ser feitos de forma a possibilitar que todos os

⁷ Cf. “art. 3º. [...] XIII - padrões sustentáveis de produção e consumo: produção e consumo de bens e serviços de forma a atender as necessidades das atuais gerações e permitir melhores condições de vida, sem comprometer a qualidade ambiental e o atendimento das necessidades das gerações futuras”.

⁸ O conceito Cradle to Cradle ou do berço ao berço, foi cunhado em 2002 pelo arquiteto americano William McDonough e o químico alemão Michael Braungart cujas ideias foram resumidas no livro Cradle – Remaking the way we make things - publicado pela North Point Press. Em 2013, a obra ganhou edição em português, publicada pela Editora G. Gili, intitulada “Cradle to Cradle: criar e reciclar ilimitadamente”.

materiais utilizados para a fabricação do produto final sejam reaproveitados ou reutilizados em seu ou outro processo produtivo, após o seu descarte, o que estenderá a vida útil desses materiais, diminuindo a demanda por novos recursos naturais.

Neste sentido Patrícia Guarnieri (2011, p. 68-69) esclarece que:

[...] a logística reversa é totalmente compatível e atua no sentido de viabilizar a aplicação do modelo do berço ao berço, pois operacionaliza parte do que o modelo propõe: o retorno dos resíduos gerados nos processos produtivos e de vendas ao ciclo produtivo e/ou de negócios, analisando e implementando práticas que contribuam para a revalorização dos mesmos e preservação ao meio ambiente.

No entanto, para que a logística reversa se processe eficientemente é necessário que o produtor, distribuidor, varejista, consumidor final, coletor dos resíduos, selecionador, remanufaturador, reciclador, destinador final e o Estado estejam efetivamente envolvidos (LEITE, 2012, p. 346).

Vê-se, portanto, que a PNRS inova ao introduzir e disciplinar a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto no sistema de Logística Reversa, estabelecendo uma estratégia desafiante de conduzir a transição do controle passivo, com ordenamento jurídico protetivo/repressivo, para um controle ativo, com ordenamento promocional (BOBBIO, 2004, p. 367), imprescindível para incentivar e promover a transformação dos padrões insustentáveis para padrões sustentáveis de produção e consumo, baseando-se na cooperação, participação e mobilização sociais e na almejada construção da consciência e da cidadania ambiental.

Mesmo porque, conforme assinalam Leite e Ayala (2003, p. 88), há que se destacar a natureza dúplice do direito fundamental ao meio ambiente: na dimensão subjetiva que se refere ao direito da personalidade de proteção contra a degradação ambiental, direito este que pode ser exercido individual ou coletivamente, mas de forma solidária, por se tratar de um interesse difuso, daí porque se falar em “direito-função”; e na perspectiva objetiva que está ligado ao dever de proteção, cuja atribuição pertence ao Estado, a fim de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; promover o manejo ecológico, assim como o de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Todavia, esse dever não exclui a responsabilidade da coletividade, já que o dever de proteção é também solidário.

Percebe-se, desta forma, o surgimento de um novo consumidor que confere maior valor aos aspectos de sustentabilidade ambiental e social, exigindo um comportamento estatal, empresarial e social compatíveis com estas expectativas.

3 CONSUMO SUSTENTÁVEL E CONSUMIDOR PROATIVO

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a celeuma surgida a partir da publicação do Relatório *Os Limites do Crescimento* do Clube de Roma (THE CLUB OF ROME, 1968) em março de 1972, no qual demonstrou a contradição do crescimento ilimitado e irrestrito do consumo de material para atender ao mercado, em um mundo claramente finito de recursos, franqueou a discussão, que até os dias de hoje encontra-se aberta sobre o que é desenvolvimento sustentável, juntos ou apartados.

Em junho deste mesmo ano de 1972 aconteceu a 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, no qual foram debatidos temas relativos ao desenvolvimento, crescimento econômico e proteção ambiental. A partir de então, o debate sobre desenvolvimento ganhou a devida intensidade em escala global.

Posteriormente, no Relatório *Nosso Futuro Comum*, foi cunhado em 1987, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o conceito de desenvolvimento sustentável, como sendo aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades.

Muitas discussões, controvérsias, teorias e posicionamentos foram tomados a partir destas duas ideias (ou será uma?), mas o pano de fundo que circunda toda essa discussão é a constatação de que a sociedade de consumo tem se mostrado deletéria em vários aspectos, e em particular, nos efeitos do consumo sobre o meio ambiente.

Em resposta a esta preocupação, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro (Rio 92), foi aprovada, dentre outros documentos, a Agenda XXI, que abordou pela primeira vez, o tema “Mudança de Padrões de Consumo” no seu capítulo IV. Importante frisar que mesmo não sendo ela revestida pelo caráter da obrigatoriedade, ela foi “sancionada” pela comunidade internacional.

Seguindo este entendimento, Fátima Portilho (2010, p. 51) destaca que:

Apesar de todos os embates travados, os documentos produzidos durante esta conferência, especialmente a Agenda 21, a Declaração do Rio e o Tratado das ONG's, começam a apontar a responsabilidade dos estilos de vida e consumo, principalmente das populações dos países do Norte, pela crise ambiental, inaugurando o segundo deslocamento discursivo que se quer enfatizar nesta análise: dos problemas ambientais causados pela produção para os problemas ambientais causados pelo consumo.

Neste documento se admite que uma das principais causas da deterioração do meio ambiente está nos padrões insustentáveis de produção e consumo. Por isso incita uma mudança comportamental na forma de consumir e produzir, assim como propõe que os governos devam estimular os consumidores a buscarem informações sobre as consequências das opções e comportamentos de consumo, de modo a estimular a demanda e o uso de produtos ambientalmente saudáveis.

O documento recomenda, ainda, um esforço conjunto entre governo, indústria e sociedade em geral, para reduzir a geração de resíduos e de produtos descartados. Estimulando, já em 1992, as seguintes ações: a) reciclagem nos processos industriais e do produto consumido; b) redução do desperdício na embalagem dos produtos; c) introdução de novos produtos ambientalmente saudáveis.

Instaura-se, portanto, o consumo sustentável, que segundo Portilho (2010, p. 138), é aquele que deve satisfazer as necessidades materiais e não-materiais das presentes e futuras gerações sem causar danos irreversíveis ao meio ambiente ou perda de função de sistemas naturais, havendo, portanto, uma preocupação com as necessidades humanas, com a distribuição social e com as futuras gerações.

Entre a Agenda XXI e os dias atuais, várias foram as ações e políticas públicas implementadas e incentivadoras da prática do consumo sustentável, assim como tornou-se muito forte a atuação da sociedade civil organizada e ONG's ligadas a esta questão, a exemplo do Instituto Akatu⁹, Instituto Lixo Zero¹⁰, os e próprios programas e políticas desenvolvidas pelo Ministério do Meio Ambiente¹¹, que, segundo este último, o faz por meio do Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis, senão vejamos:

⁹ www.akatu.org.br

¹⁰ www.ilzb.org

¹¹ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

O Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis é uma ação do MMA que tem o objetivo de fomentar políticas, programas e ações que promovam a produção e o consumo sustentáveis no país.

Enfoca em seis áreas principais: Educação para o Consumo Sustentável; Varejo e Consumo Sustentável; Aumento da reciclagem; Compras Públicas Sustentáveis; Construções Sustentáveis e Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Esse último programa incentiva a incorporação de atitudes sustentáveis na rotina dos órgãos públicos do país.

Recentemente, no final de 2015, foram aprovados pela Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20) os “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS” que vieram substituir os “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM”, adotando a “Agenda 2030 – Transformando Nosso Mundo”, sendo anunciados 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, que entraram em vigor no dia 1º de janeiro de 2016 e orientarão as decisões a serem tomadas ao longo dos próximos quinze anos.

De acordo com José Eli da Veiga (2015, p. 23):

Sejam quais forem seus méritos e possíveis defeitos, além de reverterem o lado abstrato da noção de desenvolvimento sustentável, os ODS darão início a uma real aproximação das governanças do desenvolvimento e do meio ambiente, que permaneciam demasiadamente autônomos e distantes desde junho de 1972, quando o mundo começou a se dar conta do tamanho dessa encrua na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano.

Segundo o documento, os ODS e metas são integrados e indivisíveis, de natureza global e universalmente aplicáveis, tendo em conta as diferentes realidades, capacidades e níveis de desenvolvimento nacionais e respeitando as políticas e prioridades nacionais.

Ressalte-se que, em que pese vários objetivos tratem de maneira transversal da questão do consumo consciente e sustentável, o documento traz explicitamente em seu Objetivo 12 o escopo de “Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”, e em suas 11 metas, tratando especificamente da questão dos resíduos gerados pelo consumo.

Também se mostra essencial falar da Carta Encíclica *Laudato Si* — sobre o cuidado da casa comum, também publicada em 2015, na qual o representante máximo da Igreja Católica, o Beato Papa Francisco, suscita a todos os seres humanos, entre outras questões não menos importantes, da necessidade do cuidado com o meio ambiente, vinculando, em várias passagens da Encíclica, os problemas enfrentados na atualidade com os padrões insustentáveis de produção e consumo.

Ademais, importante destacar que em seu Capítulo I, a primeira questão suscitada foi a dos resíduos, tamanha é a dimensão dos dados decorrentes de sua destinação e disposição inadequada:

Devemos considerar também a poluição produzida pelos resíduos, incluindo os perigosos presentes em vários ambientes. [...] Estes problemas estão intimamente ligados à cultura do descarte, que afeta tanto os seres humanos excluídos como as coisas que se convertem rapidamente em lixo. [...] O sistema industrial, no final do ciclo de produção e consumo, não desenvolveu a capacidade de absorver e reutilizar resíduos e detritos. Ainda não conseguiu adotar um sistema circular de produção que assegure recursos para todos e para as gerações futuras e que exige limitar, o mais possível, o uso dos recursos não renováveis, moderando o seu consumo, maximizando a eficiência no seu aproveitamento, reutilizando e reciclando-os. [...] A humanidade é chamada a tomar consciência da necessidade de mudanças de estilos de vida, de produção e de consumo.

Portanto, consoante Efing e Serraglio (2016, p. 220-249), o consumo sustentável se tornará efetivo a partir da reinvenção de meios capazes de harmonizar a relação dos indivíduos com

o meio ambiente. Para isso, torna-se imprescindível que os consumidores assumam valores, como a responsabilidade, a solidariedade, a precaução e a participação, princípios esses que alicerçam o desenvolvimento sustentável.

Para Trajano (2011, p. 237-239), o consumo sustentável ainda se justifica no princípio da sustentabilidade, como princípio implícito de direito do consumidor decorrente da proteção da dignidade da pessoa humana e da cidadania, previstas no art. 1º, incisos II e III da Constituição Federal de 1988, e que traz a base para o consumidor realizar escolhas conscientes em termos de impactos socioambientais.

No entanto, mesmo diante de toda evolução, é preciso ter em mente que ainda estamos longe de uma solução satisfatória, principalmente considerando que muitas das ações e políticas têm se voltado às práticas de incentivo à reciclagem, como se esta fosse a panaceia para os problemas relacionados aos resíduos.

Há que se sobrelevar que, muitas das vezes, este tipo de ação está mais para um incentivo perverso ao consumo, que necessariamente ao consumo sustentável.

Até porque, a ênfase dada às políticas nas ações de reciclagem contraria a própria ordem de prioridades estabelecida pela PNRS, na qual a reciclagem aparece apenas em quarto lugar. A não geração é que se configura como prioridade máxima, o que exigirá, uma completa e absoluta reformulação do mercado, não só em relação ao design de produtos, mas da própria lógica da economia. Não é sem razão que todos os setores, tanto públicos, quanto privados passem ao largo desta prescrição.

Mas este é um caminho sem volta. Por mais que se busque contornar certas adequações irrefutáveis, chegará o momento de enfrenta-las. E uma das formas mais eficazes de se fazer esse enfrentamento é pela tomada de consciência do consumidor de seu poder de persuasão na mudança dos hábitos de consumo que forçarão, consecutivamente, a mudança nos padrões de produção.

4 CONSUMIDOR PROATIVO

No aspecto macro, muitas medidas estão sendo tomadas, ainda que paulatinamente. Mas no aspecto micro, caberá ao consumidor a tarefa essencial de, com sua atitude proativa, estimular e reverberar esta novidade que é a preocupação com a geração de resíduo, empenhando-se em reduzi-lo.

Não apenas medidas governamentais e da comunidade internacional são importantes, mas são igualmente decisivos os hábitos e as escolhas dos consumidores, principalmente considerando a força da mídia social que espalha, numa velocidade jamais experimentada, informações que podem ser fatais ao sucesso de algum produto ou serviço.

Partindo de gestos bastante simples, como a providência de, ao comprar, recusar ou evitar a enorme quantidade de embalagens que costumeiramente são utilizadas para proteger e transportar qualquer produto, ou mesmo escolher um produto retornável, percebe-se que o poder de escolha do consumidor tem força vinculante.

Segundo Oscar Ivan Prux¹², o consumidor proativo busca se informar, reflete para se conscientizar, esforça-se para disciplinar seus hábitos e labora para apoiar e dar preferência a produtos e serviços de qualidade voltados ao consumo sustentável, utilizando produtos de empresas cujos processos produtivos sejam ambientalmente responsáveis, além de consumirem menos energia e que conduzam para a menor quantidade de resíduo final. Não comprar o que contribui para esta poluição, é a melhor estratégia para chegar-se a uma boa solução.

O Instituto Akatu¹³ nos informa que consumo consciente é aquele que se leva em consideração os impactos causados pelo consumo, o qual pode ser resumido em três máximas: a) consumir diferente: em que o consumo não é um fim em si mesmo; b) consumir solidariamente: buscando o bem-estar da sociedade e do meio ambiente; c) consumir sustentavelmente: deixando um mundo melhor para as próximas gerações.

Mas para se praticar o consumo consciente é essencial que a sociedade seja mais e melhor informada, sob pena de se inviabilizar tal prática. Nestes termos Efing (2002, p. 91) complementa que:

O princípio da informação pode ser interpretado de várias formas, todas elas percuientemente alentadoras da efetivação dos interesses do consumidor. Seja a informação de cunho educacional, no sentido de conscientização dos consumidores acerca da busca de seus interesses, ou em relação à informação sobre os produtos e serviços colocados à disposição no mercado de consumo, bem como informações específicas que influenciem em relações de consumo coligadas.

Não é sem razão que a PNRS estabelece como um de seus princípios, o direito da sociedade à informação e ao controle social (art. 6º, X).

De posse de informações relevantes e fidedignas, o consumidor pode, por meio de suas escolhas, buscar maximizar os impactos positivos e minimizar os negativos de seus atos de consumo e desta forma contribuir ativamente com seu poder de escolha para transformar a sociedade de hiperconsumo em uma sociedade sustentável. Praticar consumo consciente consiste numa atitude de liberdade de escolha e de protagonismo da própria existência.

CONCLUSÃO

Neste contexto, pode-se concluir o quanto se revela fundamental a instituição de políticas públicas, como a Política Nacional de Resíduos Sólidos que, por seus mecanismos, como a logística reversa, entre tantos outros, inaugura um novo modelo de gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos que, mais que solucionar o problema da disposição final adequada, intenta educar para o consumo, incentivando e até instruindo os consumidores a respeito das características e peculiaridades dos produtos e serviços, capacitando-os para uma postura proativa de exercício dessa faceta da cidadania, tornando-os cada vez mais conscientes.

Trata-se, efetivamente, de uma mudança de paradigma em que indivíduo/consumidor e comunidade se veem como inter-relacionados e interdependentes na busca pela concretização de uma vida humana digna e com qualidade ambiental a todos os seus membros. Para tanto, abandona-se o controle eminentemente passivo, em que as obrigações de proteção eram apenas do Estado, para o controle ativo exercido por meio da responsabilidade compartilhada entre Estado e sociedade. Este modelo se propõe a promover a transformação dos padrões insustentáveis para

¹² Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/colunistas/direito-consumidor/41414/A+EDUCA-CAO+DO+CONSUMIDOR+PRO+ATIVO+EM+PROL+DO+CONSUMO+SUSTENTAVEL>>. Acesso em: 13 de jun. 2016.

¹³ Disponível em: www.akatu.org.br. Acesso em: 13 de jun. 2016.

padrões sustentáveis de produção e consumo, com base na cooperação, participação e mobilização sociais para a construção da consciência e cidadania ambiental.

Para tanto, a todo tempo, o consumidor precisa ser informado e educado para compreender os processos de produção, de comercialização e as naturais consequências do consumo.

É a consagração da transversalidade do ambiente sobre as relações de consumo ou a macro-relação ambiental de consumo, onde se busca uma ponderação ecológica de interesses na busca do consumo sustentável.

O consumidor, então, deixa de exercer apenas um papel passivo para atuar ativamente nas decisões do mercado ao refletir responsabilmente sobre os produtos e serviços que adquire.

A escolha consciente do consumidor abrange os aspectos socioambientais dos produtos e serviços dispostos no mercado, quais sejam, a opção de compra daqueles que verdadeiramente revelem menor potencialidade de geração de danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Abre-se, portanto, a possibilidade de organizar um processo de produção a partir do desenvolvimento de forças ecológicas e das tecnologias sociais de produção que estão mais comprometidas com a satisfação das necessidades básicas e com a qualidade de vida das pessoas, a partir de um consumo cada vez mais consciente.

REFERÊNCIAS

- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- _____. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Traduzido por Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- FERNANDES, Valdir; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce. Problemática ambiental ou problemática socioambiental?: a natureza da relação sociedade/meio ambiente. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, n. 18, p. 87-94, jul./dez. 2008.
- FERREIRA, Helene Sivini. **A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco**. 2008. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.
- EFING, Antônio Carlos. **Direito das relações contratuais** 1. Curitiba: Juruá, 2002.
- _____; SERRAGLIO, Diogo Andreola. O direito do consumo voltado à sustentabilidade: uma análise a partir da carta encíclica Laudato Si' sobre o cuidado da casa comum. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 220-249, jan./jun. 2016.
- GUARNIERI, Patrícia. **Logística reversa: em busca do equilíbrio econômico e ambiental**. 1. ed. Recife: Clube de Autores, 2011.
- LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes**. Tradução de Silvana Coucci Leite. São Paulo: Cortez, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Paulo Roberto. Logística reversa na atualidade. In: JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (Eds.). **Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos**. Barueri: Manole, 2012, (Coleção Ambiental).

LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter I. **A construção social da realidade**. Petrópolis: Vozes, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Macrorrelação ambiental de consumo**: responsabilidade pós-consumo ou relação coletiva de consumo?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MOROZINI, Fábio Costa; BARBOSA, Fernanda Nunes. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2010.

TRAJANO, Fábio de Souza. O princípio da sustentabilidade como princípio fundamental constitucional e das relações de consumo. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, Bonijuris, n. 3, v. 1, p. 237-239, set. 2011.

VEIGA, José Eli da. **Para entender o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora 34, 2015.

UMA REVIRAVOLTA NO DIREITO PROTETIVO: A NOVA CURATELA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Flávia Balduino Brazzale

Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil.

fla_brassal@hotmail.com

Rosalice Fidalgo Pinheiro

Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao PPGD da UFPR. Professora de Direito Civil da UFPR. Professora do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil.

rosallice@gmail.com

RESUMO: Com base na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a Lei 13.146/2015 operou uma ruptura na teoria das incapacidades do Código Civil, tornando a pessoa com deficiência plenamente capaz para prática de atos da vida civil. Verificou-se, então, uma reviravolta do direito protetivo, ensejando um a nova curatela que adquire caráter excepcional e restrito aos atos patrimoniais do curatelado. Para os direitos existenciais, a regra passa a ser a capacidade de exercício. Indaga-se, entretanto, se esta característica também se aplica à pessoa que não possui qualquer discernimento. Com fundamento no marco teórico de Pietro Perlingieri, conclui-se que a Lei 13.146/2015 permite ao juiz fixar poderes mais amplos ao curador, abrangendo atos existenciais. Trata-se da funcionalização da curatela ao livre desenvolvimento da personalidade do curatelado. Para tanto, o trabalho utiliza-se do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, dividindo-se em duas partes: a primeira identifica uma ruptura da teoria das incapacidades pela Lei nº 13.146/2015, e a segunda delinea a funcionalização da curatela em face da pessoa com deficiência.

PALAVRA-CHAVE: Pessoa com deficiência; Direitos fundamentais; Curatela; Funcionalização.

A reversal in the protective law: the new guardianship and a disabled person

ABSTRACT: Based on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Law 13,146 / 2015 operated a break in the theory of disability of the Civil Code, making the person fully capable disabilities to practice acts of civil life. There was then a twist of protective law, urging a new trusteeship acquiring exceptional character and restricted to property of guardianship acts. For the existential rights, the rule becomes the exercise capacity. Asks is, however, whether this feature also applies to the person who has no discernment. Based on the theoretical framework of Pietro Perlingieri, it is concluded that the Law 13,146 / 2015 allows the judge set wider powers to the curator, covering existential acts. This is the functionalization of trusteeship the free development of the personality guardianship. Therefore, the work is used the deductive method and bibliographic research procedure, divided into two parts: the first identifies a break from the theory of disabilities by Law No. 13,146 / 2015 and the second outlines the functionalization of trusteeship in face of the disabled person.

KEYWORDS: Disabled Person; Fundamental Rights; Guardianship; Functionalization.

Recebido em: 5 out. 2016. Avaliado em: 15 e 16 nov. 2016.

INTRODUÇÃO

Recentemente, um juiz do Estado de Santa Catarina negou a interdição de um jovem com Síndrome de Down, que houvera sido pleiteada liminarmente pelos seus genitores sob a justificativa de garantir-lhe sua proteção patrimonial (WISBECK et al., 2015). O magistrado justificou sua decisão, afirmando que “deficiência não é incapacidade”, justificando que os “[...] detentores da Síndrome de Down tem tido grande progressão na capacidade cognitiva, podendo concluir seus estudos, trabalharem e até casar” (BRASIL, 2016). Trata-se, ainda, de romper compreensões estigmatizadas acerca das pessoas com deficiência, exigindo-se que a sociedade entenda que “diferença não é sinônimo de incapacidade” (BRASIL, 2016).

Essa decisão coloca-se em um conjunto de alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, recentemente promulgado pela Lei 13.146/2015, promovendo uma ruptura no regime das incapacidades estabelecido nos artigos 3º e 4º do Código Civil. A pessoa com deficiência psíquica ou intelectual passou a ter assegurado o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, promovendo “uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades” (MENEZES, 2015, p. 4).

Na esteira da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a Lei 13.146/2015 rompe com o paradigma paternalista de proteção em favor do paradigma da “autonomia do sujeito com deficiência” (MENEZES, 2015, p. 13). Por conseguinte, este não está mais sujeito à interdição, apenas a mecanismos de apoio que lhe garantam o direito de decidir, sob os contornos da “tomada de decisão apoiada”. A curatela, por sua vez, é relegada a um caráter excepcional, ensejando uma releitura de sua disciplina jurídica presente no Código Civil e no Código de Processo Civil. Trata-se de uma nova curatela, que se restringe aos atos patrimoniais, não podendo afetar os atos existenciais da pessoa com deficiência.

Diante dessas alterações, questiona-se como proteger a pessoa com deficiência que não tenha discernimento para decidir acerca de seus atos existenciais. A indagação sobre a efetiva aplicação de um regime de curatela diferenciado em prol destes indivíduos bem como, quanto à necessária ruptura com a norteadora concepção patrimonialista deste instituto problematizarão o presente estudo, delineando sua funcionalização. Para tanto, seguir-se-á, notadamente, o marco teórico de Pietro Perlingieri, que atenta para a impossibilidade de reduzir a curatela à mera administração dos bens do curatelado, depositando na “realização do pleno desenvolvimento da pessoa” a chave de sua leitura (2008, p. 781). Também foi consultada a doutrina nacional mais recente sobre o tema, destacando-se Ana Carolina Brochado Teixeira, Joyceane Bezerra de Menezes, Judtith Martins-Costa, Nelson Rosenvald e Rafael Garcia Rodrigues.

O trabalho segue o método dedutivo e o procedimento de pesquisa bibliográfico, uma vez que parte da construção e crítica da teoria das incapacidades para associá-la à funcionalização da curatela na Lei nº 13.146/2015. O plano de trabalho foi dividido em duas partes: a primeira trata da teoria das incapacidades, delineando sua construção teórica e crítica, para identificar, posteriormente, sua ruptura no Código Civil. A segunda parte relaciona a funcionalização da curatela à pessoa com deficiência, concluindo por sua utilização para a prática de atos existenciais, quando há completa falta de discernimento do curatelado.

1 A TEORIA DAS INCAPACIDADES E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1 Construção e crítica da teoria das incapacidades

A capacidade é uma construção teórica que remonta à concepção abstrata de sujeito de direito da Modernidade. Trata-se, ainda, do elemento comum, identificado por Jean Domat, no século XVII, que tornou possível considerar o homem como uma categoria universal, em oposição aos elementos de especificação que designavam o *status* do indivíduo no particularismo jurídico do Medievo (MARTINS-COSTA, 2009, p. 310). Posteriormente, essa concepção de pessoa foi arrematada por Savigny, no século XIX, ao considerá-la como mero elemento da relação jurídica, distinguindo capacidade de direito e capacidade de fato. Por outras palavras, não passaria de mero conceito técnico; a aptidão para ser titular de relações jurídicas, identificando personalidade e capacidade.

No fundamento desta concepção de capacidade está uma racionalidade abstrata, necessária ao tráfego de bens do capitalismo industrial nascente, conferindo contornos de impessoalidade e massificação às relações negociais. É o que afirma Judith Martins-Costa (2009, p. 313):

O que se requeria era um instrumental apto a conferir segurança às transações, afastando dos riscos do mercado, da assunção de dívidas e da disposição sobre patrimônios às pessoas inaptas para assumir responsabilidade patrimonial: os loucos, as crianças e os adolescentes, os surdos-mudos incapazes de exprimir vontade. Uma noção formalizada e abstrata de pessoa aliada à distinção entre uma capacidade geral (ser sujeito de direitos) e uma específica (agir na ordem civil, basicamente na ordem econômica juridicamente regrada, como o mercado) era, então, ideologicamente inevitável.

Eis o significado da concepção de capacidade acolhida pelas codificações modernas, das quais o Código Civil brasileiro de 1916 se fez depositário: a possibilidade de exercício da liberdade econômica. Se por um lado, conceituar as pessoas deste modo tecnicista garantiria a possibilidade de todos serem proprietários e contratantes, inserindo-os no tráfego econômico, por outro, implicaria na desconsideração sobre as particularidades que poderiam acometer de modo específico cada indivíduo no desempenho dos seus atos volitivos. Se a capacidade civil está compreendida apenas como “requisito de relações jurídicas abstratamente consideradas”, logo, a definição e consideração sobre incapacidade civil passou a ser descrita pelo legislador de forma abstrata e distante do sujeito real (MEIRELLES, 2008. p. 600).

Acompanhando o típico caráter generalizador que as codificações do século XIX, o Código Civil Brasileiro de 1916 obedeceu fielmente este critério ao preceituar dentre o rol dos absolutamente incapazes qualquer um que pudesse se enquadrar na expressão “loucos de todo o gênero”. Ora, como estabelecer um parâmetro suficientemente preciso para identificar determinado indivíduo como absolutamente incapaz dentro de tamanha amplitude que referida terminologia pudesse alcançar?

Com o intuito de proteção ao patrimônio e não ao próprio indivíduo incapaz (por questões patológicas ou de qualquer outra ordem), delinea-se o regime das incapacidades no Código Civil de 1916. Por esta, o não enquadramento de um sujeito aos padrões legais que pudessem conferir-lhe o papel de boa gerência de seus interesses patrimoniais seria o bastante para buscar sua interdição com o propósito de proteger seu patrimônio (MEIRELLES, 2008. p. 602). A identificação social que se obtém a partir da codificação em comento, resume-se ao reflexo de uma “sociedade intolerante com as fraquezas pessoais” (MEIRELLES, 2008. p. 602). Para Jussara Meirelles (2008. p. 603), sempre que houvesse

[...] sentimentos, emoções, transtornos afetivos, alterações de comportamentos que demonstrassem a vida diversificada pulsante em cada indivíduo, mas que não se adequassem ao modelo típico do pressuposto **agente** comado ao requisito **capaz**, deveriam tomar rumo diverso, via interdição, para que a subjetividade categorizada fosse mantida.

O regime das incapacidades torna-se objeto de crítica, fundamentando-se no fato que a proteção conferida ao sujeito incapacitado se perpetuou apenas e tão somente em prol daquelas “situações providas de conteúdo patrimonial” (RODRIGUES, 2002, p. 23). Considerando o lugar de centralidade ocupado pelo patrimônio nesses ordenamentos jurídicos, a liberdade expressa pela autonomia privada era essencialmente econômica, e as restrições representadas pelo regime das incapacidades a esta liberdade colocavam em jogo tão somente os interesses patrimoniais. É o que afirma Ana Carolina Brochado Teixeira (2008, p. 10):

A incapacidade de agir está circunscrita ao elemento patrimonial, concepção esta que é fruto de uma tradição em que advertem os influxos de uma elaboração científica de séculos, que não aproxima a capacidade de agir dos direitos do homem, mas sim, da realização de negócios e para a tutela da relação contratual. Numa antiga concepção, os atos de autonomia privada, para o qual era necessário ser capaz, eram tidos como expressão do direito de propriedade e do tráfego comercial. Todavia, hoje, a tutela da pessoa não pode se exaurir apenas na esfera patrimonial.

Somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o “novo humanismo” que ela inaugura, sob a influência do Segundo Pós-Guerra, faz-se uma releitura destes códigos a partir de princípios constitucionais que delineiam um conceito axiológico de pessoa. O reconhecimento a partir de então, passa a ser do homem de carne e osso e não mais do sujeito de direito abstrato, permitindo-se ater sobre as diferenças entre as pessoas e, por consequência sobre as incapacidades. Surge assim a necessidade de se chegar à resposta sobre quem é o sujeito incapaz.

Altera-se o diploma civilista pelo Código Civil de 2002 e a expressão “loucos de todo gênero” é desconsiderada em favor da “cláusula genérica da falta de discernimento” (MEIRELLES, 2008. p. 603). Neste sentido, a falta ou redução do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil passa a ser permissivo à interdição do indivíduo, mas agora devendo estar fundamentada em provas periciais que atestam sua falta de capacidade para defender seus próprios interesses e que legitimam a concessão de um curador.

Há uma superação parcial da racionalidade abstrata moderna em favor de uma racionalidade concreta capaz de albergar “formas intermediárias de capacidades”, amparadas na ausência ou redução do discernimento (MARTINS-COSTA, 2009, p. 319). Segundo Judith Martins-Costa (2009, p. 319), torna-se possível uma reconstrução conceitual da teoria das incapacidades, resultante de uma exigência interpretativa de atualização dos valores pressupostos à lei, que se refletem na investigação de sua finalidade. Em atenção a essa ideia, a Lei nº 13.146/2015 operou uma intervenção “qualitativamente diversa” na teoria das incapacidades (ROSENVALD, 2016, p. 25), pelo abandono de um conceito médico e fechado de pessoa com deficiência em favor de um conceito social e aberto. Por outras palavras, o conceito de incapacidade é deslocado de uma perspectiva individualista, que reside na insuficiência psíquica ou intelectual da pessoa, para uma perspectiva solidarista, que reside nas barreiras sociais que impedem a pessoa de expressar sua vontade. É o que adiante se expõe.

1.2 Uma ruptura na teoria das incapacidades: a pessoa com deficiência

Não obstante, a Constituição da República de 1988 tenha estabelecido algumas normas¹ sobre a pessoa com deficiência, não a definiu. Isto favoreceu o acolhimento dos paradigmas médicos em sede de legislação infraconstitucional, por meio do Decreto nº 3.298/99 e Decreto nº 5.296/2004, para defini-la².

O modelo médico enquadrava a pessoa com deficiência a partir de sua correspondência aos termos legislativos do Dec. 3.298/99. Assim, esta conceituação se limitava a conferência sobre as alterações de saúde (física ou mental) do indivíduo o que, por um lado traria maior segurança ao aplicador da norma jurídica, mas, por outro, criaria um elevado risco de não se tutelar sujeito diverso que, embora necessitado, não preenchesse os preceitos formais.

A falta de uma definição ampla, que permitisse a inclusão de todos os que fizessem *jus* à proteção legal, foi suprida pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas promulgada pelo Decreto Legislativo 186 de 09.07.2008, e ratificada pelo Decreto 6.949 de 25.08.2009³. Com caráter inovador e de força de emenda à Constituição (art. 5, § 3º, Constituição da República de 1988) ela estabeleceu o conceito de pessoa com deficiência em seu artigo 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interações com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Líliá Pinto Martins (2008, p. 28) assevera que esta compreensão que “traduz a noção de que a pessoa, antes de sua deficiência é o principal foco a ser observado e valorizado, assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre

¹ Pode ser citado da Constituição da República de 1988 o art. 7º, XXXI (vedando-se a discriminação no mercado de trabalho), art. 37, VIII (reserva de percentual de cargos e empregos públicos), art. 40, §4º, I e 201, §1º (adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria), art. 203, IV (prestação de assistência social em prol de habilitação e reabilitação), entre outros.

² O art. 5 do Decreto n. 5.296/2004 considerava nestes termos a pessoa como portadora de deficiência: § 1º Considera-se, para os efeitos deste Decreto: I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei nº 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção. (BRASIL. Dec. nº 5.296, de 02 dez. 2004. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000 e 10.098, de 19 de dezembro de 2000 e dá outras providências).

³ Referida convenção veio a ser aprovada no direito brasileiro pelo Decreto nº 186/2008, e após ter sido votado pelo quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional e em dois turnos, recebeu status hierárquico de emenda constitucional nos termos do art.5º, §3º da CF/88, sendo na sequência ratificada e promulgada por meio do Decreto nº 6949/2009, pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

sua própria vida”. Assim, esta nova compreensão introduz no Direito brasileiro a identificação da pessoa com deficiência pelo acolhimento de um critério social que permite ao interprete contextualizar as situações reais submetidas à apreciação (ARAÚJO; MAIA, 2014, p. 169). Trata-se de dizer: o reconhecimento de uma pessoa com deficiência ultrapassa o olhar sobre suas próprias condições limitativas e exige que se enxergue se esta limitação é impeditiva de ultrapassar as barreiras existentes na sociedade em que convive.

A obediência a esse conceito inovador e, constitucional, de pessoa com deficiência exposto pela Convenção, passa a ser exigida de todos os poderes estatais. Eis que esta obrigatoriedade está apoiada no reconhecimento da supremacia da Constituição, e da função tipicamente conferida ao Poder Legislativo na criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência dentro destes ditames constitucionais. A Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, baseada na Convenção, igualmente define a pessoa com deficiência em seu artigo 2º:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esta postura, que agora resta legislada, obriga que a hermenêutica jurídica, que tradicionalmente se pautava em criar situações abstratas nas quais a realidade deveria se encaixar, dê espaço para o reconhecimento de um novo contexto no qual está inserida a pessoa com deficiência. Isso é o que se extrai das exigências do parágrafo 1º do artigo 2º do Estatuto:

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades; e
- IV - a restrição de participação⁴.

O ponto de partida do interprete será a norma acima descrita, mas sua função não se limitará em descrever os significados e, sim, ir além reconstruindo seus sentidos. Logo, não se pode falar em interpretação desvinculada da observação dos significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso e do mesmo modo, no que diz respeito à necessidade de análise do próprio contexto social preexistente (ÁVILA, 2008, p. 31-32). Por conseguinte, a concretização das normas instituídas no estatuto da pessoa com deficiência, como força de transformação da realidade, está condicionada à sua interpretação como um dos seus elementos mais importantes. A interpretação realizada deve ir além, não podendo se conceber o processo, bem como a “tarefa da realização do direito normativamente vinculado como uma mera reelaboração de algo já efetuado” (MÜLLER, 2005, p. 47).

Trata-se de um conceito aberto. A pessoa com deficiência não pode mais ser reconhecida por um olhar prévio e limitado às suas restrições físicas ou mentais, mas pelo confronto do en-

⁴ Lei nº 13.146/2015. Art. 2º: Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

torno em que habita, de tal modo a responder se aquela limitação pessoal é impeditiva de ultrapassar as barreiras externas existentes na sociedade onde convive. As barreiras externas em comento referem-se a todo e qualquer impedimento que acarrete o agravamento para a pessoa com deficiência exercer “sua participação social, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros” (MENEZES, 2015, p. 10). Por isso, a observância legal que passa a ser aplicada, traz por força obrigatória a superação daquele conceito fechado que até então caracterizava a deficiência como doença pela qual, limitava-se tão apenas a um aspecto intrínseco da pessoa que a intitularia como sujeito incapaz em maior ou menor grau.

Como reflexo dessa concepção, assiste-se a uma ruptura na teoria das incapacidades. O Estatuto da Pessoa com Deficiência retira a pessoa com deficiência da condição de incapaz, ao revogar os incisos I, II e III do art. 3º, e os incisos I e IV do art. 4º do Código Civil. Na identificação do sujeito absolutamente incapaz ela não mais se inclui, restringindo-se as hipóteses de representação para os menores de 16 (dezesseis anos). Por conseguinte, a deficiência não é mais critério da incapacidade absoluta, emancipando-se a pessoa com deficiência. A identificação dos relativamente incapazes, por sua vez, também sofreu alteração incidindo a necessidade de assistência para os menores entre 16 e 18 anos; ébrios habituais e os viciados em tóxico; ao que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, restando o pródigo que se perpetuou neste rol.

Em lugar de uma racionalidade abstrata na apreensão do sujeito de direito, o Estatuto rende-se a uma racionalidade concreta, que deixa de atribuir a incapacidade a situações previamente estabelecidas em favor da condição concreta do sujeito de direito. Trata-se de um “raciocínio atento às singularidades da pessoa” em interação com o seu contexto social que propicia sua “capacidade para consentir” (MARTINS-COSTA, 2009, p. 324).

Torna-se insustentável a ideia sobre a capacidade jurídica como condição atrelada primordialmente ao desempenho do direito patrimonial, pois “...é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano.” (RODRIGUES, 2003, p. 25) Considerando que a delegação de todo poder de escolha a um representante, poderia se configurar em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico resultaria em excesso de proteção, capaz de “...redundar na verdadeira supressão da subjetividade deste, na medida em que decisões sobre o desenvolvimento de sua própria personalidade fiquem a cargo de terceiros.” (RODRIGUES, 2003, p. 26)

A doutrina mais recente aponta o erro de um regime que resguarda o incapaz somente da prática de atos de natureza patrimonial (TEIXEIRA, 2008, p. 3-36; RODRIGUES, 2003, p. 24). Proclama-se a releitura do regime das incapacidades quando estiverem em jogo interesses existenciais, em razão de seu perfil funcional (TEIXEIRA, 2008, p. 3-36; RODRIGUES, 2003, p. 24). Neste sentido, afirma Rafael Garcia Rodrigues (2003, p. 24):

A presunção da falta de discernimento ou compreensão, que justifica o tratamento como incapaz, é impreciso e imperfeito ao tratamento de atos patrimoniais, uma vez que desloca a realização de tais atos à vontade de um representante ou assistente, assim como assemelha em categorias genéricas como a de deficiente mental, o paranoico, o portador de síndrome de Down ou de Alzheimer entre outros, desconsiderando a diferença existente entre tais indivíduos. Muito mais angustiante é, no entanto, quando se tratam de situações de cunho existencial, como o tratamento sanitário, a disposição corporal, o método educacional... que ocupam preocupação central em um ordenamento jurídico voltado à realização da pessoa, como o nosso; por certo que não se pode desprezar ou desqualificar o valor jurídico da vontade dos incapazes em tais casos.

Judith Martins-Costa (2009, p. 321), por sua vez, ressalta a insuficiência da capacidade negocial tradicionalmente construída para as situações patrimoniais para atos existenciais. Ao consagrar expressamente que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”, em seu artigo 6º, o Estatuto reconhece a incidência da capacidade plena de consentir às pessoas sujeitas à sua proteção e que estejam aptas a declarar sua vontade. Eis que garante expressamente à pessoa com deficiência o direito de se casar e constituir união estável, exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos, ter acesso às informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, exercer o direito à convivência familiar e comunitária, o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção. Para tanto, dissipa-se a distinção entre titularidade e possibilidade de exercício de direitos, em conformidade com a crítica delineada por Pietro Perlingieri (2002, p. 118):

Para os interesses patrimoniais é ainda justificável isolar o momento da titularidade do direito (isto é, fruição) daquele da sua atuação (isto é, exercício); o mesmo não ocorre para os interesses existenciais. Se tais direitos, mais que outros, são concebidos aos fins de desenvolvimento da pessoa humana (2º e 3º Const.), não tem sentido reconhecer (abstratamente) um destes sem conceder também a possibilidade de exercê-lo. A observação diz respeito, não tanto às situações definidas como direitos personalíssimos [III, 1 sgs.], mas ainda atos ou negócios que não representam o exercício [IV, 67 sgs.], e os numerosos direitos e liberdades fundamentais consagrados pela Constituição.

Esse repensar da teoria das incapacidades (RODRIGUES, 2003, p. 24) proíbe a discriminação e garante a igualdade quanto ao exercício de seus direitos patrimoniais como extrapatrimoniais (artigo 4º). Trata-se da substituição de um paradigma paternalista de proteção da pessoa com deficiência, para delinear sua autonomia, reconhecendo-lhe a condição de “sujeito de sua própria história” (MENEZES, 2015, p. 11). Esta autonomia fundamenta-se no respeito à capacidade de agir, permitindo a pessoa conduzir sua existência de modo íntegro e autêntico, de acordo com sua percepção individual (MENEZES, 2015, p. 11), em atenção ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Por conseguinte, a intervenção na autonomia da pessoa com deficiência somente é possível de acordo com o seu grau de discernimento e o devido processo legal. Para tanto, o Estatuto prevê a “tomada de decisão apoiada” e a curatela como medida excepcional.

2 A FUNCIONALIZAÇÃO DA CURATELA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 A nova curatela no Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência estabelece em seu artigo 12, item 4, que “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam **salvaguardas** apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos...”. Esta prerrogativa resume-se na autorização que cada Estado recebe para criação de ferramentas capazes de melhor tutelar a pessoa com deficiência no exercício de sua capacidade civil (MENEZES, 2014, p. 5).

Na esteira da Convenção, a Lei nº 13.146/2015 rompe a exclusividade da curatela para ceder espaço a outro mecanismo de direito assistencial: a “tomada de decisão apoiada”. Trata-se de um mecanismo de aconselhamento, que ocorre por meio de procedimento de jurisdição voluntária: a pessoa com deficiência poderá indicar 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais possua aproximação e sejam de sua confiança, para orientá-la acerca daquilo que seja o melhor a ser

resguardado para si sobre os atos patrimoniais e extrapatrimoniais de sua vida civil. Referida medida promove a autonomia da pessoa com deficiência e passa a enaltecer o respeito e concretização de suas vontades sempre que puderem ser exprimidas.

Por esta razão o Estatuto desenha um novo modelo jurídico de curatela que deixa de ser a regra das medidas assistenciais e passa à aplicação residual, sendo possível identificar, segundo Nelson Rosenvald (2016, p. 12), a “deficiência sem curatela e a deficiência qualificada pela curatela”. A primeira ocorre nos casos em que a pessoa consegue se autodeterminar, por meio da “tomada de decisão apoiada”, a segunda exigindo do ordenamento jurídico uma proteção mais densa, por meio do devido processo legal da curatela (ROSENVOLD, 2016, p. 18).

Nos termos da redação originária do artigo 1.772 do Código Civil, a curatela determinaria a substituição da vontade do curatelado pela vontade do curador, em casos de incapacidade absoluta, e teria seus limites definidos pela sentença judicial apenas em casos de incapacidade relativa. Eugênia Augusta Gonzaga lança suas críticas a esse binômio que está na base da curatela codificada, asseverando que o processo de interdição sempre incidiu sobre a pessoa com deficiência de forma absoluta, resultando na desconsideração plena da pessoa do interditando cuja vontade seria substituída pela do seu curador. E nem mesmo os casos de interdição parcial assegurariam a autonomia da vontade da pessoa com deficiência, pois ela permaneceria condicionada à intervenção assistencial de seu curador como instrumento de validação de seus atos (GONZAGA, 2014, p.88).

A curatela é, então, mitigada como mecanismo de substituição da vontade do curatelado em favor de sua autodeterminação, delineando-se um novo desenho conformado ao princípio da proporcionalidade, como expressa a Convenção:

[...] as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial....⁵

Nelson Rosenvald (2016, p. 16) deposita na trilogia “necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade” o fundamento da curatela estatutária. Delineia-lhe como características a “a) a necessidade da curatela respeitar os direitos, as vontades e preferências da pessoa humana, sendo proporcional e apropriada às suas circunstâncias; b) a restrição à capacidade deve se dar pelo período mais curto possível; c) a necessidade de submissão da curatela a uma revisão regular, independente e imparcial”.

Nos termos do artigo 84 da Lei 13.146/15, exclui-se a hipótese de interdição ampla e total sobre os atos da vida civil do curatelado para passar como regra à medida assistencial comedidamente aplicável as circunstâncias de cada caso durante o menor tempo possível. O § 3º deste artigo ainda confere ao magistrado o dever de traçar os limites proporcionais às necessidades e às circunstâncias de cada caso que melhor atendam ao curatelado por meio da imposição de deveres ao curador, que preferencialmente deverá ser sujeito que possua vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. O Estatuto introduziu o artigo 1.775-A ao

⁵ Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU. ART. 12, Item 4: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”.

Código Civil, conferindo, ainda, ao magistrado a possibilidade de estabelecer a atribuição de curador da pessoa com deficiência para mais de uma pessoa, estabelecendo uma curatela compartilhada.

Alterações materiais e processuais foram implementadas para unir fundamento e procedimentos que garantam acima de tudo a proteção da pessoa com deficiência como titular de direitos fundamentais: amplia-se o rol dos legitimados para propositura do processo que definirá os termos da curatela (incluindo a própria pessoa incapacitada, artigo 1.768 do Código Civil, o companheiro, qualquer parente e o representante da entidade em que se encontra abrigado o ‘interditando’, artigo 747 do Código de Processo Civil); a pessoa com deficiência será citada para que compareça em juízo não mais para ser interrogada, mas para ser entrevistada acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos, artigo 1.181 do Código de Processo Civil; deverá haver uma avaliação sobre a capacidade da pessoa com deficiência que poderá ser realizada por equipe multidisciplinar que indicará especificadamente os atos sobre os quais a curatela deverá incidir, artigo 753 do Código de Processo Civil, bem como poderá ulteriormente ser nomeada para proceder a exame em prol de pedido de levantamento da curatela que poderá inclusive, ser realizado pelo próprio “interdito”, artigo 756, § 1º do Código de Processo Civil.

Os preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente, no artigo 12, passaram a exigir não só novas disposições normativas, mas a releitura das já existentes. Por esta razão, a aplicação da curatela é medida submetida também aos ditames recentemente alterados do Código Civil, do novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), cuja interpretação deverá se dar em conformidade com a Convenção, dada sua força normativa hierarquicamente superior. O novo Código de Processo Civil buscou um “formato de curatela mais humanizado” (MENEZES, 2015, p. 15), mas passível de crítica, porque ainda se reporta aos conceitos de interdição, interdito e interditando quando, não mais se aplicam (artigo 747 e seguintes) (LÔBO, 2015, p.3). Diversamente, a regulamentação estatutária guardou maior fidelidade à Convenção, pois delinea a curatela como um cuidado especial, que não necessariamente resultará em interdição (MENEZES, 2015, p. 15). Resta avaliar se tais mudanças repercutem na funcionalização da curatela.

2.2 A funcionalização da curatela e os atos existenciais

A curatela codificada é uma figura que foi prevista com finalidade patrimonial, nomeando-se um curador para gerir o patrimônio de um incapaz. Contudo, proclama Ana Carolina Brochado Teixeira, que “esse fim perdeu sua primazia, voltando-se tal instituto para os cuidados com o interdito, sua recuperação e sua inserção social” (2008, p. 36). Trata-se da funcionalização da curatela, que à luz de uma leitura constitucional, transcende um modelo “fechado e hermético” (TEIXEIRA, 2008, p. 35) de incapacidades. Nesta perspectiva, duas indagações são propostas: (i) se o modelo de curatela da Lei nº 13.146/2015 atende a esta funcionalização e (ii) se a curatela estatutária pode cumprir com uma finalidade existencial, notadamente, em casos de completa ausência de discernimento da pessoa.

A Lei nº 13.146/2015 estabelece em seu artigo 85, que “a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial” da pessoa com deficiência, não afetando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, como preceituado em seu parágrafo primeiro. Trata-se de uma

curatela limitada à prática de atos patrimoniais, em face da emancipação da pessoa com deficiência, que lhe garante o exercício de direitos da personalidade, em conformidade com o artigo 6º. A este respeito, Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 15) pondera que:

Consolida-se aquele perfil funcional que determina o respeito às ‘escolhas de vida que o deficiente psíquico for capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. Pois em razão do *status personae*, todo ser humano é titular de situações existenciais como o direito à vida, à saúde, à integridade corporal, ao nome, à manifestação de pensamento, cujo exercício prescinde das suas capacidades intelectuais e é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade.

A restrição da curatela aos atos patrimoniais revela o acolhimento da teoria da identidade “entre titularidade do direito e capacidade de exercício quando aborda as situações subjetivas existências” (MENEZES, 2014, p. 68-69). Pelas próprias características definidoras dos direitos da personalidade o referendar como intransmissível, irrenunciável e indisponível não se concebe que haja o exercício destes direitos, senão, por seu próprio titular. Nesta senda já se manifestava Paulo Lôbo (2009, p. 118), para quem o exercício de direitos relacionados ao estado da pessoa, tais quais o direito à identidade pessoal e ao nome, não dependeriam da capacidade de fato do titular, restando imunes à incapacidade absoluta ou relativa.

Entretanto, a afirmação da autonomia da pessoa com deficiência em relação aos seus direitos existenciais não poderá significar ausência de sua proteção. Se a pessoa não tiver qualquer discernimento, como ela poderá exprimir sua vontade? Considere-se, por exemplo, uma pessoa que se encontre em estado de coma necessitando de uma grave intervenção médica ou que por razões genéticas não consiga ao longo de sua vida realizar qualquer ato com discernimento. Nestas hipóteses, cingir a curatela aos estritos limites dos direitos de natureza patrimonial e negocial poderia deixar estes indivíduos desprotegidos.

Determinadas questões existenciais, de fato, não poderão autorizar a intervenção do curador (como o caso do próprio exercício do direito ao voto do curatelado ou sua anuência para o casamento), porém para as hipóteses cujas incongruências legais comprometam a proteção do indivíduo incapacitado em sua seara existencial (como para determinada situação que exija uma intervenção médica), não poderá o magistrado afastar-se da incidência da curatela respeitando “as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos.” (MENEZES, 2015, p. 18)

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 313) claramente discorrem sobre o equilíbrio necessário que deverá embasar tal medida protetiva:

[...] é preciso compatibilizar a interdição com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas consequências econômicas da interdição.

Segundo Pietro Perlingieri (2008, p. 782), deve-se superar a tendência segundo a qual “não seria necessário interditar o doente mental que não possua bens” ou, ainda, de “reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens”. Em outro lugar, ainda pondera o autor:

O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa (PERLINGIERI, 1997, p. 164).

A resposta a esta crítica parece ecoar no artigo 84, § 3^o do Estatuto, que permite ao juiz confiar poderes mais amplos ao curador, de acordo com as necessidades e as circunstâncias do caso concreto. Trata-se, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, de uma “curatela aberta à demanda do curatelado”, cujos poderes atuam como se fossem de representação, mas que não portam tal denominação por uma questão formal (2015, p. 17). A curatela não poderá ser mera medida excepcional, adstrita tão somente aos atos patrimoniais, havendo

[...] a possibilidade de intervenção do curador, mas sempre com a intenção de realizar o interesse fundamental do curatelado, assim entendido como as suas preferências genuínas, sua percepção do mundo, suas convicções pessoais acerca da própria identidade. Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver, quais seriam esses interesses fundamentais, a atuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível às suas inclinações e relações afetivas (MENEZES, 2015, p. 18).

Desta feita, quando se verificar completa ausência de discernimento do curatelado, o juiz fixará os limites da curatela em conformidade com o desenvolvimento mental e intelectual do curatelado⁷, resultando em “um terno talhado e cosido sob medida, de sorte a considerar as características pessoais do interdito, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências” (MENEZES, 2015, p. 21). É isso ocorre, segundo Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 23), porque a curatela não será exercida por meio de representação, uma vez que a conduta do curador não poderá ser guiada por sua vontade pessoal, mas pelos interesses fundamentais da pessoa com deficiência.

Agora se sobrepõe o “reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência” fator determinante que traçará os limites de qualquer atuação interventiva sobre a vida destes indivíduos. Ainda que se trate de indivíduos desprovidos de qualquer discernimento, sua autonomia não deixará de ser resguardada, mas aqui, “como um aspecto nominal da personalidade” posto que, referida pessoa não deixa de ser titular dos direitos da personalidade e por eles ter assegurada sua dignidade (MENEZES, 2014, p. 63).

Delineia-se, deste modo, a funcionalização da curatela que se revela como um instituto de proteção do indivíduo que não está apenas em condições de cuidar de seus bens, mas de si mesmo. Trata-se de voltar os olhos para a pessoa, de tal modo que se existirem faculdades intelectuais, ainda que residuais, elas são realizadas para o livre desenvolvimento de sua personalidade (TEIXEIRA, 2008, p. 35), uma vez que lhe são garantidas a titularidade e o exercício de seus direitos, sejam eles patrimoniais ou existenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria das incapacidades é construção moderna, que se assentou na concepção abstrata de sujeito de direito, restringindo a pessoa a um conceito tão somente técnico. Demonstrou-se o

⁶ Artigo 84. “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1^o Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. [...] § 3^o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.”

⁷ Em conformidade com o afirmado por Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 23): “Uma vez que a curatela não se exercerá por meio de representação, quando o curatelado for absolutamente faltoso de entendimento, o juiz deverá delinear detalhadamente os poderes do curador de modo a atender efetivamente as necessidades do curatelado. Ainda que, na prática, tais poderes se assemelhem ao que se faria no caso da representação. Observa-se, porém, que a conduta do curador não pode ser motivada nos termos da sua vontade pessoal, mas sempre no intuito de atender os interesses fundamentais do curatelado”.

quanto esta concepção esteve afeta à liberdade econômica, por ocasião da afirmação de um capitalismo industrial nascente, que elevou a propriedade e o contrato à condição de categorias jurídicas basilares do Direito Privado. As especificidades que determinaram o particularismo jurídico do Medieval foram substituídas por uma concepção genérica de incapacidade, expressa no Código Civil brasileiro de 1916 na expressão “loucos de todo gênero”. A finalidade desta disciplina foi a de conferir segurança jurídica às negociações, afastando aqueles que por razões patológicas não pudessem assumir a responsabilidade patrimonial. Somente com o advento de uma concepção axiológica de pessoa, no Segundo Pós-Guerra, o teor patrimonialista da teoria das incapacidades é revelado, passando-se a relativizar o binômio incapacidade absoluta ou relativa, por meio do termo “discernimento”.

A Lei nº 13.146/2015 operou uma ruptura na identificação da pessoa com deficiência e na teoria das incapacidades do Código Civil. Na esteira da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, desvencilhou a pessoa com deficiência do julgamento precoce que a qualificava como sujeito civilmente incapacitado a partir de uma compreensão médica e fechada. Passou a reconhecê-la a partir de um conceito social, o qual implica em uma análise confrontadora entre as suas características individuais e os percalços oferecidos pelo meio ambiente social onde habite. Igualmente, alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil, passando a considerá-la como plenamente capaz para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Deste modo, dissociou titularidade da capacidade de direitos, delineando sua autonomia em lugar do paternalismo de sua proteção.

Tais mudanças determinaram uma revisão das medidas de direito assistencial pela Lei nº 13.146/2015, que atuou na esteira da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, ao delinear uma nova curatela que se aproxima dos direitos humanos. Entre suas características: (i) a curatela deixa de ser medida assistencial exclusiva, em face da criação da figura da “tomada apoiada de decisão”; (ii) a curatela é mitigada como mecanismo de substituição da vontade do curatelado em favor do curador; (iii) a curatela é medida excepcional, que durará o menor tempo possível; (iv) os poderes do curador deverão ser fixados pelo juiz, de acordo com o princípio da proporcionalidade, em ruptura ao binômio incapacidade absoluta ou relativa; (v) a disciplina jurídica da curatela passa a ser delineada conjuntamente pelo Código Civil, Código de Processo Civil e Lei nº 13.146/2015, sendo que todos deverão ser lidos à luz da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência; (vi) amplia-se o rol de legitimados a curador e se institui a possibilidade da curatela compartilhada.

A Lei nº 13.146/2015 estabelece no artigo 85 que a curatela da pessoa com deficiência deverá se restringir aos atos patrimoniais. O presente trabalho buscou problematizar esta característica, indagando-se por uma funcionalização da curatela diante dos atos existenciais. Suscitando que em face desta restrição, a completa falta de discernimento à pessoa com deficiência poderia deixá-la desprotegida, ponderou-se diante das críticas à curatela codificada a necessidade de promover-lhe uma leitura à luz do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Considerando que o Estatuto permite ao juiz fixar poderes mais amplos ao curador, conferindo-lhe a possibilidade de decidir de acordo com os interesses do curatelado, sem necessariamente representá-lo, concluiu-se que a curatela pode em determinadas situações envolver atos existenciais. Eis que esta seria uma forma de funcionalizá-la como um instituto de proteção ao indivíduo que não apresenta qualquer discernimento, não apenas para cuidar dos seus bens, mas de si mesmo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 22. n.86. jan./mar. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

GONZAGA, Eugênia Augusta. Artigo 12: Reconhecimento igual perante a lei. In: DIAS, Joelson et al. (Org.). **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 3. ed. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. **Direito Civil**: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2: Definições. In: RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva (Org.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: versão comentada. 2. ed. Brasília, DF: Corde, 2008. p.28. Disponível em: <<http://www.pessoa-comdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: _____; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.) **Diálogos sobre direito civil**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra; JUNIOR, Marcos Ehrhardt (orgs.). **Direito Civil Constitucional**: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014.

_____. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. 3. ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Curatela**. Capítulo 14. Inédito. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 33, p. 3-36, jan./mar. 2008.

WISBECK, Américo et al. Juiz nega interdição de jovem com Síndrome de Down: deficiência não é incapacidade. **Portal do Poder Judiciário de Santa Catarina**, Sala de Imprensa, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-nega-interdicao-de-jovem-com-sindrome-de-down-deficiencia-nao-e-incapacidade>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NA ERA DE ADAPTAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Fernanda Dalla Libera Damacena

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Capes 6). Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Bacharel em Direito pela Unisinos. Professora da Escola de Direito - Unisinos. Doutoranda em Direito. Advogada.
fdamacena@unisinos.br

Suelen Webber

Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Capes 6). Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Advogada. Pesquisadora e Parecerista.
suelenwebber@terra.com.br

RESUMO: Tendo em vista as já detectadas e prováveis consequências das alterações climáticas sobre bens e serviços, observa-se o crescimento de uma postura de conservação, sobretudo, ecossistêmica, o que sinaliza para a necessidade de evolução adaptativa de diversos direitos, entre eles o de propriedade. A partir dessa perspectiva, o presente artigo analisou a evolução da tensão histórica entre o direito de propriedade e o direito ambiental brasileiro, cuja progressão segue em curso e deve ser evidenciada pela necessidade de adaptação à mudança climática. Um dos argumentos mais evidentes nesse processo é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Com vistas a fomentar o debates sobre essa questão, o artigo colacionou uma compilação de argumentos favoráveis e contrários a atual compreensão do princípio, recorrentemente enunciado quando o objetivo é o empenho de maior atenção aos objetivos da tutela ambiental num contexto de função social da propriedade. Ao se valer de raciocínio hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, descritiva e exploratória, observa-se que diante de um cenário científico que orienta uma abordagem adaptativa, as ingerências - legais, administrativas e judiciais no direito de propriedade devem aumentar. Contudo, tais medidas devem vislumbrar o interesse público, a partir de decisões que procurem harmonizar a necessária tutela de um ambiente ecologicamente equilibrado, com o direito de propriedade, o que remete à segurança patrimonial e jurídica, nos termos estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Mudança climática; Direito Ambiental; Direito de propriedade; Adaptação; Supremacia interesse público sobre o privado.

The property right and the supremacy of public interest over private in the age of climate change adaptation

ABSTRACT: *Bearing in mind the already detected and likely consequences of climate change on goods and services, we can observe the growth of a conservation posture, above all ecosystems, which indicates the need for adaptive evolution of several rights, including property rights. From this perspective, the present article analyzed the evolution of the historical tension between the right of ownership and the Brazilian environmental law, whose progression is still ongoing and must be evidenced by the need to adapt to climate change. One of the most evident arguments in this process is the principle of the supremacy of the public interest over the private, in doctrinal as well as jurisprudential. In order to stimulate debate on this issue, the article has put together a collection of arguments that are favorable and contrary to the current understanding of the principle, which is repeatedly stated when the objective is to focus more attention on the objectives of environmental protection in a context of the social function of property. By using hypothetical-deductive, reasoning, through a descriptive and exploratory bibliographic and jurisprudential research it was observed that, in the face of a scientific scenario that guides an adaptive approach, interference - legal, administrative and judicial in property law must increase. However, such measures should serve the public interest, giving priority to decisions that harmonize the necessary protection of an ecologically balanced environment, without disregarding property rights, property and legal security, according to the rule of law.*

KEYWORDS: *Climate change; Environmental Law; Property right; Adaptation; Supremacy public interest over private.*

INTRODUÇÃO

Como preservar e recuperar recursos finitos à luz das novas necessidades e conflituosidades sociais é uma das perguntas mais desafiadoras já direcionadas ao Direito e à sociedade. Sob a perspectiva do direito ambiental, a questão pode ser observada pela análise da conhecida tensão entre o direito de propriedade e tutela do ambiente.

Instrumentalmente, a legislação é ferramenta importante para criar, definir atribuições, gerenciar e proteger o direito de propriedade. Essa mesma lei, por orientação constitucional, estabelece regras para que seu uso respeite bens e serviços ambientais. Atualmente, a dicção constitucional tem sido compreendida como uma orientação de uso sustentável da terra, com vistas à tutela de um bem que é de uso comum do povo.

Em um cenário de adaptação às mudanças climáticas, a ingerência legal, administrativa e judicial sobre o direito de propriedade tende a aumentar. Dessa possibilidade exsurtem uma **série** de questões como, por exemplo, quais os limites, possibilidades e critérios de fundamentação.

A tensão entre direito de propriedade e meio ambiente é antiga, contudo, poucos assuntos são tão atuais e regulados pelo Direito brasileiro. Devido às necessárias adaptações aos efeitos da mudança climática prenunciados pela ciência, essa relação pode se tornar ainda mais complexa. Diante dessa realidade, uma das maiores preocupações passa a ser como **adaptar** o direito de propriedade sem exauri-lo.

A leitura do direito de propriedade realizada por boa parte do Direito brasileiro na atualidade é explicada por razões científicas e históricas, apontadas como justificativas para a incisiva **regulamentação** deste direito fundamental na atualidade. Dois **critérios de fundamentação**, por vezes complementares, bastante utilizados pela doutrina e jurisprudência, balizam a possibilidade de restrição ao direito de propriedade. O primeiro ancora-se na tese de que ao lado dos

direitos fundamentais existem deveres fundamentais de solidariedade. O segundo, diz respeito à supremacia do interesse público sobre o privado.

Contudo, se por um lado é verdade que até por uma questão de necessidade a propriedade é um dos vários direitos a ter de se adaptar a uma nova realidade, por outro, a adaptação das **regras** relativas ao esse direito será, provavelmente, mais desafiadora e complexa do que em outros contextos e ramos do Direito. Ou seja, ainda que a mudança climática deva reajustar significativamente os direitos de propriedade, essa evolução não será fácil. “A propriedade tem a capacidade de criar vínculos econômicos e emocionais, difíceis de serem modificados”. Isso sem falar na complexidade das “situações consumadas” (DOREMUS, 2012, p. 1092), e na tradicional valorização da **estabilidade**. Todas essas características chocam-se frontalmente com a necessidade de agilidade de adaptação diante das transformações causadas pelos efeitos já observados e, também, futuros das mudanças climáticas.

A partir das questões anteriormente pontuadas, o presente artigo analisou a evolução da tensão histórica entre o direito de propriedade e o direito ambiental brasileiro, cuja progressão segue em curso e deve ser evidenciada pela prenunciada necessidade de adaptação à mudança climática. Esse processo de adaptação tem gerado maiores restrições ao direito de propriedade. Um dos argumentos utilizados nesse contexto é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que já demanda uma necessária revisão da literatura. Com vistas a elucidar essa revisão, colacionou-se uma compilação de argumentos diversos no que concerne ao emprego do princípio que é comumente mencionado quando o objetivo é o empenho de maior atenção aos objetivos da tutela ambiental num contexto de função social da propriedade.

O artigo foi estruturado em três tópicos. O primeiro aborda a evolução normativa, constitucional e hermenêutica da tensa relação entre a tutela ambiental e o direito de propriedade, até os dias atuais. O segundo, por sua vez, evidencia os prognósticos do cenário científico das mudanças climáticas, seu impacto no direito de propriedade, e as dificuldades típicas desse processo de adaptação. O terceiro, apresenta reflexões doutrinárias favoráveis, contrárias e intermediárias no que concerne à compreensão do argumento de supremacia do interesse público sobre o privado e sua aplicação ao direito de propriedade num contexto de adaptação às mudanças do clima. A pesquisa desenvolveu-se a partir de um raciocínio hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, descritiva e exploratória.

1 A TUTELA AMBIENTAL E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Se as tensões entre a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade já eram conhecidas, a adaptação aos impactos das mudanças climáticas implicará litigâncias altamente complexas. Atualmente, uma das questões mais debatidas nesse âmbito, reforça a interface entre o público e o privado, representada, no direito ambiental brasileiro, pela função social da propriedade.

Historicamente o ser humano interagiu e contribuiu para a alteração dos ecossistemas no planeta. Com a organização de indivíduos e famílias em comunidades e sociedades, o potencial humano de modificação do meio aumentou. A especialização do trabalho e o constante desenvolvimento de tecnologias propiciaram a capacidade de mudar floresta em pastagem, deserto em terras agrícolas, em grande escala e ritmo. Não por outra razão, constituições, legislações e regras administrativas passaram a regular as interações humanas com o ambiente. Uma das interações mais conhecidas entre ambiente e homem se dá pelo exercício do direito de propriedade. A relação ambiente e propriedade sofreu uma metamorfose ao longo de décadas e é, atualmente, uma das mais regulamentadas no Brasil.

No Direito brasileiro a propriedade privada partiu de uma concepção individualista que, progressivamente, foi flexibilizada e limitada. Da garantia do direito de propriedade em sua quase plenitude, consagrada nas constituições de 1824, 1891 e 1934, passou-se, nas constituições de 1946 e de 1967, à ressalva de o direito não poder ser exercido contra interesse social ou coletivo. A Constituição de 1988, no artigo 5º, garante o direito fundamental de propriedade (inc. XXII) mas, o mesmo tempo, apregoa que ela deve atender à função social (inc. XXIII) (FREITAS, 2008, p.114-118). A mesma perspectiva em relação ao exercício da propriedade pode ser observada pela leitura menos patrimonialista, individualista, mais coletiva e inclusiva do Código Civil de 2002.¹

Pelo fato de envolver diversos ramos do direito, a propriedade inter-relaciona institutos e, ao mesmo tempo, é altamente limitada por eles. No direito constitucional observa-se essa restrição pelos contornos da função social, fortemente interligados com a tutela do meio ambiente. No âmbito administrativo, pelas questões envolvendo tombamento, zoneamento, servidão administrativa, direito de construir, desapropriação. No direito civil, pelo usufruto, condicionantes de testamento, reconhecimento da função socioambiental, entre outros.

Contudo, o direito ambiental tem sido, nos últimos anos, tanto do ponto de vista legislativo quanto jurisdicional, o ramo que mais tem influenciado a releitura do direito de propriedade, a partir de uma perspectiva difusa, de valorização da equidade (WEISS, 1990) intergeracional e da sustentabilidade. (FREITAS, 2011; FERRER et al, 2014). Nesse sentido, a função social é vista como princípio de controle do exercício do direito de propriedade.

Conforme salienta Eros Grau (2004, p. 222), “impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem”. Percebe-se, assim, que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos ao detentor do poder que deflui da propriedade, de prestação de fazer, e não, meramente, de não fazer.

Um dos principais interpretes da relação ente o exercício do direito de propriedade e sua função socioambiental tem sido o Superior Tribunal de Justiça, que inclusive já relacionou a necessidade de preservação de áreas especialmente protegidas, com vistas à adaptação às mudanças climáticas. A ementa do REsp 650728 / SC² representa bem essa situação.

A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de ecossistema criticamente ameaçado. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de Área de Preservação Permanente. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo **em época de mudanças climáticas** e aumento do nível do mar. Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrâ-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou

¹ Vide exemplo do artigo 1228, § 1º, Código Civil. “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 650728 / SC**. Segunda Turma. Min. Herman Benjamin. DJe 02 dez. 2009. PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. NATUREZA JURÍDICA DOS MANGUEZAIS E MARISMAS. TERRENOS DE MARINHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. ATERRO ILEGAL DE LIXO. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PAPEL DO JUIZ NA IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. ATIVISMO JUDICIAL. MUDANÇAS CLIMÁTICAS. DESAFETAÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO JURÍDICA TÁCITA. SÚMULA 282/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 397 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981.

transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energeticamente coibido e apenado pela Administração e pelo Judiciário. (grifo nosso)

Logo, em sendo o direito de propriedade e meio ambiente duas faces de uma mesma moeda, a tutela do segundo implica interferência no primeiro (BENJAMIN, 1996). O licenciamento ambiental, a nova lei florestal (Lei 12.651/12) e a Lei 9.985/00 (Sistema Nacional de Unidade de Conservação) são comumente mencionados como exemplos dessa influência no direito de propriedade, que varia entre a possibilidade de limitação (interferência) e a desapropriação (intervenção).

Nessa linha, mesmo que concebida como direito fundamental, a propriedade não é mais compreendida como um direito que se possa erigir à suprema condição de absoluto, ilimitado e inatingível. Esse entendimento ganhou tamanha proporção que passou a ser positivado pela Lei 12.651/12.³ Contudo, mesmo antes da normatização da obrigação *propter rem* como suporte fático, com base no princípio da função social da propriedade, parte da doutrina e jurisprudência⁴ já sustentava a possibilidade de imposição ao proprietário rural do dever de recomposição da vegetação em áreas de preservação permanente e reserva legal, mesmo não tendo sido ele o responsável pelo desmatamento, pelo fato de que a obrigação possuir caráter real. Isto é, uma obrigação que adere ao titular do direito real, seja ele quem for, bastando para tanto sua simples condição de proprietário ou possuidor (MILARÉ, 1998).

Nos termos da Constituição Federal, a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei e, entre outros requisitos: a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. A previsão constitucional impõe ao proprietário um dever de proteção altamente relevante para a coletividade, especialmente em tempos de mudança climática. Ao poder público, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe inúmeras ações previstas pelo artigo 225, § 1º e incisos. Entre elas pode-se mencionar as que mais têm relação com o direito de propriedade:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

³ Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem. § 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural. BRASIL. Lei 12.608 de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

⁴ Nesse sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência desta Corte está firmada no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação *propter rem*, isto é, aderem ao título de domínio ou posse, independente do fato de ter sido ou não o proprietário o autor da degradação ambiental. Casos em que não há falar em culpa ou nexa causal como determinantes do dever de recuperar a área de preservação permanente. Este Tribunal tem entendido que a obrigação de demarcar, averbar e restaurar a área de reserva legal nas propriedades rurais configura dever jurídico (obrigação *ex lege*) que se transfere automaticamente com a mudança do domínio, podendo, em consequência, ser imediatamente exigível do proprietário atual. BRASIL. AgRg no REsp 1367968 / SP. Segunda Turma, Rel. Humberto Martins, Dje: 12.03.2014.

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

As orientações constitucionais ganham força na medida em que a biodiversidade é prejudicada ou exposta a riscos. A desconsideração da ciência climática fomenta, negativamente, a desconsideração de medidas de preservação, mitigação e recuperação da biodiversidade e serviços ecossistêmicos existentes em propriedades. A preocupação com a perda de biodiversidade no mundo está justificada por representar uma das maiores crises da atualidade. Biodiversidade e alterações climáticas podem parecer problemas distantes, que se conectam somente por acaso. Engana-se quem aceita essa afirmação como verdadeira. “Biodiversidade e mudança climática são sistemas absolutamente interligados” (FARBER, 2015, p.2). As alterações climáticas têm impactado e devem seguir alterando a biodiversidade e os ecossistemas. A política florestal é uma forte aliada no enfrentamento da perda da biodiversidade e adaptação às alterações climáticas. O quadro composto pelo decréscimo da biodiversidade e a necessidade de sua tutela, em função do avanço dos extremos climáticos, tem sido responsável por uma série de ingerências no direito de propriedade, não só por torná-la mais limitada, sob o ponto de vista do seu uso, mas porque reconfigura cenários de perdas.

2 PROGNÓSTICOS DO CENÁRIO CIENTÍFICO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E OS IMPACTOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE

“A mudança climática é um dos maiores desafios do nosso tempo” (UNFCCC, 2009). Trata-se de fato social altamente relevante para o Direito (REALE, 1982), pois impacta vidas humanas, bens particulares e serviços ambientais, direitos fundamentais para uma vida digna, tais como, saúde, moradia, **propriedade**, ambiente ecologicamente equilibrado, alimentação, entre outros.

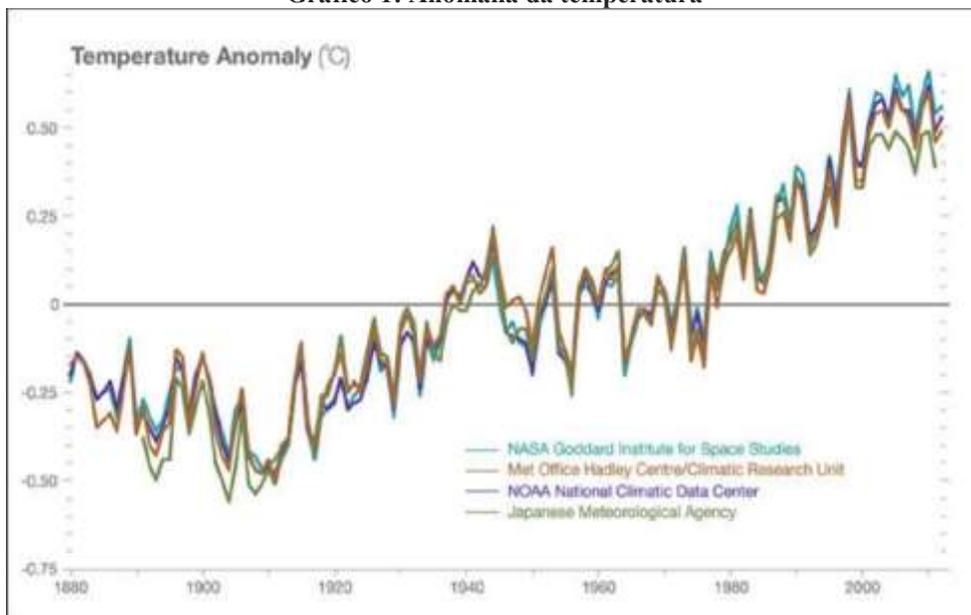
Desde os anos noventa, pesquisadores (IPCC, 2014; CRUTZEN, 2002; CRUTZE, 2006) têm reconhecido e reiterado a parcela de contribuição humana para as mudanças no clima, bem como apontado seus efeitos ao redor do Planeta. De acordo com os estudos, as consequências diferenciar-se-ão em função das características geográficas e o grau de vulnerabilidade de cada região de cada país.

Recentemente, cientistas do Instituto Goddard da NASA para Estudos Espaciais (GISS), em Nova York (GISTEMP) e da Administração Oceânica e Atmosférica Nacional (NOAA) comunicaram que “no ano de 2015 a temperatura da superfície da Terra foi a mais alta desde o início dos registros em 1880”. A afirmação teve por base estudos independentes. Considerando algumas questões variáveis como local e tempo, a NASA confirmou a informação com 94% de certeza (NASA, 2016). O Gráfico 1 demonstra o rápido aquecimento da Terra nas últimas décadas, sendo que na última o mesmo foi recorde.

De acordo com os dados científicos recentes (IPCC, 2013), o aquecimento global médio de 2 graus deixará a terra mais quente do que em milhões de anos. Em alguma medida essa realidade já é inevitável. As consequências futuras previstas abrangem eventos extremos, tais como incêndios, inundações e ondas de calor, que se tornarão mais frequentes e generalizados. Em geral, áreas molhadas devem ficar mais úmidas e áreas secas mais secas. Contudo, se os efeitos do aumento da temperatura em 2 graus são preocupantes, os impactos podem ser muito piores com o provável aumento de até 4 graus, caso as emissões de gases do efeito estufa conti-

nuem a subir ininterruptamente. Estudo do Banco Mundial (2012) considera esse cenário devastador, com uma lista de consequências, dentre as quais destaca a inundação de cidades costeiras, riscos em relação à produção de alimentos, com potencial aumento dos índices de desnutrição.

Gráfico 1: Anomalia da temperatura



Fonte: Global Climate Change. *Vital signs of the Planet*.

Disponível em: <http://climate.nasa.gov/scientific-consensus/> Acesso em: junho de 2106.

As mudanças físicas e bióticas resultantes da acumulação dos gases causadores do efeito de estufa interromperá as expectativas dos proprietários de imóveis de várias maneiras, entre elas, minando a segurança de seus investimentos e exercendo pressão sobre as definições atuais e distribuições de direitos de propriedade. As áreas costeiras e de água doce vulneráveis ilustram bem essa realidade. (DOREMUS, 2012)

Entre os prováveis danos, direta ou indiretamente causados à propriedade, estão: perdas de propriedades e na pecuária, causadas por inundações, tempestades e incêndios; danos em propriedades nacionais públicas, como parques, áreas nativas e infraestruturas verdes; danos à orla costeira, com a baixa de valores de imóveis; depreciação de rendimentos agrícolas, pecuária e pesca; perda de meios de subsistência e deslocamento de pessoas e bens (SMITH; SHEARMAN, 2006).

Diante dos prognósticos científicos e seu potencial reflexo sobre o direito de propriedade, a questão que se coloca é se em complemento às limitações constitucionais e legais, as transformações esperadas por conta dos efeitos das mudanças climáticas indicam seu “enfraquecimento” (FARBER, 2014). A princípio a resposta é não, mas desde que os **movimentos de mudança e adaptação** busquem o **equilíbrio entre dois direitos fundamentais não absolutos** (DANTAS, 2015). As adaptações não podem ser arbitrárias, sectárias ou desproporcionais. Essa cautela, típica de um Estado Democrático de Direito, vale tanto para políticas públicas, quanto para as intervenções do poder judiciário. Nessa linha, as medidas de adaptação impulsionadas pelos reflexos das mudanças climáticas devem, na medida do possível, atender o interesse público, sem desconsiderar o direito de propriedade e institutos correlatos.

No passado, os dados sobre o clima e as decisões a seu respeito consideravam apenas as flutuações em torno da histórica revelada pela experiência (o passado como orientação para o futuro). Os dados históricos continuam sendo relevantes, mas não são suficientes, pois a hipótese de um mundo natural imutável claramente não coaduna com a realidade de hoje, e está ainda mais distante da realidade do futuro. A visão tradicional de propriedade, cuja característica principal era a estabilidade, foi desenvolvida durante um mundo que ficou para trás (FARBER, 2014). A realidade é, portanto, paradoxal, pois embora o objetivo fundamental do direito de propriedade seja a estabilidade, o Planeta vive uma era em que o clima é instável e causa repercussões conflituosas sobre bens e direitos fundamentais.

Para Farber (2014), diante da mudança climática e sua política atual, o direito de propriedade pode ser tanto parte da solução quanto do problema. Afinal, se por um lado exigirá mudanças na forma como o compreendemos, o que implica grandes dificuldades sociais, sociais e jurídicas; por outro, deve chamar atenção para **outros interesses e para novos direitos. Serviços de conservação, transferência de direitos, servidões de energia solar e a alternativa do solo criado são exemplos de institutos que devem ressurgir no debate jurídico por conta dessa nova leitura do direito de propriedade.** Esse é um raciocínio otimista, que pode transformar a necessidade de adaptação em uma oportunidade para a tomada de decisões políticas e jurídicas razoáveis e contributivas para a implementação da sustentabilidade como um “novo paradigma para o direito de propriedade” (FERRER et al, p. 1433-1464).

No âmbito da estruturação reflexiva dessa perspectiva, pertinente é a noção de *phàrma-kon*, conceito grego adaptado para o Direito por Elídio Resta (RESTA, 2008, p.86). Trata-se do conceito mais representativo da ambiguidade paradoxal, que é simultaneamente veneno e antídoto, cura e doença, carrasco e vítima, memória e esquecimento, presença e ausência, racionalidade e irracionalidade. Todas as substâncias são venenos, apenas a dose certa diferencia o veneno do remédio. O Direito, da mesma forma, está compreendido entre a oscilação de dois polos da ambivalência. Nesse sentido, **sua história é de justas doses a se buscar entre os dois opostos**, história jamais concluída, que precisa confiar às vezes na prudência, na racionalidade, na força dos sujeitos em jogo, na técnica normativa e na experiência judiciária.

3 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: REFLEXÕES RELEVANTES EM UM PROCESSO DE ADAPTAÇÃO

No Brasil o ambiente é matéria de interesse difuso, o que orienta o uso e fruição da propriedade numa linha de solidariedade coletiva. A partir dessa compreensão, e em complemento com o argumento da função social da propriedade, surge o argumento de que a constitucionalização dos direitos ambientais, conjugada com outras disposições constitucionais relacionadas à propriedade estabelece um quadro que sustenta o argumento de que o interesse público deve prevalecer sobre o privado. A justificativa para tanto é que embora o direito à propriedade figure, expressamente, entre os direitos do artigo 5º, a própria Constituição lhe impõe limitações cruciais, por meio do princípio da função social, sob pena de expropriação. Ao enumerar os critérios para o cumprimento da função social, o artigo 186 da Constituição Federal requer o uso adequado dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Por essa linha de raciocínio, “o direito de propriedade é traçado pelo ordenamento constitucional vigente”, mas sua “conotação possa ser tratada pelas normas infraconstitucionais, a par das interpretações jurisprudencial e doutrinária”, desde que “não desbordando da moldura constitucional” (FIGUEIREDO, 1980, p.4). Nessa linha, entre os direitos associados à propriedade, não está o poder de transformar o “estado natural” da coisa a ponto de destruí-la. Assim,

não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, por decisão individual, aterrará-la, modificando seu estado natural e função ecológica (FIGUEIREDO, 1980, p.4).

Em linha de raciocínio semelhante, Benjamin (1996, p. 9-10) destaca que “no Brasil, não há um direito de propriedade que confira ao seu titular a opção de usar aquilo que lhe pertence de modo a violar os princípios hoje estampados nos artigos 5º, 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225, todos da Constituição Federal”. A propriedade privada, nos moldes constitucionais” abandona, de vez, sua configuração essencialmente individualista para ingressar em uma nova fase, mais civilizada e comedida, onde se submete a uma ordem pública ambiental.” (BENJAMIN, 1996, P. 10)

Na concepção de José Affonso da Silva (2008): as regras de vizinhança (o limite de um vai até o início do limite do outro) e os deveres coletivos (decorrência das exigências da convivência em sociedade) seriam os exemplos tradicionais de limitações internas ao direito de propriedade. Em complemento a essas limitações surge, no século XX, uma gama de deveres gerais amparados na função social da propriedade. Essas seriam elemento essencial definidor do próprio direito subjetivo, caracterizando-se os deveres daí decorrentes como encargos ínsitos ao próprio direito, orientando e determinando seu exercício, de modo positivo.

A partir dessa perspectiva, os constantes conflitos jurídicos em torno do direito à propriedade e o direito ao ambiente ecologicamente têm cada vez mais recebidos contornos verdes. Considerando um horizonte de futuro de mudanças climáticas, com profundos reflexos tanto no ambiente quanto na propriedade, o fundamento justificador da preponderância de um sobre o merece mais atenta reflexão. No âmbito das limitações administrativas à propriedade e das decisões judiciais que as cancelam, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado traz à tona o debate acerca da própria compreensão do princípio, dos deveres e obrigações dos particulares para com a coletividade e as futuras gerações (solidariedade) e, sobretudo, os limites de sua aplicação em em momento delicado de transição e mudanças muito rápidas.

É bastante comum o discurso de que a existência do Estado e suas diversas formas de atuação justificam-se pelo fato de serem os direitos fundamentais a personificação da noção de dignidade da pessoa humana. É também com base nessa justificativa que se pode observar a prevalência das ideias fundantes do chamado regime jurídico administrativo. Uma das noções basilares desse ramo é a do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (SCHIER, 2003, p. 53-57).

Em algumas decisões judiciais, especialmente as que envolvem **as relações entre direito fundamental à propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**⁵, a presença

⁵ Um resumo da perspectiva adotada pelo Superior Tribunal de Justiça nesse contexto pode ser explicitado pela noção de que “o direito à integridade do meio ambiente, típico direito de terceira geração, constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”. Ainda sobre a supremacia do interesse público sobre o privado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1293744**. Relator Min: Benedito Gonçalves. Dje: 18 maio 2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **REsp 977662** /DF. Relator Min: Herman Benjamin. Dje: 01 jun. 2012. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1381191** / SP. Min. Diva Malebi. Dje 30 jun. 2016. “A existência da área de reserva legal no âmbito das propriedades rurais caracteriza-se como uma limitação

desse princípio como fundamento de respostas jurisdicionais, em favor do ambiente, já pode ser observada com não tão rara frequência. A ementa a seguir aborda a constitucionalidade do dever de imposição de reserva legal em propriedade. Para a decisão, sua imposição é representativa do argumento de que sob o prisma solidarista e ético em que fundado o ordenamento brasileiro. Na medida em que o texto constitucional caracteriza o meio ambiente como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, associa-o, como contraface, aos preceitos derivados da dignidade da pessoa humana. Mais que o direito à vida, há de se garantir uma vida digna, em ambiente saudável. Nessa equação, decorrente do dever de proteção ambiental imposto ao Estado, é que se insere a reserva legal, mecanismo destinado à conservação, em áreas de propriedade privada, de fragmentos de florestas e outros tipos de vegetação nativa, contribuindo, portanto, para proteger, ainda que minimamente, a fauna e flora originárias de cada região do país. Nesse sentido:

A normatização do instituto, desse modo, não contém qualquer inconstitucionalidade. A exigência de estabilização das relações sociais não constitui autorização para esvaziamento do dever de proteção ao meio ambiente, porque se trata de núcleo essencial dos direitos fundamentais e chave para a preservação da própria vida humana. **No conflito entre estabelecer um prazo prescricional em favor daqueles que não observam as imposições decorrentes da legislação ambiental**, a fim de lhes atribuir segurança jurídica e estabilidade, e a necessidade de tutelar de forma concreta bem jurídico coletivo, indisponível, fundamental, que antecede todos os demais direitos - pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer **este último há de prevalecer**. A preservação ambiental constitui razão justificadora do próprio exercício do direito de propriedade. **Não se cuida de um mero limite externo, mas da configuração interna do próprio direito.**⁶ (grifo nosso)

Para Ávila (1999, p. 3), cujo entendimento acerca do princípio diverge dos entendimentos anteriormente mencionados, “a supremacia do interesse público sobre o privado não se identifica com o bem comum, pois o bem comum seria a composição harmônica com o bem de um com o bem de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do interesse público.” Da forma como vem sendo interpretado, “o referido princípio, representa uma regra de preferência e, a rigor, não pode ser descrito ou conceituado como um princípio jurídico (ÁVILA, 1999, p. 28), tampouco uma norma-princípio” (ÁVILA, 1999, p. 29). Também não pode representar uma relação de supremacia, porque principalmente na relação administrativa, não pode o interesse público, sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente ou contrapostamente aos interesses privados. Os “interesses privados são parte do interesse público. [...] A supremacia do interesse público só pode ser analisada em uma situação concreta, ao invés de ser um princípio abstrato de supremacia”. Nesse sentido, “a única ideia apta a explicar a relação entre interesse público e particular, ou entre o Estado e o cidadão”, a ser considerada inclusive pelo poder judiciário, é “o postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica ponderação entre interesses reciprocamente relacionados fundamentada na sistematização constitucional”. Assim, seja no que diz respeito “às atividades administrativas e, sobretudo, aquelas que impõem restrições ou obrigações a particulares, a administração não pode exigir um comportamento do particular ou direcionar a interpretação de regras existentes com base neste princípio”. (ÁVILA, 1999, p. 29)

Schier (2003) também questiona se a supremacia do interesse público sobre o privado pode consubstanciar um verdadeiro princípio geral do direito público (implicitamente contido na

administrativa necessária à tutela do meio ambiente para as presentes e futuras gerações e se encontra em harmonia com a função ecológica da propriedade, **legitimando a** existência de restrições aos direitos individuais em benefício dos interesses de toda a coletividade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 775574**. In. Marco Aurélio Belizze. 29 ago. 2016.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 526344**. Min. Relator: Sérgio Kukina. 31 out. 2014.

Constituição Federal). Apesar de não abordar o princípio especificamente e, portanto, não analisar seu conteúdo, faz uma crítica à forma ou a pretensão de elevação do interesse público a um patamar hierárquico superior ao ocupado pelos direitos e liberdades individuais. Nesse sentido, “a tese da existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não se sustenta, pois a supremacia do público só se verifica em situações muito específicas e sempre dentro de condições específicas e muito limitadas pela Constituição Federal” (SCHIER, 2003, p. 70). Para o autor, “tem-se olvidado que, ainda quando a referida supremacia se manifesta constitucionalmente, legalmente ou por meio de decisões judiciais, com critério de solução de colisão de interesses ou bens constitucionais, ela não pode ser absoluta, eis que considerada como medida de ponderação” (SCHIER, 2003, p. 70). E, em se tratando de ponderação, não pode haver prévia preferência a um ou outro interesse, de modo que o critério previamente determinados não representa a postura constitucional de tutela de todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor alerta para o fato de que a ideia de supremacia do interesse público, erroneamente compreendida como princípio geral do direito público, não pode funcionar como uma cláusula geral de restrição de direitos, liberdade e garantias fundamentais. A partir dessas premissas vislumbra 4 (quatro) situações diferentes. Todas partem na concepção básica de que, em regra, interesses públicos e privados não se encontram em conflito; ao contrário, se completam e harmonizam, pois a realização de um importa na do outro. Nessa linha:

Eventuais colisões serão resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência de interesses privados (o que parece ser mais usual) ou pela prevalência do interesse público (como exceção, em homenagem ao princípio da legalidade e do estado de direito). Outras colisões são remetidas ao campo das colisões entre direitos fundamentais, onde o constituinte, expressamente, autoriza, que os direitos, liberdades e garantias individuais cedam, mediante ponderação infraconstitucional (princípio da reserva legal) em favor de interesses públicos, sempre com observância do critério (princípio) da proporcionalidade e respeito do núcleo essencial daqueles (proibição do excesso); Um último grupo de conflitos entre interesses públicos e privados, que não se enquadre em nenhuma situação anterior, deve ter a solução remetida à ponderação, diante do caso concreto, através não da mediação legislativa, mas jurisdicional. (SCHIER, 2003, p. 13)

De acordo com a crítica de Binjenbojm (2005) ao princípio, “embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, sua inconsistência teórica e incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais são patentes” (BINENBOJM, 2005, p. 29). Uma orientação que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Logo, “a prevalência, apriorística e descontextualizada, de um princípio constitui uma contradição em termos”. “O conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual” (BINENBOJM, 2005, p. 29-30) igualmente estampadas na Constituição.

Assim:

O melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade (BINENBOJM, 2005, p. 30).

Em sentido intermediário, mas questionador das proposições dos autores anteriormente mencionados, Borges (2007, p. 3) argumenta que “todo o direito administrativo está construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a indisponibilidade do interesse público”. Desse modo:

Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo 3o. É preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo, - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática (BORGES, 2007, p. 4).

Logo, não há um permanente antagonismo entre interesse individual e interesse público, do qual decorra, necessariamente e sempre, a superioridade deste sobre aquele. Assim, “na medida em que o interesse público e o de um particular, em uma ordem democrática, são qualitativamente iguais e respeitados, quando o interesse individual é aliado ou substituído pela natural predominância do interesse público, tem de ser compensado pela perda de seus direitos e interesses, mediante sua equitativa conversão em outro valor equivalente” (BORGES, 2007, p. 11).

Em complemento às afirmações da autora anteriormente mencionada, cabe o destaque da observação de Eros Grau, para quem “a decisão deve ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpretam textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”. A “ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da **norma de decisão**, não no quadro anterior, de produção das normas jurídicas resultantes da interpretação” (GRAU, 2009, p.16-19).

Santos (2007, p.25), por sua vez, defende não haver, propriamente, um caso de colisão de direitos quando se coteja o direito de propriedade definido na Constituição com o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Logo:

Ao se delimitar o âmbito normativo do direito de propriedade, que dá a real dimensão de sua aplicabilidade, verifica-se que este não abrange condutas contrárias à preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em razão da existência, na Constituição, da consagração de um conjunto de regras e de princípios que, de per se, já se apresentam como redutoras do alcance da definição de propriedade, como o dever à submissão ao cumprimento de uma função social, a delimitação do âmbito da norma, ou seja, a definição do seu alcance, demonstrará o direito de propriedade como um direito limitado.

Ainda, de acordo com o autor, também não parece razoável:

Um *jus subietionis* instituidor de um dever de suportar o proprietário, sem reparação pecuniária, uma redução absoluta ao exercício das faculdades inerentes à ideia de propriedade, que venha a anular, na prática, tal direito. No caso concreto é que será possível aferir se está sendo imposta uma limitação compatível com o exercício do direito de propriedade ou se sofre o titular daquele direito uma excessivamente onerosa imposição. Caso se verifique a redução próxima à anulação prática do próprio instituto da propriedade, os ônus devem ser repartidos por toda a sociedade, com a instituição de um dever de indenizar a ser suportado pelo poder público (SANTOS, 2007, p.25).

De acordo com os argumentos apresentados ao longo desta breve exposição, observa-se a possibilidade do desenvolvimento de um argumento intermediário, cujo ponto principal seja busca do equilíbrio entre o melhor para a manutenção e, quando necessário, recuperação do ambiente, mas sem o exaurimento ou desconsideração de outros direitos fundamentais que com ele se relacionem. Não existem direitos absolutos. O direito de propriedade serve para garantir direitos individuais contra interferência do poder público e de outros indivíduos, como também para assegurar direitos públicos de acesso e fruição dos bens públicos. As normas ambientais, por seu turno, são concebidas para proteger o sentido jurídico mais amplos do ambiente, o que inclui a natureza, os elementos culturais, patrimoniais, do trabalho e os interesses públicos associados. Por exemplo, um sistema de responsabilidade por danos ambientais protege o interesse

público contra a socialização dos custos privados para a saúde humana e ambiental. Assim, é bastante comum que o direito ambiental, na regulação do gozo dos direitos ambientais, gere alguma situação de ingerência e conflito com o direito de propriedade. Quando esse conflito surge, é fundamental que o Direito desenvolva o papel de equilibrar os interesses públicos e privados, de modo a atingir os objetivos sociais coletivos, tendo em consideração as demandas atuais por desenvolvimento, sustentabilidade e adaptação às mudanças climáticas, sem comprometer ou desconsiderar outros direitos também fundamentais. Por essa razão, parece proporcional e razoável compreender que “a necessidade de adaptação às mudanças climáticas **não deve propiciar decisões judiciais e políticas que favoreçam o enfraquecimento de institutos importantes como a segurança patrimonial e jurídica**” (FARBER, 2014, p. 11-13).

A mudança climática é um problema social especialmente difícil para o direito de propriedade que, tradicionalmente, absorve mudanças de forma contínua e paulatina, e agora choca-se com um ambiente em rápida mutação, que exige agilidade. Se a agilidade é uma necessidade complexa para o Direito em geral, mais difícil é para o de propriedade, cuja natureza intrínseca prioriza o favorecimento da estabilidade ao longo do tempo. Por isso, não raramente o direito de propriedade visto “como uma área em que o ritmo da mudança é glacial, contudo é bom lembrar que, nos dias atuais, mesmo geleiras estão se movendo com velocidade sem precedentes” (FARBER, 2014, p.32).

A partir dessa realidade, e com vistas a potencializar as chances de uma adaptação bem-sucedida, faz sentido refletir sobre como essa necessária transição precisa ser planejada e executada com vista a considerar, ponderadamente, todos os direitos envolvidos. Esse planejamento envolve um processo de governança (envolvimento de diversos atores), normatização (com ex. ambiental, urbanística), decisão (política, administrativa e orçamentária) e de gestão de riscos em uma escala e grau complexidade jamais enfrentados pela humanidade e, consequentemente pelo Direito. É exatamente pelo traço inusitado e incerto que tem a mudança climática, que as reflexões acerca de direitos e institutos fortemente impactados por ela devem começar agora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é representativa tanto de **direito**, quanto de **dever**, em decorrência da importância do bem tutelado. Essa interpretação decorre da leitura da Constituição Federal e das orientações direcionadas ao poder público e à coletividade (proprietário), com vistas à preservar as condições de uma vida digna para a presente e futuras gerações. A orientação de solidariedade intergeracional impressa no dever constitucional ganha uma relevância jamais imaginada diante de um provável cenário de escassez e perdas ecossistêmicas desencadeadas pela mudança climática.

Nessa linha de raciocínio, doutrina e tribunais desempenham papéis fundamentais na interpretação/aplicação da Constituição e da legislação, o que muitas vezes implica imputação de responsabilidades e deveres públicos e privados. Considerando que os direitos correlatos ao ambiente são essenciais para ordem pública e individual, as decisões falam por si e estabelecem uma tendência de aplicação mais rigorosa da legislação ambiental no Brasil, sobretudo em relação à propriedade. O limite entre o exercício de um ou outro direito é objeto de boa parte dos conflitos em matéria ambiental na atualidade. A constitucionalização dos direitos e deveres ambientais forneceu um quadro que tem ampliado o sentido da função ambiental da propriedade, enfatizando o bem público associado à proteção do meio ambiente, e elevando o interesse público sobre o privado em casos de intersecção do ambiente com a propriedade privada. O debate relevante nesses casos é exatamente o fundamento das decisões e seus critérios, ou a falta deles.

Ademais, a evolução interpretativa é uma das características do Direito, processo interativo que funciona pela tensão entre determinismo e adaptabilidade. Embora sua sistematicidade e ordenação sejam desejáveis, nenhum sistema legal é completo e imutável. Nesse sentido, regras e princípios devem ser constantemente testados e expostos à crítica e controle mediante debate público, desafios e necessidade sociais.

A mudança climática é um dos maiores desafios do nosso tempo. Trata-se de fato social altamente relevante para o Direito, pois impacta vidas humanas, bens particulares, serviços ambientais, diversos ramos do Direito e direitos fundamentais. No campo do Direito Civil, por exemplo, o direito de propriedade possui relação direta com o aumento ou a redução da vulnerabilidade. Se por um lado o uso impróprio da propriedade pode ser o desencadeador de vulnerabilidades físicas e sociais; por outro, a crescente variabilidade climática e o aumento de eventos extremos pode expô-la a vulnerabilidades até então desconhecidas. É importante lembrar que a perda da terra pode representar, também, a perda de meios de subsistência e habitação; perda da identidade espiritual de uma cultura ou, ainda, causar o deslocamento de comunidades. Assim, a maneira com um sistema jurídico trata as questões envolvendo a propriedade, redundará em maior ou menor vulnerabilidade desse Direito, particularmente em tempos de mudança climática.

Essa não é uma tarefa simples ou de soluções prontas. Ao contrário, o processo de adaptação da propriedade às mudanças climáticas tende a ser longo e controvertido. A complexidade sobressalente à abordagem da conhecida tensão entre os direitos fundamentais — meio ambiente ecologicamente equilibrado e propriedade — não é novidade, mas ganha contornos imaginados diante do fenômeno climático. Nesse sentido, se por um lado adaptar-se é necessário, por outro, uma interpretação sistêmica, razoável e condizente com a Constituição, fundamenta-se em critérios capazes de seguir tutelando deveres fundamentais de solidariedade, a partir de sua interpretação abrangente. O interesse privado é a outra face da moeda do interesse público. Ademais, já é tempo de compreender que ambiente e propriedade não estão em lados opostos. Essa visão é muitas vezes uma forma de induzir comportamentos de menor proteção do que se deseja em relação ao ambiente.

Nesse sentido, a necessidade de adaptação jurídica, política e econômica à mudança climática deve priorizar ações e decisões que harmonizem a necessária proteção ambiental com institutos também altamente relevantes para um Estado Democrático de Direito, como a propriedade, segurança patrimonial, jurídica, compensação, entre outros.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista trimestral de direito público**, v. 24, p. 159-180, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. 1996. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34591>>. Acesso em: junho de 2016

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, 2005.

_____. Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 117-171.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1293744**. Relator Min: Benedito Gonçalves. DJe 18 maio 2015.

_____. _____. **REsp 977662 /DF**. Relator Min: Herman Benjamin. DJe 01 jun. 2012.

_____. _____. **REsp 1381191 / SP**. Min. Diva Malebi. DJe 30 jun. 2016.

_____. _____. **AREsp 775574**. In. Marco Aurélio Bellizze. 29 ago. 2016.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CRUTZEN, Paul J. Geology of mankind. **Nature**, v. 415, n. 6867, p. 23-23, 2002.

_____. **The “anthropocene”**. In: Earth system science in the anthropocene. Springer Berlin Heidelberg, 2006. p. 13-18. Disponível em: <http://mfkp.org/INRMM/article/13558644>. Acesso em: jun. 2015.

DANTAS, Marcelo B. **Direito ambiental de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 109.

FARBER, Daniel A. **Property Rights and Climate Change**, 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2418756>>. Acesso em: mar. 2015.

_____. Separated at Birth? Addressing the Twin Global Crises of Biodiversity and Climate Change. **UC Berkeley Public Law Research Paper**, n. 2593498, 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2593498>. Acesso em: jun. 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. São Paulo: RT, 1980.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. **Revista CEJ**, v. 4, n. 10, p. 114-118, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRER, Gabriel Real Ferrer Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. **Justiça e Cidadania**, n. 108, p. 16-19, 2009.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 260, p. 167-181, 2012.

IPCC. **Summary for Policymakers in Climate Change 2013: The Physical Science Basis**. Contribution of Working Group I to the fifth assessment report of the Intergovernmental panel on climate change 5. 2013. Disponível em: <http://www.climatechange2013.org/>>. Acesso em: jun. 2015.

_____. **Climate Change 2014. Impacts, Adaptation and Vulnerability: Regional Aspects**. Cambridge University, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILARÉ, Édís. Princípios fundamentais do direito do ambiente. **Revista dos Tribunais**, v. 756, p. 53, 1998.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Coimbra: Almedina, 1982.

SAX, Joseph L. Property rights and the economy of nature: Understanding Lucas v. South Carolina Coastal Council. **Stanford Law Review**, p. 1433-1455, 1993.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regramento jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Unibrasil – Cadernos da escola de direito e relações internacionais**, v.1, n.2, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SÉ, João Sento. Desapropriações anômalas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 152, p. 27-44, 1983.

SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. **Climate Change Litigation**. Analysing the law, scientific evidence & impacts on the environment, health and property. Presidian: Adelaide, 2006.

THE WORLD BANK. **Turn Down the Heat: Why a 4°C Warmer World Must be Avoided**, 2012. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/topic/climatechange/publication/turn-down-the-heat-climate-extremesregional-impacts-resilience>>. Acesso em: jun. 2015.

WEISS, Edith Brown. In fairness to future generations. **Environment: Science and Policy for Sustainable Development**, v. 32, n. 3, p. 6-31, 1990.

UNFCCC. **The Copenhagen Accord**, FCCC/CP/2009/11/Add.1. United Nations Framework.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO “HATE SPEECH” NAS DECISÕES DO STF: UM ESTUDO DE CASOS

Maria Vital da Rocha

Pós Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica). Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professora Titular do curso de graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro. Procuradora Federal (Advocacia Geral da União).
mavital@secrel.com.br

Lidiane Moura Lopes

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará.
lidimlopes@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade proceder ao estudo da aplicação da Teoria do “Hate Speech”, ou discurso do ódio, nas decisões proferidas pelo STF analisando, em especial, a ponderação de interesses entre a manifestação da liberdade de expressão e a limitação à autonomia da vontade em situações que expressam a intolerância movida por preconceitos referentes à origem étnica, ao exercício de cultos religiosos, orientação sexual, contra portadores de deficiência física ou mental, entre outras situações. O tema coloca em discussão ainda o direito à informação e os limites impostos pela censura, sob pena de violação dos direitos personalidade e consequente responsabilidade penal e civil.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do “Hate Speech”; Exercício da liberdade de expressão; Autonomia da vontade; Limitações; Responsabilidade.

The application of the hate speech theory in Brazilian Supreme Court decisions: a case study

ABSTRACT: This article aims to make the study of the application of the Theory of “Hate Speech”, or hate speech, the decisions handed down by the Supreme Court analyzed, in particular the balance of interests between the manifestation of freedom of expression and limiting the autonomy the will in situations that express intolerance motivated by prejudice related to ethnic origin, the exercise of religious cults, sexual orientation, against persons with physical or mental disabilities, among other situations. The theme puts in further discussion the right to information and the limits imposed by censorship, under penalty of violation of personality rights and consequent criminal and civil liability.

KEYWORDS: Theory of “Hate Speech”; Freedom of expression exercise; Freedom of choice; Limitations; Liability.

INTRODUÇÃO

A Teoria do “Hate Speech” também conhecida como discurso do ódio, da intolerância, ganha cada vez mais importância não apenas no direito comparado, em especial, nos Estados Unidos, mas também na nossa ordem jurídica. A manutenção da paz e da segurança depende, sem dúvida, da harmônica convivência entre os indivíduos, outro não é o ensinamento que extraímos inclusive do texto bíblico ao ordenar como segundo maior mandamento “Amarás o teu próximo como a ti mesmo” (Mt 22:39).

Estudar a Teoria do “Hate Speech” requer uma breve análise acerca dos limites do exercício ao direito de liberdade, considerado de forma ampla, abrangendo a possibilidade de manifestação religiosa, de crença, de pensamento, de imprensa e a censura que lhe é imposta como forma de respeito ao outro, com um conteúdo estabelecido pelo resguardo da dignidade da pessoa humana a direcionar o exercício com responsabilidade da cidadania.

Nosso Texto Constitucional consagra entre os direitos e garantias fundamentais, a liberdade de expressão, de pensamento, de crença, de culto, ao mesmo tempo em que veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, consoante prescreve o artigo 5º, incisos IV, VI e IX. Nada obstante, há que se estabelecer entre essas normas, aparentemente conflitantes, um espaço de diálogo, o que é possível por intermédio da necessária ponderação de interesses e a busca pela construção dos limites da tolerância.

Nesse sentido, o presente trabalho aborda sob um enfoque prático a aplicação da Teoria do “Hate Speech” no Brasil, em especial, nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, guardião maior dos reclames envolvendo as violações aos preceitos constitucionais.

A opção pelo estudo da metodologia utilizada nas decisões do STF ao configurar ou não tal prática discriminatória, não nos furta de uma breve análise do histórico da teoria, com ênfase nas decisões emanadas dos tribunais americanos que muito contribuíram para o desenvolvimento de seu conteúdo.

É sabido que os direitos não são absolutos, e essa relativização encontra o espaço necessário para o respeito ao próximo, sob pena de dupla responsabilização: nas esferas civil e penal, razão pela qual dedicamos os dois últimos tópicos à demonstração das consequências do reconhecimento da conduta e os meios de reparação do dano causado.

1 BREVE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA TEORIA DO “HATE SPEECH” NO DIREITO NORTE-AMERICANO

A Constituição norte-americana, em vigor desde 1789, introduziu a garantia à liberdade de expressão com a Primeira Emenda¹ (no ano de 1791). Trata-se, em parte, da consagração do discurso da minoria, no resguardo dos seus direitos, coibindo desarrazoadas manifestações de intolerância. Nos Estados Unidos há um fortalecimento do exercício da liberdade de expressão, notadamente, das informações divulgadas pela imprensa.

No caso citado, entendeu a Corte que o direito à privacidade apesar de importante e de ser reconhecida ainda a inadmissibilidade das interceptações feitas de forma clandestina, há na

¹ A Constituição americana sofreu vinte e sete alterações, sendo as dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*.

situação a necessidade de sobrepor o interesse público à divulgação da notícia, pela relevância que esta assumiu diante dos interesses privados.

A nação norte-americana convive com um paradoxo: é uma das mais (senão a mais) desenvolvida do mundo e, no entanto, ainda não superou os resquícios que os anos de segregação entre brancos e negros impuseram.

Antes de adentrar no discurso do ódio e suas consequências atuais para a nação norte-americana, é importante que se faça um breve relato histórico² da intolerância racial naquele país. Os negros chegaram aos Estados Unidos no final do século XVII na Virgínia. De início vinham como servos e o trabalho visava custear a viagem. No entanto, logo a escravidão tornou-se uma atividade legal e o tráfico negreiro uma excelente fonte de renda. Estima-se que no ano de 1860 os negros compunham uma parcela de mais de 4 milhões de escravos contra 500 mil homens livres.

Já no século XVIII os movimentos abolicionistas começam a despontar, em especial, com a chegada à Presidência da República de Abraham Lincoln, um abolicionista declarado. Os Estados do Sul, de tradição escravocrata, acabaram por romper com a federação dando origem à Guerra Civil Americana e fizeram com que Lincoln assinasse a Proclamação da Emancipação, libertando os escravos em 1863. Mas a história de segregação estava apenas começando.

Ainda no século XIX são promulgadas pelos Estados do Sul as chamadas “Leis Jim Crow” que visavam legitimar a discriminação racial e impedir que os negros exercessem o direito ao voto (uma contradição num país que consagrou a frase: “one man, one vote” ou “one person, one vote”). Instalou-se a era da segregação, chegando a tal ponto que era proibida a mistura entre brancos e negros em ambientes públicos (tais como escolas, cinemas, restaurantes), e para evitar a miscigenação era vetado também o casamento. Atingia até as instituições governamentais, a exemplo das Forças Armadas, segregando os negros em quartéis e locais de treinamentos específicos e sempre liderados por brancos, impedindo, inclusive, a ascensão à determinadas patentes.

O século XX traz uma onda de migração dos negros para Estados do norte, meio-oeste e oeste do país, onde a segregação era menor. A figura de Martin Luther King Jr, nascido no ano de 1929, em Atlanta, é um dos mais fortes símbolos da luta pela igualdade racial em solo americano. Há nos Estados Unidos uma longa trajetória voltada para a busca da igualdade que é constantemente atropelada por incidentes onde o ódio supera a racionalidade, seja de brancos contra negros ou vice-versa. O último caso³ até o fechamento do presente artigo ocorreu em Dallas, no Estado do Texas, em 7 de julho de 2016, quando pessoas participavam de uma manifestação em razão do assassinato de dois jovens negros pela Polícia⁴. Cerca de 100 policiais acompanhavam a multidão quando um homem armado de fuzil começou a atirar contra os oficiais e teria dito que sua intenção era a de “matar brancos, principalmente policiais brancos”.

O chefe das forças de segurança em Dallas, David Brown, é negro. O ataque provocou a morte de 5 policiais e do atirador Micah Johnson, um veterano do Afeganistão, que acabou morto por um robô que explodiu uma bomba. O fato levou o Presidente Barack Obama a afirmar que “quando as pessoas dizem que a vida dos negros importa, isso não quer dizer que a dos brancos

² Os dados históricos foram extraídos do *site*: <http://veja.abril.com.br/historia/morte-martin-luther-king/historia-negros-escravido-segregacao-igualdade.shtml>. Acesso em: 17, de novembro de 2016.

³ Informações extraídas da Revista Veja. Editora Abril. Edição 2486, ano 49, nº 28, de 13 de julho de 2016. p. 54-55. A reportagem recebeu o título de “As vítimas da Raça”.

⁴ No dia 06 de julho em Minnesota, Philando Castile, 32 anos, foi morto por policiais durante uma blitz. Levando sua mãe a declarar que “Nós (os negros) estamos sendo caçados”. Já o americano Alton Sterling, de 37 anos, foi morto pela polícia da Luisiana.

não têm relevância”. Afirmou ainda que “Essa não é apenas uma questão negra. Não é apenas uma questão hispânica. É questão americana, com a qual todos nós deveríamos nos importar. Cabe a todos nós dizer que podemos fazer melhor do que isso. Somos melhores do que isso”⁵. E em ato realizado no dia 12 de julho de 2016, em homenagem aos policiais mortos lembrou o Presidente⁶ que

Também sabemos que séculos de discriminação racial e escravidão não desaparecem simplesmente com o fim da segregação racial. Eles não pararam quando o doutor [Martin Luther] King fez o seu discurso. As relações raciais melhoraram dramaticamente ao longo da minha vida. Aqueles que negam isto estão desonrando as lutas que nos ajudaram a alcançar este progresso [...]. Se você é negro ou branco, todos temos visto a intolerância em nossas próprias vidas em algum momento.

Soma-se agora mais uma triste história das consequências que o ódio e a intolerância podem provocar.

2 UM CASO ESPECIAL: *BEAUHARNAIS VERSUS ILLINOIS*

Historicamente esse caso ocorrido na década de 50 envolvendo a intolerância racial ganhou bastante relevância. Na situação, Beauharnais distribuiu panfletos denominados de “White Circle of America”, seguido de um formulário de adesão, na cidade Chicago, cujo conteúdo era uma petição enviada ao Prefeito e à Câmara de vereadores onde manifestava a intenção de “acabar com as usurpações, os abusos e a violação dos direitos dos Brancos, os ataques contra suas propriedades, sua vizinhança e seus parentes pelos Negros”. Clamava ainda pela não mistura das raças.

O caso foi levado à Suprema Corte americana e ficou conhecido como Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, restando decidido no ano de 1952⁷. Processado e julgado, Beauharnais acabou condenado criminalmente pelo Estado de Illinois, cuja legislação penal proibia a discriminação em locais públicos e a atribuição de qualidades negativas às pessoas em razão da raça, da cor ou da crença, em manifesta prática do crime de difamação⁸.

O caso chegou até a Suprema Corte em razão de Beauharnais alegar em sua defesa o direito constitucionalmente assegurado ao exercício da liberdade de expressão. Sem dúvida, há o conflito direto entre o exercício da liberdade e o resguardo da igualdade o que é possível mediante o uso da tolerância no resguardo das minorias discriminadas.

3 O “HATE SPEECH” NO BRASIL: CASO *ELLWANGER*

Para estudar a aplicação da Teoria do “Hate Speech” no Brasil escolhemos um caso emblemático que ficou muito conhecido no meio jurídico, envolvendo Siegfried Ellwanger Castran que foi denunciado pela prática de racismo tendo sido essa recebida no dia 14 de novembro de

⁵ Extraído do site: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/protesto-contraviolencia-policia-deixa-3-agentes-mortos-e-7-feridos-nos-eua.html>, Acesso em: 17, de novembro de 2016.

⁶ Discurso extraído do site: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/os-eua-nao-sao-tao-divididos-quanto-parecem-diz-obama-em-dallas.html>, Acesso em: 17, de novembro de 2016.

⁷ Disponível no endereço eletrônico: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/case.html>

⁸ Dispunha a referida legislação: “*It shall be unlawful for any person, firm or corporation to manufacture, sell, or offer for sale, advertise or publish, present or exhibit in any public place in this state any lithograph, moving picture, play, drama or sketch, which publication or exhibition portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion which said publication or exhibition exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots [...]*”.

1991 pelo juízo da 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre (RS) e ao final absolvido da imputação. Decisão reformada pela Terceira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na data de 31 de outubro de 1996, condenando o réu a dois anos de reclusão e concedendo o benefício do “sursis penal”.

Siegfried Ellwanger Castran, proprietário da editora Revisão, que usava em suas obras o pseudônimo de S. E. Castan, foi acusado da prática de racismo por intolerância racial contra os judeus (publicou entre outros: *Holocausto: judeu ou alemão?* e *Acabou o gás!... O fim de um mito*)⁹. O autor questionava se de fato existiu o holocausto, defendendo ainda que as reais vítimas seriam os alemães. Consta que o escritor era filiado à corrente denominada de “revisonismo histórico” (Escola Negacionista) contestando os fatos históricos e suas provas, entendia que o holocausto seria um “mito”.

O Supremo Tribunal Federal ao decidir a questão manifestou-se sobre o conflito entre a liberdade de expressão (neste caso, com nítido caráter antissemita) e o resguardo dos direitos humanos lato sensu, em especial a não discriminação pelo racismo em razão da origem. A alegação da defesa de que não sendo os judeus uma raça, mas sim um povo não afastaria o ato praticado por Ellwanger do crime tipificado como racismo.

Na análise do HC 82.424/RS, o STF apreciou ainda o conteúdo e alcance da expressão “racismo” e após concluir que tal delimitação compreende manifestações antissemitas, passou à construção de uma solução que ponderasse o conflito entre os dois direitos fundamentais discutidos: a liberdade de expressão e o exercício da igualdade (pela não admissão de práticas discriminatórias ou racistas).

Em breve síntese do caso, apresentamos o andamento do processo no STF, oportunidade em que apontamos as ideias defendidas ao longo do julgamento e que demonstram a complexidade do tema.

De início o Ministro Moreira Alves defendeu a tese de que os judeus não podem ser considerados “raça” e concedeu o HC, declarando extinta a punibilidade do paciente, posto que, seria o fato prescritível. Na sequência, o então Ministro Maurício Corrêa questionou a interpretação meramente semântica utilizada pelo ministro Moreira Alves ao analisar o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, por entender que o termo “racismo” é mais amplo do que a mera definição dos tipos raciais (brancos, negros, índios, etc.). Pontuou ainda que o termo “raça” encontra-se superado.

Em manifestação que trataremos mais adiante, o Ministro Marco Aurélio concedeu o Habeas Corpus e defendeu o exercício à liberdade de expressão¹⁰ (prevalência da liberdade de manifestação de pensamento). Ao final, delimitou o racismo ao preconceito contra os negros.

Eis a decisão final da Suprema Corte sobre o caso

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias

⁹ São obras publicadas por Ellwanger: “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “Holocausto Judeu ou Alemão?”, de S.E. Castan (2 unidades); “A História Secreta do Brasil”, de Gustavo Barroso; “Os Conquistadores do Mundo”, de Louis Marschalko; “Hitler, Culpado ou Inocente?”, de Sérgio Oliveira, e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, texto completo e apostilado por Gustavo Barroso (informação extraída do site <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=62411>. Acesso em: 17, de novembro de 2016.

¹⁰ Entendemos oportuno citar Norberto Bobbio na clássica “*A Era dos Direitos*” que ao tratar da intolerância assevera que “é melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar” (1998, p. 214).

preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) **constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade** (CF, artigo 5º, XLII). [...]” (BRASIL. HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ o Acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 19/3/2004).

O STJ no julgamento do Habeas Corpus nº 169.181/RS, decidido em 27 de agosto de 2012, ratificou o entendimento esboçado sobre o caso anteriormente pelo STF, decidindo por unanimidade, ao final, conhecer parcialmente da ordem de habeas corpus e denega-lhe provimento.

4 O STF E A PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA ANÁLISE DO “HATE SPEECH”

Houve por parte da doutrina críticas à metodologia utilizada pelo STF na decisão do caso “Ellwanger”. A Corte orientou-se pela técnica da “ponderação de interesses”, há muito conhecida pelos constitucionalistas. Neste sentido, observa Daniel Sarmento (2009, p. 42) que a posição tomada pelo STF apesar de aplaudida foi alvo de críticas quanto à metodologia adotada.

Discriminações positivas ou ações afirmativas constituem a outra faceta do tema debatido, seu contraponto, pois visam justamente o resguardo e a inclusão das minorias, tais como os afrodescendentes, os indígenas e os portadores de deficiência. Constituem-se em elemento realizador da justiça social e, senão erradicador, ao menos mitigador das desigualdades econômicas, sociais e históricas.

No caso Ellwanger, o STF não fincou uma decisão que deveria ser paradigmática e isso é perceptível pela análise dos votos proferidos, oscilando em teses contrapostas sem o aprofundamento necessário da questão, limitando-se ao final a propor a técnica da ponderação de valores. Não se atentou para o fato de que a discussão central era a prática ou não do racismo pelo paciente. Ademais, se configurada a ilicitude da conduta, jamais poderia o ordenamento jurídico aceitá-la, afastando a necessidade da ponderação na situação.

Eros Roberto Grau (2014, p. 343) analisou o caso em questão refletindo sobre a construção da decisão e criticando o que chama de “supervalorização dos princípios” que entende trazer incertezas incompatíveis com a segurança almejada das decisões judiciais, em especial, de uma Corte Suprema. Observa que naquele julgamento foram tomadas “decisões diametralmente opostas”, a saber

Os Mins. Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram uso da proporcionalidade [...] O Min. Marco Aurélio ponderando os dois princípios, entendeu que a restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita **não é uma medida adequada, necessária e razoável; não constitui**, pois **restrição permitida pela Constituição**. Para o Min. Gilmar Mendes a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de coibir a intolerância racial e de preservar a dignidade humana **é adequada, necessária e proporcional**; **é portanto permitida pela Constituição**. [grifo nosso]

Na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Robert Alexy (2015, p. 149) exemplifica algumas situações conflitantes, que caberia à técnica da ponderação resolver, tais como

a existência de um direito, garantido à imprensa, de manter sigilo acerca de seus informantes, mesmo nos casos [...] em que [...] o objeto da investigação seja um crime doloso de traição à pátria e os redatores sejam suspeitos de serem os autores do crime, e os informantes, seus cúmplices.

Desta forma, que ao repudiar a prática do “hate speech” há uma limitação à autonomia da vontade, não resta dúvida. O problema consiste em justificar essa incursão na livre manifestação da expressão sem configurar o abuso estatal tolhendo o pleno exercício dos direitos da personalidade e ao mesmo tempo delimitar os limites da tolerância.

Interpretando o pensamento de Sigmund Freud trazemos as oportunas conclusões de que “o homem não somente é dotado de instintos de vida e, portanto, de preservação (Eros), mas também de instintos agressivos e/ou de destruição, que por sua vez, precisam conviver em equilíbrio, uma vez que um sustenta o outro” (CALLEGARI et al., p. 16).

Daniel Sarmiento (2009, p. 77) em artigo dedicado ao tema propõe a seguinte indagação: até que ponto, deve-se tolerar o intolerante? E a seguir responde citando autores como Karl Popper (que trata do “paradoxo da tolerância”) e John Rawls que é preciso estabelecer limites e se necessário punir os intolerantes para resguardo da segurança.

5 IMPLICAÇÕES PENAIS: CÓDIGO PENAL E LEI Nº 7.716/89

No ordenamento pátrio, nosso Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940) prevê no Capítulo V do Título III, os crimes contra a honra, na seguinte ordem: calúnia (art. 138); difamação (art. 139); e a injúria (art. 140 – *animus injuriandi*). Doravante faremos uma breve análise dos tipos penais mencionados, suas consequências e entrelaçamento com o assunto estudado.

O crime de calúnia consiste na imputação de fato definido como crime sabendo que esta falsa, seja porque não ocorreu ou a autoria está errada. Há a nítida intenção de prejudicar a vítima. O CP prevê a aplicação de pena de detenção que varia de seis meses a dois anos, e multa¹¹. Já no crime de difamação também há a imputação de fato, mas que não é criminoso, porém desonroso à vítima, podendo ser ou não verdadeiro. A pena é de detenção, de três meses a um ano, e multa¹². Os dois crimes são, em regra, de ação penal privada, cuja titularidade é do querelante (ofendido) e a peça inaugural é a queixa-crime¹³.

O crime de injúria está previsto no artigo 140 do CP nos seguintes termos: injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Cominando a pena de detenção, de um a seis meses, ou multa. Dedicaremos uma atenção maior a este tipo penal em razão da similitude que guarda com o crime de racismo, não raras vezes causando confusão quanto ao verdadeiro enquadramento legal.

A injúria é um crime contra a honra subjetiva, exigindo que o sujeito passivo tenha capacidade suficiente para entender a expressão lesiva à sua honra (atribuição de uma qualidade negativa). Há ofensa à dignidade (valores morais) ou ao decoro (atingindo o respeito ou as características físicas ou intelectuais) da vítima, como por exemplo, chama-la de ladrão, gigolô, safado, mau caráter, macaco, entre outras expressões depreciativas.

¹¹ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

¹² Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

¹³ Procede-se mediante ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça quando a ofensa atinge a honra do Presidente da República, ou de chefe de governo estrangeiro. E ainda mediante representação do ofendido quando é praticada contra funcionário público, em razão de suas funções.

Ocorre que o Código Penal prevê ainda a chamada “injúria preconceituosa” ou “racismo impróprio”¹⁴ exigindo do sujeito ativo um especial fim de agir, qual seja, discriminar a vítima (pessoa determinada) em razão da sua raça, cor, etnia, religião, origem, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Trata-se de um crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, afiançável e prescritível.

Antes de adentrar na análise da Lei nº 7.716/89 importa observar o tratamento constitucional dado ao racismo e o repúdio às práticas discriminatórias nos seguintes preceitos:

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

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

Conforme se observa trata-se de um dos objetivos fundamentais e também um princípio norteador. Ademais, já no artigo 1º, inciso III temos como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, sendo um dos bens jurídicos tutelados pela Lei antirracismo, ao lado da tutela da igualdade.

O artigo 5º do Texto Constitucional assevera em seu *caput* que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” e prossegue dispondo que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inciso XLII).

A prática de uma infração penal possibilita ao Estado a aplicação da sanção prevista em lei (exercício do *ius puniendi*). No entanto, em razão da segurança jurídica, a pretensão punitiva estatal encontra um limite na previsão legal de um lapso temporal que deve ser observado e findo o qual há a perda do direito de punir ou de executar a pretensão punitiva. Conclui-se, portanto, que a prescrição é uma sanção aplicada ao Estado e tem como consequência a extinção da punibilidade, consoante prevê o artigo 107, inciso IV, 1ª parte do Código Penal. Ensina Paulo Queiroz que a prescrição é uma das causas extintivas da punibilidade mais importante, posto que extingue tanto a pretensão punitiva quanto a executória e conclui numa observação crítica que

[...] como regra, vigora o princípio da prescribibilidade de todos os crimes, de ação penal pública ou privada, hediondos ou não. Mas a Constituição previu uma exceção ao declarar imprescritíveis: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV), exceção injustificável, uma vez que crimes tão ou mais graves são passíveis de prescrição (latrocínio, homicídio, etc). Também são imprescritíveis, em geral, os chamados crimes internacionais, de competência dos tribunais internacionais, a exemplo dos crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão (art. 29), previstos no Estatuto de Roma (art. 5º), que criou o Tribunal Penal Internacional (2013, p. 590).

A Lei nº 7.716/86 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, conhecida como Lei de Racismo, especificamente, no art. 20 dispõe que: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa”. O que vem ao encontro da previsão contida na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969, prevendo em seu artigo IV, alínea “a” que os Estados partes se comprometem a

¹⁴ Art. 140. § 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

O crime de racismo pressupõe em regra segregação e atinge uma coletividade (sujeitos indeterminados). Discrimina-se toda uma raça e não uma pessoa específica. Conforme dito anteriormente, diferente da injúria, esse crime é inafiançável e imprescritível. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) também ilustra uma situação em que se configurou o racismo¹⁵

1ª Turma Criminal do TJDF manteve uma condenação por crime de racismo de um homem que se autodenomina “*skinhead*” e que fez apologia ao racismo contra judeus, negros e nordestinos em página da internet. De acordo com os desembargadores, que mantiveram a condenação à unanimidade, “o crime de racismo é mais amplo do que o de injúria qualificada, pois visa atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos, discriminando toda a integralidade de uma raça. No caso, o conjunto probatório ampara a condenação do acusado por racismo”.

Ademais, a análise do art. 20 da Lei nº 7.716/86 revela a opção do legislador em restringir a abrangência das situações que configurariam a prática do racismo, quais seja, o preconceito decorrente de raça cor, etnia, religião ou procedência nacional, relegando outras como a discriminação decorrente de opção sexual. E foi justamente essa situação que levada ao STF em denúncia oferecida pelo Procurador Geral da República contra o parlamentar que publicou no *Twitter* a seguinte frase: “a podridão dos sentimentos homoafetivos leva ao ódio, ao crime, à rejeição”, acabou rejeitada por entender a 1ª Turma da Corte Suprema tratar-se de fato atípico, nos seguintes termos:

Ante a atipicidade da conduta, a 1ª Turma não recebeu denúncia oferecida contra Deputado Federal que teria publicado na rede social “twitter” manifestação de natureza discriminatória em relação aos homossexuais. A Turma destacou que o artigo 20 da Lei 7.716/1989 — assim como toda norma penal incriminadora — possui rol exaustivo de condutas tipificadas, cuja lista não contempla a discriminação decorrente de opção sexual [...]. O Ministro Roberto Barroso consignou que o comentário do parlamentar teria sido preconceituoso, de mau gosto e extremamente infeliz. Aduziu, entretanto, que a liberdade de expressão não existiria para proteger apenas aquilo que fosse humanista, de bom gosto ou inspirado. Ressaltou que seria razoável entender que o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvessem manifestações de ódio (“hate speech”). Ponderou que haveria um projeto de lei nesse sentido em discussão no Congresso Nacional. O Ministro Luiz Fux acrescentou que o STF, ao julgar a legitimação da união homoafetiva, entendera que a homoafetividade seria um traço da personalidade e que, portanto, ela não poderia trazer nenhum discrimine, de sorte que a fala do parlamentar, ao mesmo tempo, ultrajaria o princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Inq 3590/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/8/2014).

Em síntese, proferir manifestações de natureza discriminatória em relação aos homossexuais não configura o crime do art. 20 da Lei nº 7.716/86. A análise leva em consideração o Princípio da Legalidade, ou melhor, da Estrita Legalidade, observado quanto aos tipos penais incriminadores, sendo a conduta considerada atípica por não se subsumir ao referido tipo legal (*Tatbestand*). Revela ainda, a necessária preponderância da segurança jurídica¹⁶.

¹⁵ Extraído do site: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79571-conheca-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>. Acesso em: 17, de novembro de 2016.

¹⁶ Nas palavras de Nilo Batista, temos que “o princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’ que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni” (BATISTA, 1990, p. 67).

6 REPARAÇÃO DO DANO: MÉTODOS DE MENSURAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Não resta dúvida de que uma vez provocado dolosamente um dano, o curso natural é o seguimento da devida reparação. E em se tratando de condutas que ameaçam direitos tutelados constitucionalmente como os abordados no presente artigo outra não poderia ser a conclusão ao analisarmos o Código Civil, em especial, o Capítulo que disciplina os Direitos da Personalidade, dispondo que

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Se não foi possível evitar a lesão a punição e a conseqüente reparação do dano causado são conseqüências que se impõe. No caso da prática do “Hate Speech” vimos que há implicações na seara criminal da qual resultam a conseqüente imposição da sanção penal, mas que em obediência à independência das instâncias, não obsta que a vítima busque na esfera civil a composição dos prejuízos morais ou materiais suportados.

Selecionamos um caso envolvendo o julgamento de uma apelação pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação nº 0192984-85.2012.8.26.0100), cuja apelante Uni - União Nacional das Entidades Islâmicas, e apelado Google Brasil Internet Ltda. Segundo dados trata-se de uma Ação Cominatória Cumulada com Indenização e cujo julgamento ficou assim estabelecido

Pedido de remoção da internet do vídeo intitulado “Inocência dos Muçulmanos”. Conflito entre a liberdade artística e de expressão com a liberdade religiosa. Na colidência de tais princípios, no caso, devem prevalecer os primeiros. Nas situações limítrofes, a liberdade de expressão deve prevalecer. Indenização que, por sua vez, se revela de todo descabida, na medida em que não é dado ao provedor exercer controle ou fiscalização prévia sobre o conteúdo disponibilizado. Sentença confirmada. Recurso desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0192984-85.2012.8.26.0100)

No caso em questão, a parte apelante argumentou que o conteúdo do vídeo continha explícita manifestação preconceituosa e ofensiva ao Islã, suscitando o ódio e intolerância religiosa. Ocorre que em 1º grau, a sentença também julgou improcedente a demanda, o que foi conforme visto, confirmado pelo Tribunal. A decisão foi escolhida por citar expressamente o termo “Hate Speech”

Sob o prisma do conteúdo, não há qualquer frase discriminatória ou reveladora de ódio contra os muçulmanos o denominado hate speech, na letra da música em questão. Aliás, a canção sequer menciona ou faz alusão, positiva ou negativa, ao islamismo e seus seguidores (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0192984-85.2012.8.26.0100)

A utilização das redes sociais como forma de propagação do ódio tornou-se prática comum que precisa ser coibida, sem dúvida o reconhecimento da responsabilidade e a imposição da sanção e condenação à indenização são os meios que o Estado tem para frear a propagação da intolerância.

CONCLUSÃO

O discurso do ódio ou mais conhecido como Teoria do “Hate Speech” ganha contornos relevantes numa era em que predomina o acesso à informação e a rapidez na propagação de notícias via rede mundial de computadores relativiza as fronteiras. No entanto, se a globalização e os recursos tecnológicos uniram os “mundos” o ódio e a intolerância ainda dividem uma nação.

Estabeleceu-se um confronto, ao menos aparente, entre alguns direitos assegurados constitucionalmente, quais sejam: o exercício da liberdade de expressão e manifestação do pensamento (expressão da autonomia da vontade como direito da personalidade, consoante prescreve nossa Constituição Federal e o Código Civil dedica um Capítulo) *versus* o resguardo da igualdade e o repúdio a todas as formas de discriminação.

A livre manifestação das ideias por todas as formas de expressão assegura o pleno exercício da personalidade, mas precisa compatibilizar-se com a ordem jurídica global, numa interpretação sistemática em que a ponderação de interesses encontra amparo na realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nosso Supremo Tribunal Federal chamado a manifestar-se em situações em que há a colisão desses direitos, optou pela adoção da técnica da ponderação de interesses, criticada no âmbito doutrinário em razão das argumentações conflituosas que se construíram e da necessidade de assegurar o mínimo de segurança jurídica por intermédio da criação de uma verdadeira Teoria da Decisão, ainda não alcançada.

Saliente ainda que as condutas configuradoras do “Hate Speech” ou incitamento ao ódio e à intolerância são na maioria das vezes também tipificadas como crime no nosso ordenamento, seja no Código Penal com o tipo da injúria preconceituosa ou na Lei 7.716/89, que trata do crime de racismo.

Há, outrossim, a possibilidade de uma vez configurada a ofensa (e a lesão à personalidade e à honra) a consequente obrigação de reparar o dano causado que dever ser pleiteada pela vítima na instância civil. E por vítima, entenda-se, inclusive, uma coletividade ofendida.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BOBBIO, Norberto et all. **Dicionário de Política**. Vol.1. 11. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.
- _____. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1990.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus**. 82.424/RS. Brasília
- CALLEGARI, André Luís. et al. **O crime de Terrorismo: Reflexões críticas e comentários à Lei de Terrorismo: de acordo com a Lei nº 13.260/2016**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. Tomo II. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada: Conflitos entre Direitos da Personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Gen/Forense, 2009.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal. Vol. 1**. Parte Geral. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. In: Leituras Complementares de Direito Civil. O direito civil-constitucional em concreto. Organizador: Cristiano Chaves. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 39-95.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VALENTE, Ana Lúcia. **Ser Negro no Brasil de Hoje**. 16. ed. São Paulo: Moderna, 1994.

OS CICLOS DO CONSTITUCIONALISMO ECOLÓGICO

José Adércio Leite Sampaio

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República.

joseadercio.contato@gmail.com

RESUMO: A questão ambiental ingressou no temário das Constituições apenas no final do século XX. Desde então, tem passado por um rápido processo de universalização e de “densificação” normativa. Os ciclos constitucionais evoluíram de proclamações retóricas ou programáticas da proteção ambiental ao reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, prenunciando uma guinada ainda incipiente na direção de um “constitucionalismo verde profundo” ou “ecocêntrico”. O cenário político e institucional ainda é muito instável e dinâmico para que se conclua pela definição de adotado um novo paradigma do constitucionalismo ecológico. Dúvidas sobre a efetividade de suas normas e o empenho do status quo econômico lançam suas sombras sobre a efetividade desse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo ecológico; Ciclos constitucionais; Proteção ambiental.

The cycles of ecological constitutionalism

ABSTRACT: Environmental issues entered into agenda of the Constitutions only in the late twentieth century. Since then it has gone through a rapid process of universalization and “densification” of its rules. The constitutional cycles have evolved from rhetorical or programmatic proclamations of environmental protection to the recognition of a fundamental right to a balanced environment, foreshadowing an incipient shift toward a “deep green” or “ecocentric constitutionalism”. The political and institutional setting is still very unstable and dynamic in order to conclude the definition of a new paradigm of ecological constitutionalism. Doubts about the implementation of its rules and the opposition of the economic status quo cast their shadows on the effectiveness of this process.

KEYWORDS: Ecological Constitutionalism; Constitutional cycles; Environmental protection.

INTRODUÇÃO

Quando foi aprovada a Declaração de Estocolmo, em 1972, raras eram as Constituições que tratavam do tema ambiental. Desde então, é notável o crescimento da afirmação constitucional do tema na forma de um dever geral de tutela, mas sobretudo como um novo direito fundamental. Se, em alguns países, as cortes se têm valido de uma interpretação mais ou menos criativa para extraí-lo de um texto silente, cada vez mais, mais esse silêncio é substituído pelo reconhecimento expresso. Calcula-se que, hoje, pelo menos, cento e cinquenta Constituições versem sobre a questão ambiental, entre as quais, noventa e duas, no mínimo, fazem-no por meio da

Recebido em: 4 nov. 2016. Avaliado em: 20 e 22 nov. 2016.

afirmação de um direito ao meio ambiente equilibrado (BOYD, 2015a, p. 172),¹ sendo, da safra dos novos direitos fundamentais, o que mais foi reconhecido constitucionalmente nos últimos quarenta anos (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1200-1201). Esse fenômeno é chamado de diversas formas — e de acordo com a ênfase que se dê — como “constitucionalismo ambiental”, “verde”, “ecológico” ou, em sua expressão universalizante, como “mundialização” ou “globalização” do constitucionalismo “ambiental”, “verde”, “ecológico” ou, ainda, “constitucionalismo ambiental global”², “a representar a convergência do direito constitucional, do direito internacional, dos direitos humanos e do direito ambiental” (MAY; DALY, 2015, p. 1).

As primeiras manifestações constitucionais sobre a questão ambiental tinham um caráter mais programático tanto na forma de um dever genérico de proteção de aspectos particulares do meio ambiente como o patrimônio histórico e cultural ou do patrimônio e recursos naturais como, de modo mais abrangente, da própria natureza. A viragem dos anos 1970 e 1980 passou a assistir a uma redefinição desse quadro, por meio da afirmação de um direito ao meio ambiente não poluído, livre de contaminação, adequado, sadio, equilibrado, conforme as diferentes dicções constitucionais, tanto pela reinterpretação do mero dever de proteção, imposto, primariamente ao legislador, a quem cabia definir-lhe o conteúdo ou modo de exercício, quanto do próprio reconhecimento de um direito em sentido subjetivo e de aplicação direta pelas cortes (VERNET; JARIA, 2007, p. 526).

Um terceiro ciclo das Constituições ecológicas (ou ambientais), consagrador de um “constitucionalismo verde profundo”, estaria a definir-se com a proclamação de “direitos ambientais pós-humanos” ou “direitos ambientais *stricto sensu*”³. O prenúncio estaria nas referências de um “direito da natureza” nas Constituições de alguns países, todavia, radicalizado por uma guinada ecocêntrica no final da primeira década do século atual. Nessa nova fase, haveria um vero “direito da natureza”, superador do mero “direito à natureza”, atribuindo-se titularidade ou

¹ Esse número varia, de acordo, como se verá, com a interpretação dada ao texto constitucional e ao sentido da palavra “direito”. Para Daly, haveria cerca de 95 países que o reconheciam, substantivamente, e, entre 30 e 40, processualmente, a considerar seu desenvolvimento legislativo (DALY, 2012, p. 72). Existiriam 76 que reconheceriam um direito individual ao meio ambiente equilibrado (MAY; DALY, 2015, p. 4). Boyd, em mesma data, via tais direitos em 93 Constituições (BOYD, 2012, p. 59). Para Tim Hayward, escrevendo quase 10 anos antes, em torno de 50 Constituições afirmariam esse direito entre mais de 100 que previam algum tipo de proteção ambiental (HAYWARD, 2005, p. 3-4). Para Bosselmann, no entanto, no mesmo 2015 de May e Daly, haveria algo como 92 Constituições que explicitamente reconheciam o direito entre 125 que estabeleciam normas ambientais em geral, com predominância para os países em desenvolvimento (107 delas) (BOSELMMANN, 2015, p. 177). O próprio Boyd, citado no texto, afirmou também em 2015 que, em, pelo menos, 110 países garantiam, em suas Constituições, a proteção ambiental (2015b).

² Essa expressão pode apresentar, pelo menos, quatro sentidos: um, mais empregado no texto, refere-se ao movimento expansivo do tema para os textos constitucionais em diversos países; outro, a mencionar um “constitucionalismo global para além do Estado”, a estabelecer instituições e normas transnacionais de governança ambiental (GAREAU, 2013; KOTZÉ, 2012; KYSAR, 2012; BODANSKY, 2009; PALMER, 1992). Um terceiro, a indicar a emergência de normas ambientais internacionais que assumem um caráter de fundamentalidade capaz de influenciar os ordenamentos jurídicos internos (ARAGÃO, 2014, p. 18). E, enfim, o diálogo de dentro para fora e de fora da dentro dos países, a partir dos ideais e princípios constitucionais ambientais que criariam um espaço de convergência que facilitaria uma “institucionalidade ambiental e internacional”, assim como seriam também influenciados pelas iniciativas e documentos internacionais sobre o ambiente, ampliando aquele espaço (BOSELMMANN, 2015, p. 172). Registre-se o esforço ainda de autores que procuram diferenciar um “constitucionalismo ambiental fundamental”, referido ao direito ao meio ambiente equilibrado, e um “constitucionalismo ambiental estrutural”, identificado pelas relações entre competências constitucionais centrais e periféricas no âmbito da proteção ambiental (HUDSON, 2015).

³ Empregar-se-á, preferencialmente, no texto a expressão “direito fundamental ao meio ambiente equilibrado”. O termo “direitos ambientais” lhe é sinônimo para fins do artigo, ambos a se referirem ao plexo de situações de vantagem, tanto processuais (informação, participação, acesso ao Judiciário) quanto materiais (meio ambiente equilibrado). Não se desconhece que alguns autores o associam também a outros direitos humanos como o acesso à água, à alimentação, à moradia, à saúde e à educação. Ou a eles se referem como direitos do ambiente em si considerado. Na perspectiva antropocêntrica adotada, o equilíbrio do ambiente contempla, para os seres humanos, o atendimento daquelas necessidades. Veja-se SHELTON, 1991.

mesmo subjetividade ora à “comunidade da Terra”, à “Gaia” em sua inteireza; ora a seres não humanos, animais especialmente.

O presente texto aborda esse fenômeno, sob um recorte analítico e empírico, valendo-se, metodologicamente, da revisão bibliográfica associada à análise comparativa dos textos das Constituições de diversos países.

1 O CICLO CONSTITUCIONAL DE ENUNCIÇÕES PROGRAMÁTICAS: A INTENÇÃO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

As primeiras Constituições que trataram do tema ambiental o fizeram de um modo mais enunciativo de propósitos ou programas, que haveriam de guiar a atuação do Estado, do que instituidor de deveres jurídicos capazes de possibilitar exigibilidade. A positivação constitucional se fazia por meio de enunciações programáticas e, de regra, sobre aspectos particulares do ambiente. A Constituição italiana foi a grande precursora dessa fase, embora tratasse apenas do patrimônio histórico e cultural: “A República [...] tutela a paisagem e o patrimônio histórico e artístico da Nação” (ITÁLIA, 1947, art. 9.2).⁴

Lendo-se sob os olhos daquele tempo, seria até difícil a associação dessa proteção ao meio ambiente como se faz hoje. De toda forma, abria-se o horizonte da ideia de fraternidade ou solidariedade que inspiraria a defesa de um direito ao meio ambiente que contemplasse além dos aspectos naturais, uma dimensão cultural (HÄBERLE, 2009). Algo que, na Suíça, desenvolveu-se com particular antecipação aos demais países.

A proteção fragmentária e instituída na forma de repartição de competência federativa, nem por isso menos louvável, era a grande tônica da Constituição helvética que, já em 1874, dispunha sobre o dever de proteção das florestas e da adoção de medidas contra as enchentes (art. 24). Em 1953, instituiu o dever estatal de proteger lagos e rios (FOEN, 2013, p. 5). Em 1957, obrigou-se o legislador federal a aprovar normas contra os perigos das radiações ionizantes (art. 24d.2). A viragem para o que seria, depois em outros países, o processo de constitucionalização da proteção do meio ambiente ou da natureza, definidora do segundo ciclo das Constituições ecológicas, dar-se-á na Suíça com a introdução, em 1962, de normas constitucionais, aprovadas por mais de 90% do eleitorado, que previam o dever geral de proteção da natureza e do patrimônio cultural (art. 78), dividindo as competências entre poder federal e cantonal.

Aos cantões era atribuída a competência para proteção da natureza e da paisagem. Cabia à Confederação cuidar, no desempenho das suas funções, dos aspectos característicos da paisagem, das localidades evocativas do passado, dos pontos turísticos, reservas e monumentos naturais, mantendo-os intactos sempre que houvesse um interesse público preponderante. Para tanto, poderia apoiar, por meio de subvenções e contratos, os esforços de proteção da natureza e da paisagem ou mesmo expropriar áreas de importância nacional. Estava também autorizada a legislar sobre a preservação da fauna e flora (art. 24e)⁵. Em 1968, a garantia do “uso criterioso de

⁴ La Repubblica [...] tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

⁵ Art. 24sexies: 1 La protection de la nature et du paysage relève du droit cantonal. 2 La Confédération doit, dans l'accomplissement de ses tâches, ménager l'aspect caractéristique du paysage et des localités, les sites évocateurs du passé, ainsi que les curiosités naturelles et les monuments et les conserver intacts là où il y a un intérêt général prépondérant. 3 La Confédération peut soutenir par des subventions les efforts en faveur de la protection de la nature et du paysage et procéder, par voie contractuelle ou d'expropriation, pour acquérir ou conserver des réserves naturelles, des sites évocateurs du passé et des monuments d'importance nationale. 4 Elle est autorisée à légiférer sur la protection de la faune et de la flore.

solo” e o “uso racional da terra” foi também imposta à Confederação e aos cantões (art. 22^{quater}) (SUÍÇA, 1874/1999).

O processo de universalização do constitucionalismo do ambiente se inicia mais claramente nos anos setenta do século XX. A Suíça não poderia deixar de ocupar a cimeira desse processo, com a introdução do artigo 19^f, que, na linha do que já se vinha fazendo na década anterior, atribuía à legislação federal o dever de conferir proteção ao homem e ao seu ambiente natural contra os efeitos nocivos ou incômodos a que estavam submetidos, particularmente, a poluição atmosférica e sonora (SUÍÇA, 1874/1999) (SCHMITT, 2012, p. 83-84). No mesmo ano, o texto constitucional da Bulgária (a denominada “Constituição Zhivkov”) introduziu, no “constitucionalismo balanço” dos países comunistas, o temário ambiental, ao dispor que: “a proteção e a conservação da natureza e dos recursos naturais, da água, do ar e do solo, bem como os seus monumentos culturais são deveres das autoridades públicas e das empresas, cooperativas e organizações públicas, e de cada cidadão” (art. 31)⁶.

Muitos dos países comunistas seguirão o precedente. A reforma da Constituição, realizada pela Polónia em 1976, parece até já prenciar um direito mais que uma competência ou tarefa de Estado, que marcará o ciclo constitucional seguinte, ao dispor: “Os cidadãos da República Popular da Polónia terão o direito de beneficiar-se do ambiente natural e o dever de protegê-lo” (POLÓNIA, 1976, art. 71).⁷ A Constituição soviética do ano seguinte é menos explícita a esse respeito, embora, como elemento do direito à saúde, reconhecido aos cidadãos, inclua medidas “para melhorar o meio ambiente” (art. 42). Entretanto, seguindo de perto a redação da Constituição cubana do ano anterior (CUBA, 1976, art. 27)⁸; — e, talvez, portuguesa do mesmo ano —, refira-se à proteção ambiental como interesse das gerações presentes e futuras (art. 18) (URSS, 1976)⁹. O texto chinês de 1982 retoma a linha de atribuição de um dever estatal de salvaguarda e melhoria do “ambiente vivo” e do “ambiente ecológico”, prevenindo e controlando a poluição (CHINA, 1982, art. 26).¹⁰

Fora do eixo comunista, algumas Constituições também passaram a prever disposições sobre o meio ambiente, ainda com o feitiço de um dever do Estado mais que um direito de indivíduos ou da coletividade, todavia, nos passos da Suíça, já avançando sobre mera “norma em projeto” ou “enunciações semânticas”. A Constituição da Suécia de 1974 estabelecia como tarefa do Estado, em seu artigo 2(3), a defesa do patrimônio e recursos naturais (CORDINI, 1995, p. 36). No ano seguinte, o texto grego dispunha que a proteção do ambiente natural e cultural constituía um dever estatal, cabendo-lhe adotar as medidas preventivas ou repressivas necessárias

⁶ Защитата и опазването на природата и природните богатства, на водата, въздуха и почвата, както й на културните паметници е задължение на държавните органи и предприятия, кооперациите и обществените организации и дълг на всеки гражданин.

⁷ Citizens of the Polish People's Republic shall have the right to benefit from the natural environment and it shall be their duty to protect it.

⁸ The State protects the environment and natural resources of the country. It recognizes their close link with the sustainable economic and social development for making human life more sensible, and for ensuring the survival, welfare, and security of present and future generations. It corresponds to the competent organs to implement this policy. It is the duty of the citizens to contribute to the protection of the water and the atmosphere, and to the conservation of the soil, flora, fauna, and all the rich potential of nature.

⁹ In the interests of the present and future generations, the necessary steps are taken in the USSR to protect and make scientific, rational use of the land and its mineral and water resources, and the plant and animal kingdoms, to preserve the purity of air and water, ensure reproduction of natural wealth, and improve the human environment (art. 18). Citizens of the USSR have the right to health protection. This right is ensured by [...] the development and improvement of safety and hygiene in industry; by carrying out broad prophylactic measures; by measures to improve the environment (art. 42).

¹⁰ The state protects and improves the living environment and the ecological environment, and prevents and controls pollution and other public hazards. The state organizes and encourages afforestation and the protection of forests.

para promovê-la (GRÉCIA, 1975, art. 24.1).¹¹ Um dos mais ousados dos textos constitucionais desse ciclo, embora com um traço semântico ou programático bem presente, talvez seja o da Constituição de Papua Nova Guiné, também de 1975, a declarar como objetivo do Estado a conservação e uso em benefício de todos, dos recursos naturais e do meio ambiente, devendo ser restaurados em benefício também das futuras gerações (PAPUA NOVA GUINÉ, 1975, art. 4).

2 O CICLO CONSTITUCIONAL ANTROPOCÊNTRICO: O DIREITO À NATUREZA

O texto constitucional português de 1976 pode ser apontado como o primeiro grande marco da nova fase de positivação, agora, jus fundamental do meio ambiente. Em seu artigo 66.1 proclamava: “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”. Em seguida, impunha ao Estado a obrigação de prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas; criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica; e de promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses. Chama a atenção, a antecipada preocupação com o acesso à Justiça ambiental, ao reconhecer ao cidadão ameaçado ou lesado no direito ao ambiente sadio, o poder de “pedir, nos termos da lei, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização” (PORTUGAL, 1976).

Esse direito passou a ser afirmado ou interpretado principalmente em sentido objetivo como dever do Estado, tanto na forma de uma tarefa ou dever estatal, quanto de um princípio ou diretriz de ordem pública ou constitucional, em qualquer caso, sob a reserva de lei (BRANDL; BUNGERT, 1992, p. 8). Entretanto, a literalidade dos textos ou a interpretação criativa logo o trataram também como poderes ou direitos subjetivos, que poderiam ser reivindicados judicialmente. Parte da doutrina tem entendido, no entanto, que só há direito fundamental, se o reconhecimento constitucional se der dessa forma, é dizer, atribuindo-se o poder de titulares ou substitutos processuais acionarem o Judiciário para exigência do cumprimento dos deveres correlatos (BRANDL; BUNGERT, 1992, p. 9). São aspectos diferenciados de aplicabilidade, mas moedas do mesmo direito.

Claro que, em sendo judicializável, esse direito se mostra como posições jurídicas mais fortes contra os caprichos políticos e a discricionariedade do legislador. Um direito próprio, jurídico mais que político (MAY, 2006, p. 118). Entretanto, o direito apenas em sentido objetivo, embora mais fraco inclusive para impor obrigações jurídicas, pode ser visto em perspectiva, um direito-a-vir-a-ser mais vigoroso do que a mera proteção de aspectos isolados do meio ambiente, embora, como se verá, também essa forma não é negativa de extração hermenêutica de um direito.

Há mesmo quem enxergue benefícios na adoção da estratégia constituinte de reconhecer um direito em sentido meramente objetivo. Embora acabe impondo um dever mais político do que jurídico, ele teria por destinatário imediato, do ponto de vista democrático, o legislativo e os formuladores de políticas, que deteriam mais dados e condições, comparativamente aos juízes,

¹¹ The protection of the natural and cultural environment constitutes a duty of the State. The State is bound to adopt special preventive or repressive measures for the preservation of the environment.

para tomar decisões mais bem planejadas e exequíveis diante das disponibilidades orçamentárias existentes e da necessidade de equilibrar adequadamente a sua alocação também a outras prioridades sociais. A exigibilidade continuaria a existir, agora, menos por meio de ações judiciais, mas mediante reivindicações e discursividade na arena própria, a política, com o estímulo da organização e militância ambiental da sociedade (SUNSTEIN, 2004; OSIATYNSKI, 2007). Os políticos, se não cumprirem com a sua obrigação, poderiam ter de pagar a conta nas urnas (SADURSKI, 2002; MINKLER, 2009).

A distinção entre direito objetivo e subjetivo, em geral, é feita pela forma e texto do enunciado normativo, de sua posição na organização constitucional e de sua história constituinte (BRUCH; COKER; VANARSDALE, 2007, p. 17; MINKLER, 2009; JEFFORDS, 2011). Em primeiro lugar, deve-se distinguir normas de expressa atribuição de direitos daquelas que apenas impõem deveres ou tarefas. É preciso, no entanto, diferenciar o modelo em que tais deveres vêm prescritos na Constituição para identificar se há mesmo um direito em causa.

Na perspectiva do primeiro ciclo constitucional, eles podem aparecer apenas na forma de proteções gerais ou de aspectos particulares do ambiente, tanto no âmbito da repartição territorial de competências, sobretudo nos Estados federais; como no estabelecimento de uma tarefa estatal em dispositivo próprio. É preciso um esforço hermenêutico muito grande para se extrair de tais enunciados um direito implícito. A depender do espaço criativo da jurisprudência, do grau de independência dos juízes e do inadimplemento estatal, no entanto, podem até dar alguma margem para o reconhecimento de um direito postulável em juízo, ainda que mais em seus particulares aspectos constitucionalizados tais como um direito à proteção das florestas, dos rios ou à adoção de medidas antipoluição, conforme o caso, do que um direito em sentido geral.

O dever pode estar, direta ou indiretamente, ligado ao reconhecimento de um direito. Diretamente, pode assumir a forma de “o Estado garante o direito a um ambiente sadio”, como se lê no texto tunisiano (art. 45.1). Indiretamente, podem-se encontrar fórmulas lexicais como aquela da Constituição panamenha: “o Estado tem a obrigação fundamental de garantir que sua população viva num ambiente saudável”. A primeira redação parece mais óbvia com a menção expressa a “direito”, facilitando a compreensão do intérprete. A próprio uso das expressões atributivas do dever pode repercutir na afirmação de um direito subjetivo ou meramente objetivo.

Se forem empregados termos como “é dever”, “é obrigação”, “é garantido”, “deve”, “incumbe”, “garante” ou análogos, sobretudo se vierem na forma de obrigações negativas (de não fazer) ou proibitórias, há maior probabilidade de serem interpretados como direitos subjetivos (FERNANDEZ, 1993, p. 375; DU BOIS, 1996, p. 155-156; HILL; WOLFSON; TARG, 2003, p. 392; FREDMAN, 2004, p. 94 e ss; BRUCKERHOFF, 2007, p. 627). O artigo 41 da Constituição de Togo dá um bom argumento nesse sentido. Começa por dizer que todos têm direito a um ambiente saudável, mas logo afirma que ao Estado incumbe a sua proteção. A segunda cláusula reforça — e não diminui — a força normativa da primeira, pelo verbo empregado. O uso, porém, de expressões como “deve esforçar-se”, “deve empenhar-se”, “deve trabalhar para”, “deve tomar medidas para” tende a ser interpretada como mero direito objetivo. A Finlândia, Maldivas e Seychelles podem ser lembradas a esse respeito.

Mesmo a afirmação de um direito sem integrar o conteúdo de um dever estatal não significa que possa ser objeto de postulação judicial, pois ele pode estar sujeito à uma cláusula de contenção da eficácia ou de autoaplicabilidade. Diversas Constituições definem expressamente o direito ou, menos forte ainda, a proteção ambiental como princípio orientador da ação estatal, de regra, carente de judicialidade, diferenciando-os do regime dos direitos fundamentais. Por exemplo, na Espanha, Malawi, Gana, Lesoto, Bósnia-Herzegovina, Cazaquistão, Gâmbia, Eritreia e Sudão. Outras, como a da Coreia do Sul, da República Dominicana, Senegal e Zimbábue,

submetem-nos à disciplina da lei. Essas manifestações constitucionais seriam indicativas de um direito meramente objetivo. Situação oposta é aquela em que, além de ser reconhecido sem cláusula de contenção, ainda é constitucionalmente protegido por uma norma de garantia de efetividade. Na Costa Rica, no Paraguai e Quênia, por exemplo, prevê-se a possibilidade de indivíduos provocarem as autoridades públicas, no segundo caso, e, de modo mais explícito, no primeiro e segundo, de acesso à Justiça para defesa de seus direitos ambientais. Não restaria dúvida à sua fundamentalidade, portanto.

A topografia é outro elemento importante para diferenciação. Estando no rol da declaração de direitos, como sucede na África do Sul, é quase certo que se trate de um direito subjetivo (BRUCH; COKER; VANARSDALE, 2007, p. 16), a menos que haja, na declaração, uma distinção entre categorias de direitos. Na Turquia, em São Tomé e Príncipe, e no Timor-Leste, por exemplo, os direitos ambientais estão listados entre os “direitos econômicos, sociais e culturais”, e não entre os “direitos civis e políticos”. Na República Democrática do Congo, eles estão no elenco dos “direitos coletivos” e, em Ruanda, entre “outros direitos”, distintos dos demais “direitos fundamentais”. Esse tratamento diferenciado pode levar a um enfraquecimento da judicialidade, submetendo-o a uma política de efetividade progressiva, às vezes, prevista expressamente pelo próprio texto constitucional (BRANDL; BUNGERT, 1992, p. 67; BAIA, 2013; PARLAK, 2007, p. 149). E se os direitos ambientais estiverem fora da declaração de direitos, a situação se agrava mais ainda. Estando no preâmbulo, como em Camarões e Comoro, pode ser mero elemento interpretativo sem valor de norma ou, em o tendo, será um direito objetivo, uma tarefa de Estado, sem vincular diretamente o juiz (BRUCH; COKER; VANARSDALE, 2007, p. 7). Lançados ao âmbito da Constituição econômica têm mesma disciplina dos princípios e diretrizes do Estado, prevalecendo como direitos objetivos apenas (LI, 2013).

A interpretação histórica pode auxiliar na caracterização. As discussões constituintes e exposições motivos, às vezes, existentes podem revelar se havia a intenção de se criar um direito pleno, subjetivo e objetivo, ou somente um direito a ser integrado por meio da lei e das ações executivas. Os estudiosos, usando essa pesquisa da vontade constituinte, revelam que em países como Bélgica, Grécia, Holanda e Índia, pretendia-se criar apenas um dever do Estado para proteção ambiental, sem espaço para intervenção judicial direta (GRANVILLE, 1966, p. 75; LAVRYSEN; THEUNIS, 2007, p. 9).

Essas orientações se devem tomar com a devida cautela. A atenção apenas ao texto pode trair o leitor, sobretudo se ficar atento somente à disposição enunciativa de um direito ou dever. Na República Checa e na República Eslováquia, por exemplo, a literalidade da enunciação normativa daria a entender que o direito ao meio ambiente equilibrado seria fruível sem necessidade de *interpositio legislatoris*. Em ambas, o texto constitucional anuncia que “todos têm o direito a um ambiente favorável” (art. 35.1 e 44.1, respectivamente). Um dispositivo adiante, no entanto (art. 41 e 44.4), no entanto, submete o exercício à disciplina da lei¹² (BOYD, 2012, p. 66). Por outro lado, a interpretação gramatical da Constituição espanhola levaria à conclusão de se tratar, por lá, de um direito não autoaplicável, pois está incluído como princípio diretivo da ação do Estado. A jurisprudência passou a dar-lhe um sentido subjetivo, desde que vinculado com outros direitos fundamentais, embora o tema ainda esteja envolvido em polêmica (VERNET; JARIA, 2007, p. 515). Na Turquia, conquanto se anotem problemas de efetividade, o Judiciário tem sido utilizado para proteção ambiental, em que pese a literalidade constitucional parecer afirmar contrariamente (PARLAK, 2007, p. 153).

A topografia constitucional pode ser outra armadilha. Em Timor-Leste, o direito ao meio ambiente equilibrado está entre os direitos econômicos, sociais e culturais, mas possui tutela

¹² Note-se que, no caso da Eslováquia, seriam apenas os detalhes do direito que deveriam ser tratados pela norma legal.

jurisdicional, notadamente por meio do ministério público, embora se tenha de dizer que por desenvolvimento legislativo (OLIVEIRA; GOMES; SANTOS, 2015, p. 36, 173). Em Burkina-Faso esse direito também se encontra entre os direitos sociais, mas é a própria Constituição que prevê *actio popularis* para defesa do ambiente (art. 30)¹³. Brandl e Brungert, ao analisarem o deslocamento do direito ao meio ambiente equilibrado no Brasil para a Ordem Social, fora, portanto, do Título dos Direitos Fundamentais, avaliaram que a escolha constituinte indicaria mais o estabelecimento de um princípio de política pública do que de um direito subjetivo e judicializável (1992, p. 78). Erraram no prognóstico (SAMPAIO, 2003). Assim também a interpretação histórica tem seus limites. É pouco produtiva a indagação sobre a vontade do constituinte, seja pelo império da pré-compreensão do intérprete, seja pela autoridade evolutiva do próprio texto, a requerer adaptações a novos contextos políticos, sociais e axiológicos (SAMPAIO, 2013). Será, quando muito, argumento de apoio ou rechaço, em qualquer caso, incompleto, imperfeito e impreciso. Essas críticas não podem ser entendidas como refutação às orientações apresentadas; apenas recomendam cautela em seu emprego, devendo-se buscar fontes atualizadas, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência de cada país, para que se possam tirar conclusões mais acertadas sobre o tratamento constitucional dispensado ao tema, o que nem sempre é tarefa das mais fáceis.

Poder-se-ia, ainda, questionar até que ponto não haveria excesso de zelo esquemático em reconhecer repartições de competências, deveres ou princípios diretivos como direitos, para enquadrá-los em novo ciclo constitucional. Seriam remanescentes do estágio anterior no movimento do antropocentrismo ambiental e jusfundamental ou um indício de que se estaria ainda numa fase de transição entre o primeiro e segundo ciclo. Entretanto, a atividade interpretativa dos tribunais, ainda que não se possa generalizar para todos os países, mas que tampouco pode ser refutada sua crescente universalização, é indicativa de que há uma nova perspectiva ou paradigma da proteção ambiental no âmbito das Constituições, vindo em tais enunciados conteúdos jusfundamentais (ANKERSEN, 2003; MAY, 2006; BOYD, 2012)¹⁴.

Essa diferença conceitual leva a leituras constitucionais diversas. É certo que os textos constitucionais que reconhecem apenas o sentido objetivo (como tarefa ou como princípio diretivo) são em maior número do que os que também o fazem em sentido subjetivo (MAY, 2006, p. 114). Mas as estatísticas apresentadas por quem restringe o conceito de direito fundamental apenas ao reconhecimento de posições jurídicas subjetivas acabam por ampliar ainda mais essa diferença¹⁵. Desde que o olhar crítico não se perca na confusão entre um direito em sentido próprio e um direito em projeto, é até possível chamar a ambos os aspectos, objetivo e subjetivo, como “direito”. É uma atitude menos laboriosa e, especialmente, pragmática de quem avalia apenas ou principalmente o texto constitucional em sua expressão semântica. Ou aspire a um cenário em que a comunidade jurídica local e os tribunais dos respectivos países já o interpretaram ou possam vir a interpretar também como direito autoaplicável.

¹³ O art. 101.2.1 ainda estabelece que cabe à lei definir os princípios fundamentais de proteção e promoção do ambiente.

¹⁴ Utiliza-se aqui o conceito de “paradigma” como estruturas teóricas, valores, crenças, instituições e hábitos que, predominantemente no corpo social ou de sua intelectualidade, atribuem prioridades e significados a experiências e fatos (COTGROVE, 1982, p. 26); ou que funcionam como lentes para grupos e indivíduos interpretarem seu mundo social (MILBRATH, 1984, p. 7).

¹⁵ Vejam-se os exemplos de MAY (2006, p. 114) e GELLERS (2012, p. 12-13): “Since 1850, of those constitutions with provisions for environmental protection, 72% have featured positive duties of the government in the form of public policy statements. However, historically less than one-third of constitutions with environmental protection provisions have included fundamental environmental rights, resulting in a relatively meager percentage of constitutions worldwide to include such rights. Today, approximately 40% of countries with environmental protection provisions in their constitutions include fundamental environmental rights” (p. 13). Deve-se mencionar que há previsão do dever de proteção ambiental nalguns textos apenas como dever dos indivíduos. É o caso de Vanuatu de 1980 com a revisão de 1983 (art. 7.1, d).

A relação entre as dimensões substantiva e processual do direito ao meio ambiente equilibrado também sofre diferenciação ou grau de aplicabilidade nem sempre a seguir a sorte um do outro. Por vezes, atribui-se apenas o caráter objetivo ao direito substantivo ao meio ambiente equilibrado, mas se lhe dá uma forma subjetiva e autoaplicável no aspecto processual — como direito à informação e à participação, como sucede na na Geórgia de 1995 (art. 37.5), na Albânia de 1997 (art. 56), na Polônia de 1997 (art. 74.3 e 4), na Letônia de 1998 (art. 115), na Tailândia de 2007 (arts. 57 e 66), em Kosovo de 2008 (art. 52.2 — ser ouvido), em Madagascar de 2010 (art. 149) e na Tunísia (art. 45.1 — participação). Naqueles países em que o direito substantivo é autoaplicável, de modo expresso ou implícito, também se consideraram autoaplicáveis os aspectos processuais mencionados a que se soma o acesso à justiça (BOYD, 2012, p. 66-67).

Deixadas as questões interpretativas de diferenciação entre direito objetivo e direito subjetivo, ainda se precisa notar que na evolução desse ciclo constitucional, sobretudo a partir dos anos 1990, a linguagem constitucional passou a incorporar as ideias de “desenvolvimento sustentável”¹⁶ e, de modo mais enfático do que nos textos de duas décadas anteriores, o princípio da “equidade intergeracional”¹⁷. Esses acréscimos estariam, para alguns, a reforçar o viés antropocêntrico e econômico da proteção ao meio ambiente (PERROW, 1997; HAJER, 1997, p. 34-35; SADELEER, 2002, p. 277; BRUCKERHOFF, 2007, p. 615 e ss). Por outro lado, e já a gravitar em torno de um ideário que o mitigasse ou se pusesse a alguns passos na direção biocêntrica, algumas Constituições, como a costarriquense, paraguaia e a brasileira, preferiram o termo “ecologicamente equilibrado” à expressão “meio ambiente saudável”, “sadio” ou equivalentes, o que indicaria, no processo interpretativo, que a proteção ambiental não estava obrigatoriamente (ou apenas) vinculada à promoção da saúde humana (ANKERSEN, 2003, p. 823). Sobre esse derradeiro ponto, há quem defenda a presença, mesmo na expressão “ambiente saudável”, de um ingrediente bio ou até ecocêntrico, sem necessidade de substituição do texto, mas do contexto e fundamento da interpretação (BRUCKERHOFF, 2007; SENYONJO, 2016, p. 119).

A mesma ordem de ideia também se aplicaria a uma compreensão mais holística de desenvolvimento sustentável e, com mais força argumentativa ainda, do princípio de equidade intergeracional. A sustentabilidade, ainda que introduzida nos textos internacionais e nas Constituições como produto de uma “convergência” entre a encampação tática pela economia do discurso ambiental e a concessão pragmática do ambientalismo à política, não seria, de todo, incompatível, pelo menos, com as correntes mais atenuadas do antropocentrismo e do biocentrismo (MILNE; TREGIDGA; WALTON, 2009). Menos ainda a ideia de que se deve pensar no pacto intergeracional como um projeto e um compromisso da atual geração para benefício das futuras gerações humanas e não humanas (SAMPAIO, 2003, p. 53 e ss). Resta a dúvida, todavia.

¹⁶ Cite-se, por exemplo, a Constituição da África do Sul, Albânia, Angola, Bélgica, Butão, Bolívia, Colômbia, Equador, Egito, El Salvador, Eritreia, Etiópia, França, Geórgia, Grécia, Guiana, Hungria, Malawi, Maldivas, Maurítania, México, Montenegro, Moçambique, Nepal, Peru, Polónia, Portugal, Qatar, Quênia, República Dominicana, Sérvia, Síria, Sudão do Sul, Suécia, Suíça, Tailândia, Timor-Leste, Tunísia, Uganda, Venezuela e Zimbábue (CONSTITUTION PROJECT, 2016a).

¹⁷ Consultem-se, entre outros, os textos constitucionais da África do Sul, Albânia, Alemanha, Angola, Argélia, Argentina, Armênia, Azerbaijão, Butão, Bolívia, Brasil, Burundi, Cazaquistão, Cuba, Egito, Equador, Eritreia, Estônia, Fiji, França, Geórgia, Guiana, Hungria, Irã, Jamaica, Japão, Lesoto, Letônia, Líbia, Luxemburgo, Macedônia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Marrocos, Moldova, Moçambique, Níger, Noruega, Papua Nova Guiné, Polónia, Quênia, República Dominicana, República Tcheca, Rússia, Suazilândia, Sudão do Sul, Suécia, Suíça, Tadjiquistão, Timor-Leste, Tunísia, Ucrânia, Uganda, Uruguai, Uzbequistão, Vanuatu, Venezuela, Zâmbia e Zimbábue (CONSTITUTION PROJECT, 2016b).

3 O CICLO CONSTITUCIONAL BIOCÊNTRICO: O DIREITO DA NATUREZA

Um terceiro ciclo estaria a se desenvolver, afirmando-se não mais um mero direito fundamental à natureza em seu equilíbrio ou integridade, funcionalizado às necessidades humanas, mas um direito da natureza à sua própria existência. A primeira fase seria caracterizada por textos constitucionais que, embora ainda orientados predominantemente, por uma visão antropocêntrica, atribuíam direitos aos animais não humanos e, por vezes, às plantas.

O texto constitucional da Suíça (art. 80), da Eslovênia (art. 72.4), do Egito (art. 45), de Gâmbia (art. 22.2, f), Gana (art. 20.4,c), Granada (art. 6.6,v), Guiana (art. 142.2,a, v), Ilhas Salomão (art. 8.2,v), Seychelles (26.2, e), Samoa (art. 14.2,f), São Vicente e Granadinas (art. 6.6, a, v), Santa Lúcia (art. 6.6, a, v), São Cristóvão e Neves (art. 6.6, a, v), Tuvalu (art. 20, 9, a, v), Malta (art. 37,2,i), Jamaica (art. 15.2,l), Hungria (art. P), Lesoto (art. 17.4,a, v), Malásia (L. 3, 3 e 4), Nigéria (art. 44.2,f), Brasil (art. 225, § 1º, VII) e Suécia (cap. 8, art. 7.4), por exemplo, imputam ao Estado o dever de proteção dos animais.¹⁸ É preciso distinguir, no entanto, as formas e teleologia dessa proteção.

Em Gâmbia, Gana, Granada, Guiana, Jamaica, São Vicente e Granadina, e São Cristóvão e Neves, a proteção é feita como justificativa de eventual desapropriação de terra. Vale dizer, se o proprietário não estiver dispensando o devido cuidado, via de regra, sanitário, pode ter sua terra desapropriada. É paradoxal que, em Granada, Ilhas Salomão, Samoa, Santa Lúcia, São Cristóvão e Neves, São Vicente e Granadinas e em Tuvalu, não haja reconhecimento de um direito nem o estabelecimento de proteção geral ao meio ambiente equilibrado. Em geral, são textos mais antigos: Samoa é de 1962, Malta é de 1964, Granada de 1973, Ilhas Salomão e Santa Lúcia de 1978, São Vicente e Granadinas de 1979, São Cristóvão de 1983 e Tuvalu de 1986. Algumas delas, no entanto, passaram por revisões recentes (Malta em 2014, Samoa em 2013, Ilhas Salomão em 2009 e Granada em 1992).

Em vários lugares, a proteção é feita apenas contra tratamento cruel. É assim no Brasil e na Eslovênia. Um tema recorrente em outros textos constitucionais. Na Malásia, embora não haja uma previsão expressa ao direito ou à proteção em geral ao meio ambiente, atribuem-se à competência legislativa concorrente dos entes federais a proteção dos animais e aves selvagens; a criação de animais, os serviços veterinários e também a prevenção da crueldade contra eles (Lista 3, itens. 3 e 4). No caso da Guiana, há ainda a proclamação de que o “bem-estar da nação depende da preservação do ar puro, solos férteis, água pura e da rica diversidade de plantas, animais e ecossistemas” (art. 36). No Egito, prevê-se a proteção das plantas, dos animais e das pescas; das espécies ameaçadas de extinção e a prevenção da crueldade aos animais (art. 45).

Na Hungria, o artigo P dos “Fundamentos” da República declara que os recursos naturais, particularmente em terras aráveis, as florestas e as reservas de água, a biodiversidade, particularmente das plantas e animais nativos, bem como os bens culturais integram o patrimônio comum da nação, devendo ser protegidos, mantidos e preservados para as gerações futuras. A Constituição de Papua Nova Guiné de 1975, com a revisão que promoveu em 2015, declara como um dos objetivos da nação o uso e conservação dos recursos naturais e do ambiente “para o benefício coletivo de todos [...] e das gerações futuras”. Assim também impõe o dever de serem adotadas todas as medidas necessárias para “proteção adequada aos nossos valiosos pássaros, animais, peixes, insetos, plantas e árvores” (PAPUA NOVA GUINÉ, 1975/2015, art. 4).

¹⁸ Constava no texto da Constituição de 1991 a obrigação estatal de “sustento dos animais e a manutenção de sua diversidade” (BULGÁRIA, 1991 [2007], art. 16)

Mesmo em países de democracia mais consolidada, a proteção de seres não humanos ainda tem fortes marcas do viés antropocêntrico. Na Suécia e na Suíça, há a previsão da caça (Suécia, cap. 8, art 7.4; Suíça, art. 79). A suíça ainda merece um destaque pela restrição ao uso de tecnologia genética não-humana. A Confederação deve disciplinar o uso de material reprodutivo e genético de animais, plantas e outros organismos. Ao fazê-lo, deve ter em conta a “dignidade dos seres vivos, bem como a segurança dos seres humanos, dos animais e do ambiente, e deve proteger a diversidade genética das espécies animais e vegetais” (art. 120.2). Curiosa e contraditória é a Constituição austríaca. Embora pareça se antecipar à maioria dos textos, ao também conferir proteção aos animais, também admitida a caça e a pesca segundo disposição legal (art. 11.1(8)), e de reconhecer o meio ambiente como valor a pautar a educação do país (art. 14, 5a), ela o reduz, em seguida, a simples objeto de repartição de competência federativa (ÁUSTRIA, 2009, arts. 10.1(9 e 12), e 11.1(7)).

A Lei Fundamental alemã impõe ao Estado o dever de proteção da natureza (arts. 72.3.2, 74.1.29) e, ainda, como responsabilidade para com as gerações futuras, dos “recursos naturais vitais e dos animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, por meio da legislação, e, de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário” (ALEMANHA, 2004, art. 20a)¹⁹. Os textos de alguns Länder também seguem essa linha, protegendo-se, genericamente, “as bases naturais da vida presente e futura” (Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental, art. 12) ou, mais especificamente, os animais (Turingia, art. 32.1) e também as plantas (Brandeburgo, art. 39.3). (HABERLE, 2009). Em Kosovo e em Laos, a disposição está redigida de um modo mais amplo do que, em geral, é apresentado o direito ao meio ambiente equilibrado. Em Laos, dispõe o artigo 19 que “todas as organizações e os cidadãos devem proteger o ambiente e os recursos naturais: as superfícies de terra, [os recursos] subterrâneos, as florestas, os animais, as fontes de água e a atmosfera”. No texto kosovar, lê-se: “a natureza e a biodiversidade, o meio ambiente e a herança natural são responsabilidade de todos” (art. 52.1) e a “proteção ambiental é um dos valores da ordem constitucional” (art. 7.1) (KOSOVO, 2008). No Sudão (2005), prevê-se que o “Estado não pode adotar qualquer política, realizar ou permitir qualquer ação que possa afetar negativamente a existência de quaisquer espécies de vida animal ou vegetal, seu habitat natural ou adotivo” (art. 11.2).

O ciclo biocêntrico parece mais bem definir-se com a Constituição da Bolívia de 2009 e do Equador de 2008 dentro do chamado “constitucionalismo andino” ou “neoconstitucionalismo transformador” que teria incorporado a cosmovisão dos povos ancestrais, de suas práticas de convivência e compreensão do entorno, expressos em dois eixos de ressignificado existencial, o *Sumak kawsay* ou bom viver e a *Pachamama* ou Mãe Terra ou Natureza (SANTAMARÍA, 2011)²⁰.

¹⁹ Esse dispositivo foi acrescentado por uma emenda de 2002 e outra em 2004. Coube a essa última incluir os animais no texto. Os debates durante a elaboração dessas emendas, girando em torno do viés antropocêntrico e biocêntrico, são interessantes (BOSELDMANN, 2015, p. 178-179). Não se trata, todavia, de um direito que se possa acionar judicialmente (RODI, 2002). Os debates são ricos também na Suíça (EVINS, 2010). Em alguns lugares, a jurisprudência se encaminha para reconhecer um direito constitucional (ou fundamental) aos animais. Assim na Índia e em Sri Lanka, embora a Suprema Corte dos respectivos países não se tenha manifestado a respeito (WALDAU, 2011, p. 108).

²⁰ Curiosa a distinção feita por Santamaría. Haveria o neoconstitucionalismo europeu, o neoconstitucionalismo latino-americano e o neoconstitucionalismo transformador ou andino. No primeiro, ter-se-iam os valores dos direitos fundamentais, sobretudo liberais, uma flexibilidade da hermenêutica clássica e um protagonismo judicial. No segundo, seriam marcas a expansão dos direitos, inclusive com a judicialização dos direitos sociais; a ampliação do controle de constitucionalidade; o redimensionamento do Estado; o constitucionalismo econômico direcionado à equidade e o hiperpresidencialismo. No último, mais do que recepção das formas ainda colonizadas do discurso constitucional, ter-se-iam em conta os quadros gerados pela colonização com a segregação e exclusão de populações originárias e da institucionalização parcial das conquistas emancipatórias europeias, para incorporar as novas linguagens, narrativas, imaginários, problemas e soluções, reivindicados pelos movimentos sociais, mediante processos participativos radicais

Na Bolívia, o direito ao meio ambiente saudável, protegido e equilibrado deve permitir, não apenas a indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, mas também a “outros seres vivos” o desenvolvimento de “maneira normal e permanente” (BOLÍVIA, 2009, art. 33). Mas é a Constituição equatoriana que mais atenção dedica ao tema, ao reconhecer os “direitos inalienáveis da natureza (Pachamama)” num capítulo próprio (SANTOS, 2010).

Já no preâmbulo se pode ler que a harmonia com a natureza é uma nova forma de convivência cidadã e condição essencial para alcançar o “bom viver” ou “Sumak Kawsay”. O artigo 10, II, afirma categoricamente que “a natureza será sujeito dos direitos que lhe reconheça a Constituição”. Esses direitos estão enumerados nos artigos 71 e 72. São eles: a) o respeito integral à existência; b) a manutenção e regeneração dos ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos; e c) direito à restauração.

A interpretação e aplicação de tais direitos devem seguir os princípios específicos da precaução e da restrição que vedam atividades que possam levar à extinção das espécies, destruição de ecossistemas e alteração permanente dos ciclos naturais (art. 73). Também deve ser considerado o princípio *in dubio pro natura*, de modo que, em caso de dúvida, seja atribuído sempre o sentido mais favorável à proteção da natureza (art. 395.4). No âmbito do “*Régimen del Buen Vivir*”, volta-se a impor o dever de respeito “ao ambiente, à natureza, à vida, às culturas e à soberania” (art. 385), sendo responsabilidade do Estado garantir a liberdade de criação e pesquisa, respeitados “a ética, a natureza, o ambiente e o resgate dos conhecimentos ancestrais” (art. 387.4). É reconhecida ampla legitimação ativa a indivíduos, comunidades, povos ou nacionalidades para exigir do poder público o cumprimento desses direitos, reforçada por um “sistema nacional descentralizado de gestão ambiental”, garantido pela defensoria do ambiente e da natureza (art. 399).

Há, todavia, disposições constitucionais que parecem remeter ao paradigma antropocêntrico, embora com alguma mitigação. Reconhece-se, por exemplo, o direito de os seres humanos se beneficiarem do ambiente e das riquezas naturais que lhes permitam o “bom viver”. São, por outro lado, obrigados a respeitar os direitos da natureza, a preservar um ambiente são e utilizar os recursos naturais, “de modo racional, sustentável e sustentado” (art. 83.6). Da mesma forma, é proibida a apropriação dos serviços ambientais, mas sem limitar sua prestação, produção, uso e aproveitamento, desde que na forma regulada pelo Estado. A atividade e a política econômicas, além de reconhecerem o ser humano como sujeito e fim, “devem propender a uma relação dinâmica e equilibrada entre a sociedade, o Estado e o mercado, em harmonia com a natureza”. Devem, ainda, ter “por objetivo garantir a produção e reprodução das condições materiais e imateriais que possibilitem o bom viver” (art. 283).

O constitucionalismo andino teria, ao inaugurar o novo ciclo constitucional, promovido uma “guinada civilizatória” com a “desmercantilização” da natureza, reduzida, no capitalismo, a mero objeto de exploração a serviço do capital (MARTÍNEZ, 2009, p. 97; ZAFFARONI, 2011, p. 57). Os objetivos econômicos, conforme prescreve sobretudo o texto constitucional equatoriano, devem subordinar-se às leis do funcionamento dos sistemas naturais, sem perder de vista o respeito pela dignidade humana e a garantia da qualidade de vida das pessoas (ACOSTA, 2010; 2011).

Para muitos autores, é cedo falar ainda de um novo ciclo constitucional. Os dois textos discutidos seriam marcados por uma ambivalência no tratamento dispensado à natureza, pois tanto a trata como sujeito de direitos quanto como objeto de apropriação e exploração. Os efeitos

e da democracia comunitária e descentralização, destinadas à universalização igualitária de conquistas, com a revalorização dos saberes tradicionais ao lado do conhecimento científico, e da cultura do território e da terra, expressa na tradição da Pachamama e do bom viver (SANTAMARÍA, 2011, p. 53 e ss).

práticos, pelo menos, no campo jurídico não mostraram ainda ganhos significativos sobre as formas tradicionais de proteção do meio ambiente. As transformações exigidas nos institutos consolidados talvez não justifiquem tanto “experimento normativo”, sobretudo porque até agora se mostra mais como apelo retórico e projeto político-ideológico do que uma visão e forma diferentes de proteção ambiental (PARGA, 2011; CAMPAÑA, 2013). Seja como for, pelo menos, do ponto de vista semântico e simbólico, os textos constitucionais andinos parecem introduzir novas leituras e perspectivas aos ciclos constitucionais ecológicos. Se vingarão ou serão efetivos, ainda é cedo para qualquer prognóstico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O meio ambiente era quase um tema desconhecido dos textos constitucionais no início dos anos setenta do século passado. No final do século, mais de uma centena tratava do assunto, inclusive na forma de um direito fundamental. Essa mundialização ou universalização do constitucionalismo ecológico se fez, entretanto, em ciclos ou ondas de positivação. Os primeiros textos constitucionais trataram da proteção ambiental de um modo mais enunciativo de propósitos ou programas do que instituidor de deveres jurídicos capazes de possibilitar exigibilidade. Aos poucos, as normas constitucionais se foram ganhando em juridicidade e ressignificando-se ou afirmando-se como reconhecedoras de um direito fundamental, em alguns casos, com a possibilidade de acionamento imediato do Judiciário para se fazer valer ou efetivar-se. É claro que o próprio Judiciário desempenhou um importante papel nesse processo, inclusive de extraí-lo de meros enunciados de deveres e princípios ou mesmo como derivação de outros direitos.

Esse ganho de significado jusfundamental caracterizou o segundo ciclo constitucional da proteção ambiental, iniciado no final dos anos setenta daquele século. Reformas em textos antigos ou a aprovação de novos textos constitucionais, sobretudo, na África, Américas e Ásia conferiram-lhe a natureza de direito num processo crescente, todavia, inconcluso, de subjetivação e de proteção judicial. A progressiva referência à equidade intergeracional e ao desenvolvimento sustentável reforçava a leitura, já antecipada por qualificativos do ambiente como “sadio”, “saúdável” ou “favorável”, de que a defesa e o direito eram feitos em benefício e interesse dos seres humanos.

Mesmo no âmbito de alguns textos constitucionais, caracterizados pela proteção ambiental antropocêntrica, já havia ou foram introduzidos por reformas dispositivos que visavam à proteção de animais ou mais genericamente da flora e fauna, o que indicava, pelo menos, uma matização da centralidade humana da proteção conferida. Novos textos constitucionais aprovados, principalmente, na América do Sul, com destaque para a Constituição equatoriana de 2008, giraram o pêndulo da proteção na direção da defesa do meio ambiente como tal, sem vínculo necessário com o benefício, interesse ou saúde humanos.

Esse novo ciclo ainda é objeto de polêmica. Entretanto, a dicção literal dos textos constitucionais está a indicar um novo olhar sobre o fundamento e orientação da proteção ambiental conferida, a ponto de merecer uma distinção. Se haverá um efeito prático importante sobre a efetividade e o alcance dessa proteção, ainda é cedo para afirmar. Certo é que o texto e a teleologia, pelo menos, instigam um ciclo formalmente novo, de um direito da natureza, ou distinto do anterior, de um direito à natureza. A história e os comportamentos estão a ser contados. E feitos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza. Reflexiones para la Acción. **AFESE**, v. 54, p. 11-32, 2010.

_____. **Los Derechos de la Naturaleza**: una lectura sobre el derecho a la existencia. Quito: Abya-Yala, 2011.

ANDRESSON, Airi; KOLK, Tim. The Role of Basic Rights in Environmental Protection. **Jurídica Internacional**, v. 8, p. 140-150, 2003.

ANKERSEN, Thomas T. Shared Knowledge, Shared Jurisprudence: Learning to Speak Environmental Law Creole (Criollo). **Tulane Environmental Law Review**, v. 16, p. 807-830, 2003.

ARAGÃO, Alexandra. A Constituição Recombinante: Uma Proposta de Reinterpretação Interfundamental da Constituição Brasileira por Standards Europeus (e Brasileiros). In BENJAMIN, Antonio H.; LEITE, José Rubens M. (orgs). **Saúde Ambiental: Política Nacional de Saneamento Básico e Resíduos Sólidos**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, p. 18-32, 2014. Disponível em: <<http://zip.net/bltnDF>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

ÁUSTRIA. Constituição (1920). **Austria's Constitution of 1920, Reinstated in 1945, with Amendments through 2009**. Disponível em <<http://zip.net/bstmV1>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BAIA, Odair. Reflexão sobre os Direitos Fundamentais em São Tomé e Príncipe. **TélaNón**, 28/04/2013. Disponível em: <<http://zip.net/bgtnF4>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BODANSKY, Daniel. Is There an International Environmental Constitution? **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 565-564, 2009

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constitución de 2009**. Disponível em: <<http://zip.net/bftmzf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BOSELMANN, Klaus. Global Environmental Constitutionalism: Mapping the Terrain. **Widener Law Review**, v. 21, p. 171-185, 2015.

BOYD, David R. Constitutions, Human Rights, and the Environment: National Approaches. In GREAR, Anna; KOTZÉ, Louis J. (eds). **Research Handbook on Human Rights and the Environment**. Cheltenham; Northam: Edward Elgar, p. 170-199, 2015a.

_____. Environmental Bill of Rights? Fear Not. **Times Colonist**, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://zip.net/bqtp71>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

_____. The Constitutional Right to a Healthy Environment. **Law Now**, 28 fev. 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bbtnjD>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

_____. **The Environmental Rights Revolution**: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment. Vancouver: University of British Columbia, 2012.

BRANDL, Ernst; BUNGERT, Hartwin. Constitutional entrenchment of environmental protection: A comparative analysis of experiences abroad. **Harvard Environmental Law Review**, v. 16, p. 1-100, 1992.

BRUCH, Carl; COKER, Wole; VANARSDALE, Chris. **Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa**. 2nd. ed. Environmental Law Institute, 2007

BRUCKERHOFF, Joshua. Giving Nature Constitutional Protection: A Less Anthropocentric Interpretation of Environmental Rights. **Texas Law Review**, v. 86, p. 615-646, 2007.

BULGARIA. Constituição (1971). **Constitution of 1971**. Disponível em: <<http://parliament.bg/bg/19>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Constituição (1991). **Constitution of 1991 with ammendments until 2007**. Disponível em: <<http://www.parliament.bg/en/const>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

CAMPAÑA, Farith S. Derechos de la Naturaleza: ¿Innovación Trascendental, Tetórica jurídica o Proyecto político?. **Iuris Dictio**, v. 15, p. 9-38, 2013.

CHINA. Constituição (1982). **Constitution of 1982**. Disponível em: <<http://zip.net/bqtpkk>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CONSTITUTION PROJECT. **Future Generations (Search For)**. 2016b. Disponível em: <<http://zip.net/bxtp4X>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

_____. **Sustainable Development (Search for)**. 2016a. Disponível em: <<http://zip.net/bntpgy>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

CORDINI, Giovanni. **Diritto Ambientale. Elementi Giuridici Comparati della Protezione Ambientale**. Padova: Cedam, 1995.

COSTA RICA. Constituição (1949). **Constitution of 1949 with Revision of 2011**. Disponível em: <<http://zip.net/btppN9>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

COTGROVE, Stephen. **Catastrophe or Cornucopia? The Environment, Politics and the Future**. New York: Wiley, 1982.

CUBA. Constituição (1976). **Constitution of 1976**. Disponível em: <<http://zip.net/bftngD>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

DALY, Erin. Constitutional Protection for Environmental Rights: The Benefits of Environmental Process. **International Journal of Peace Studies**, v. 17, n. 2, p. 71-80, 2012.

DU BOIS, François. Social Justice and the Judicial Enforcement of Environmental Rights and Duties. In BOYLE, Alan; ANDERSON, Michael (ed). **Human Rights Approaches to Environmental Protection**. Oxford: Clarendon, 1996.

EQUADOR. Constituição (2008). **Constitución de 2008**. Disponível em: <<http://zip.net/byq4M9>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

ESLOVÊNIA. Constituição (1991). **Constitution of 1991**. Disponível em: <<http://zip.net/bctnqF>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

EVINS, Erin. Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How did Animal Protection Become an Issue of National Importance?, **Society & Animals**, v. 18, p. 231-250, 2010.

FEDERAL OFFICE FOR THE ENVIRONMENT (FOEN). **Swiss Environment Guide: A Brief Guide**. Bern: Foen, 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bptpJR>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

FERNANDEZ, Jose. State Constitutions, Environmental Rights Provisions, and the Doctrine of Self-Execution: A Political Question. **Harvard Environmental Law Review**, v. 17, p. 333, 1993.

FISHER, Elizabeth. Towards Environmental Constitutionalism: A Different Vision of the Resource Management Act 1991? **Annual Conference**, 2014. Disponível em: <<http://zip.net/btppQK>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

FREDMAN, Sandra. **Human Rights Transformed: Positive Rights and Negative Duties**. Oxford: Oxford University, 2004.

GAREAU, Brian J. Global Foreword: Environmental Constitutionalism. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, v. 40, n. 2/3, p. 403-408, 2013.

GELLERS, Joshua C. Constitutional Environmental Rights: A Quantitative Analysis of Intra-Regional Influences. **International Studies Association Convention**, San Diego, CA, Apr. 1-4 2012. Disponível em: <<http://zip.net/bytnvV>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

GRANVILLE, Austin. **The Indian Constitution: Cornerstone of a Nation**. Oxford: Clarendon, 1966.

GRÉCIA. Constituição (1975). **Constitution of 1975**. Disponível em: <<http://zip.net/bbtn29>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

GUIANA. Constituição (1988). **Constitution of 1988 (rev.2009)**. Disponível em: <<http://zip.net/btppsh>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

HÄBERLE, Peter. Un Derecho Constitucional para las Futuras Generaciones. La Otra Forma del Contrato Social: El Contrato Geracional. **Lecciones y Ensayos**, n. 87, p. 17-37, 2009. Disponível em: <<http://zip.net/bhtpgK>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

HAJER, Maarten A. **The Politics of Environmental Discourse: Ecological Modernization and the Policy Process**. Oxford: Clarendon, 1997.

HAYWARD, Tim. **Constitutional Environmental Rights**. Oxford: Oxford University, 2005

HILL, Barry; WOLFSON, Steven; TARG, Nicholas. Human Rights and the Environment: A Synopsis and Some Predictions. **Georgetown International Environmental Law Review**, v. 16, n. 3, p. 359-402, 2004.

HUDSON, Blake. Structural Environmental Constitutionalism. **Widener Law Review**, v. 21, p. 201-216, 2015.

ITÁLIA. Constituição (1947). **Costituzione 1947**. Disponível em: <<http://zip.net/bptpM8>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

JEFFORDS, Christopher. **Constitutional Environmental Human Rights: A Descriptive Analysis of 142 National Constitutions**. Connecticut: The Human Rights Institute, Connecticut, 2011.

KOSOVO. Constituição (2008). **Constitution of 2008**. Disponível em: <<http://zip.net/bstn0B>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

KOTZÉ, Louis J. Arguing Global Environmental Constitutionalism. **Transnational Environmental Law**, v. 1, n. 1, p. 199-233, 2012.

KYSAR, Douglas.A. Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here. **Transnational Environmental Law**, v. 1, n. 1, p. 83-94, 2012.

LAVRYSEN, L; THEUNIS, J . The Right to the Protection of a Healthy Environment in the Belgian Constitution: Retrospect and International Perspective. In: LARMUSEAU, Isabelle (ed). **Constitutional Rights to an Ecologically Balanced Environment**. Ghent: VVOR, 2007.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. **California Law Review**, v. 99, n. 5, p. 1163-1258, 2011. Disponível em: <<http://zip.net/bgtmVG>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

LI, Bo Hao (Steven). Joining the Aotearoa New Zealand Constitutional Debate: Constitutional Environmental Rights in our Future 'Constitution'. **LLM Research Paper. Laws 526: Comparative Constitutionalism**. Victoria University of Wellington, 2013. Disponível em: <<http://zip.net/bftnFD>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MARTINEZ, Esperanza. Los Derechos de la Naturaleza en los Países Amazónicas. In ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **Los Derechos de la Naturaleza**. El Futuro es Ahora. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

MAY, James R. Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide. **Pace Environmental Law Review**, v. 23, n. 1, p. 113-182, 2006

_____; DALY, Erin. **Global Environmental Constitutionalism**. Cambridge; New York: Cambridge University, 2015

MILBRATH, Lester W. **Environmentalists: vanguard for a new society**. Albany: University of New York, 1984.

MILNE, Markus J.; TREGIDGA, Helen; WALTON, Sara. Words not actions! The ideological role of sustainable development reporting. **Accounting, Auditing & Accountability Journal**, v. 22, n. 8, p. 1211-1257, 2009.

MINKLER, Lanse. Economic Rights and Political Decision-Making. **Human Rights Quarterly**, v. 31, p. 368-393, 2009.

OLIVEIRA, Bárbara N.; GOMES, Carla de M.; SANTOS, Rita P. **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste: Teoria e Prática**. Coimbra: Coimbra, 2015

OSIATYNSKI, Wiktor. Needs Based Approach to Social and Economic Rights. In HERTEL, Shareen; MINKLER, Alanson (eds.). **Economic Rights: Conceptual, Measurement and Policy Issues**. New York: Cambridge University, 2007.

PALMER, Geoffrey. New Ways to Make International Environmental Law. **American Journal of International Law**, v. 86, p. 259-283, 1992.

PAPUA NOVA GUINÉ. Constituição (1975). **Constitution of 1975**. Disponível em: <<http://zip.net/bltmSf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

PARGA, José Sánchez. Discursos Retrorevolucionarios: Sumak Kawsay, Derechos de la Naturaleza y Otros Pachamamismos. **Ecuador Debate**, n. 84, p. 31-50, 2011.

PARLAK, N. Burku T. Environmental Protection and Rights. In ARAT, Zehra F.K. (ed). **Human Rights in Turkey**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2007, p. 137-155.

PERROW, Charles. Organizing for Environmental Destruction. **Organization and Environment**, v. 10, n. 1, p. 66-72, 1997.

PERSICHINO, Carlos Ortíz et al. **Contradicciones y Vacíos en la Legislación y Superposiciones de las Funciones Institucionales en el Sector Ambiental del Paraguay**. Asunción: SSERNMA-MAG/GTZ, ENAPRENA, 1995.

POLÔNIA. Constituição (1976). **Constitution of 1976**. Disponível em: <<http://zip.net/brtnnh>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição de 1976**. Disponível em: <<http://zip.net/bftnjw>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

RODI, Michael. Public Environmental Law in Germany. In SEERDEN, René J.G.; HELDEWEG, Michiel A.; DEKETELAERE, Kurt R. (eds.). **Comparative Environmental Law in Europe**. An Introduction to Public Environmental Law in EU Member States. The Hague: Kluwer, 2002, p. 199-245.

SADELEER, Nicolas de. **Environmental Principles: From Practical Slogans to Legal Rules**. Oxford: Oxford University, Oxford, 2002

SADURSKI, Wojciech. Constitutional Courts in the Process of Articulating Constitutional Rights in the Post-communist States of Central and Eastern Europe. Part II: Social and Economic Rights. **European University Institute Working Paper**, Law n. 2002/14, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constitucionalização dos Princípios de Direito Ambiental. In _____; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 45-86, 2003.

_____. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTAMARÍA, Ramiro A. **El Neoconstitucionalismo Transformador**. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008. Quito: Edic. Abya-Yala, 2011

SANTOS, Boaventura de Souza. Hablamos del Socialismo del Buen Vivir. **Camino Socialista**, v. 9, p. 4-7, 2010.

SCHMITT, Nicolas. Environmental Governance in Switzerland. In ALBERTON, Mariachiarra; PALERMO, Francesco (eds). **Environmental Protection in Multi-Layered Systems: Comparative Lessons from the Water Sector**. Leiden; Boston: M. Nijhoff, 2012, p. 83-110.

SHELTON, Dinah. Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment. **Stanford Journal of International Law**, v. 28, n.1, p. 103-138, 1991.

SSENYONJO, Manisuli. **International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond**. London: Routledge, 2016.

SUDÃO. Constituição (2005). **Constitution of 2005**. Disponível em: <<http://zip.net/bwtnFJ>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SUÉCIA. Constituição (1974). **Instrument of Government of 1974 with ammendments until 2009**. Disponível em: <<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/52-26.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

SUÍÇA. Constituição (1874). **Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 (Etat le 20 avril 1999)**. Disponível em: <<http://zip.net/bttnNx>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

_____. Constituição (1999). **Constitution of 1999 (with Total Revision)**. Disponível em: <<http://zip.net/bntmQT>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

URSS. Constituição (1977). **Constitution of 1977**. Disponível em: <<http://zip.net/bytnQt>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

VERNET, Jaume; JARIA, Jordi. El Derecho a um Medio Ambiente Sano: Su Reconocimiento en el Constitucionalismo Comparado y en el Derecho Internacional. **UNED**. Teoría y Realidad Constitucional, n. 20, p. 513-533, 2007.

WALDAU, Paul. **Animal Rights: What Everyone Needs to Know**. Oxford; New York: Oxford University, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio R. La Pachamama y el Humano. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **La Naturaleza con Derechos**. De la Filosofía a la Política. Quito: Abya-Yala, 2011, p. 25-138.

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TRIBUTAÇÃO: ENTRE OS DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS NA (RE)CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE SOLIDÁRIA A PARTIR DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

Marciano Buffon

Doutor em Direito - ênfase em Direito do Estado - pela UNISINOS, com período de pesquisa na Universidade de Coimbra - Mestre em Direito Público. Advogado Tributarista, com especialização em Direito Empresarial, Professor de Direito Tributário na UNISINOS, São Leopoldo/RS, e em cursos de pós-graduação (especialização) em Direito Tributário noutras instituições. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da UNISINOS. Sócio/Consultor jurídico-fiscal Buffon & Furlan Advogados Associados. Membro do Conselho Técnico de Assuntos Tributários, Legais e Financeiros da Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul - FIERGS.
marciano@lucini.com.br

Lilian Ramos Jacob

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, com bolsa de financiamento Capes. Possui Especialização em Direito do Estado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Graduada no curso de Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos (Unisinos). Foi bolsista de Iniciação Científica, Monitora e Bolsista de Desenvolvimento Tecnológico Industrial pelo CNPq, na Unisinos. Advogada inscrita na OAB/RS.
lilianramosjacob@gmail.com

RESUMO: O artigo tem como objetivo principal analisar o dever fundamental de pagar tributos no Estado Democrático de Direito a partir da Constituição Federal brasileira de 1988. A partir disso, rumar-se-á ao enfrentamento da seguinte questão: De que forma a tributação pode contribuir para a (re)construção de uma sociedade solidária no atual Estado Democrático de Direito, notadamente, quanto ao resgate do dever fundamental de pagar tributos? O trabalho se desenvolve com pesquisa bibliográfica, especificamente, com consulta doutrinária sobre o tema.
PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático; Tributação; Dever fundamental.

The democratic state of law and taxation: among the fundamental rights and duties in (re)construction of a society solidarity of fundamental duty payable from taxes

ABSTRACT: This article aims to analyze the fundamental duty to pay taxes in the democratic rule of law from the Brazilian Federal Constitution of 1988. From this, it will be head to face

Recebido em: 6 set. 2016. Avaliado em: 14 e 22 nov. 2016.

O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos

the question: How does taxation can contribute for (re)building a harmonious society in the current democratic rule of law, notably concerning the recovery of the fundamental duty to pay taxes? The work develops with literature, specifically with doctrinal consultation on the subject.

KEYWORDS: *Democratic State; Taxation; Fundamental duty.*

INTRODUÇÃO

O artigo busca analisar o dever fundamental de pagar tributos no atual Estado Democrático de Direito, resgatando os vínculos de solidariedade, indispensável para a estruturação de uma sociedade justa.

Sendo assim, o problema que se propõe é: de que forma a tributação pode contribuir para a (re)construção de uma sociedade solidária no atual Estado Democrático de Direito, notadamente, quanto ao resgate do dever fundamental de pagar tributos?

Para isso, o trabalho se desenvolve com pesquisa bibliográfica, especificamente, com consulta doutrinária sobre o tema. Foram utilizadas obras nacionais e estrangeiras.

Justifica-se o artigo, tendo em vista que a tributação constitui meio de concretizar os direitos fundamentais, uma vez que sem a devida contribuição financeira, não há realização de políticas sociais. Eis a razão do dever fundamental de pagar tributos, pois efetiva os vínculos de solidariedade entre os indivíduos numa sociedade.

Primeiramente, analisa-se o Estado de Direito e o Constitucionalismo, fazendo-se referência aos períodos do Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Após, num segundo momento, aborda-se a questão dos direitos e deveres na construção de uma sociedade solidária. E, por final, se examina o dever fundamental de pagar tributos como instrumento de concretização de direitos.

1 O ESTADO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO

O Estado de Direito surge a partir da segunda metade do século XIX, em suas mais variantes formas europeias, como, por exemplo, o *Rechtstaat*, na Alemanha, e o *Rule of Law*, na Inglaterra, vinculado a uma necessidade de institucionalização jurídica, com o objetivo de limitar o poder do Estado pelo Direito. Assim, no Estado de Direito “o outrora poder ilimitado passa por uma limitação do exercício das suas funções potestativas cujo objetivo é torná-lo compatível com os direitos individuais de liberdade” (TEIXEIRA, 2011, p. 112-113).

Deve-se ter presente a definição de Estado de Direito para Fioravanti (2001, p. 140), ao constatar:

[...] en la cultura constitucional del siglo XIX, que coincidiera la soberanía del Estado con la soberanía del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado, que con sus reglas anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo, transformándola en poderes jurídicamente regulados, insertos en ese mismo ordenamiento. En pocas palabras, esto es el Estado de Derecho.

Em decorrência desta limitação do poder do Estado pelo Direito, que a Constituição surge com fundamental importância, já que define as atuações do Estado, estabelece os limites, as formações dos órgãos, e, notadamente, como se situam os particulares, com seus direitos frente ao Estado. Por isso, “la relación entre Estado y Constitución es tan estrecha que hace imposible

la existencia del Estado sin constitución, pero también de la constitución sin Estado” (FIORAVANTI, 2001, p. 142).

Desse modo, o Estado de Direito emerge como o Estado que se submete ao regime de direito, ou seja, a atividade estatal desenvolver-se a partir da utilização de instrumento regulado e autorizado pela ordem jurídica, e, os indivíduos, por sua vez, têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado (STRECK, 2014, p. 91-92).

Porém, este Estado é mais que um Estado jurídico/legal, isto é, não basta que tenha normatividade, já que ao Estado de Direito agregam-se conteúdos. Não está limitado em uma concepção formal de uma ordem jurídica, sobretudo, é “um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição” (STRECK, 2014, p. 92-93).

Nas palavras de Zagrebelsky, o Estado de Direito indica um valor, isto é, “El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos” (2011, p. 21). Isto é, não bastava que existisse a lei, uma vez que esta poderia ser utilizada sob influência do domínio totalitário sobre a sociedade. Portanto, era preciso que a lei garantisse os direitos dos cidadãos (ZAGREBELSKY, 2011, p. 23).

Assim, o Estado de Direito se apresentará, primeiramente, como Estado Liberal de Direito, em um segundo momento, como Estado Social de Direito e após, como Estado Democrático de Direito. Cada um deles moldará o Direito conforme seu conteúdo, sem que haja, contudo, uma ruptura entre eles.

1.1 Estado Liberal de Direito

A construção do Estado Liberal de Direito parte da concepção da sociedade com suas próprias exigências, e não da autoridade do Estado, a lei passa a ser concebida como instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos, como forma de protegê-los das arbitrariedades da Administração (ZAGREBELSKY, 2011, p. 23).

Assim, o Estado de Direito surge aliado ao conteúdo do liberalismo, com submissão da soberania a lei, a divisão de poderes ou funções, e, em especial, a garantia dos direitos individuais (STRECK, 2014, p. 95).

O ideário liberal, portanto, nasce da necessidade de, além de estabelecer limites ao até então ilimitado poder soberano exercido pelo monarca, também, possibilitar respeito aos direitos dos cidadãos, que passam a ser constitucionalmente inclusos e garantidos nas Cartas que se sucedem (TEIXEIRA, 2011. p. 112).

Assim, o sentido geral do Estado Liberal de Direito consiste “en el condicionamiento de la autoridad de Estado a la libertad de la sociedad, em el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 23).

O surgimento do constitucionalismo, portanto, tem profunda ligação com a era das Revoluções, notadamente, a Francesa e a Americana, que expressaram a luta dos cidadãos pelo reconhecimento de seus direitos de liberdades individuais frente ao Estado (BINENBOJM, 2004, p. 15-20).

Portanto, as Revoluções do pensamento liberal pretendiam enunciar um mínimo irredutível do Direito, que evidenciasse verdades universais, justificadas pela razão, porém não dispensava as declarações solenes, quando deram início as Declarações de Direitos, da Virgínia, em 1776, e a

O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França, que marcaram o reconhecimento dos direitos dos cidadãos (FERREIRA FILHO, 1999, p. 14-15).

Pode-se dizer que, tanto na França, como na América do Norte, “visavam a estabelecer o ponto de referência, o padrão, em função do qual todas as instituições e leis fossem medidas quanto à sua justeza, todos os homens soubessem quais eram os seus direitos e até onde iam” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 15).

Já, o modelo anglo-saxão do *rule of law*, não tinha como objetivo estabelecer um limite ao poder do monarca como na França, que já estava enfraquecido desde o *Glorious Revolution* de 1688, mas sim restringir o poder soberano do parlamento, a partir do *Common Law*, característico do direito amparado nos princípios e costumes, restando a tutela dos direitos dos cidadãos ao judiciário, com a finalidade de evitar arbitrariedades (TEIXEIRA, 2011, p. 114).

Nesse sentido, as constituições e declarações de direitos desse período representaram a consagração de uma primeira geração de direitos individuais, como os direitos de liberdade, propriedade, segurança, e o direito ao voto. Também, ligado a estes reconhecimentos, e, sobremaneira, de ampla notoriedade, sobreveio a tutela internacional dos direitos humanos (TEIXEIRA, 2011, p. 117).

É nesse momento que “declara-se, então, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (DALLARI, 2011, p. 150). Ou seja, as limitações que serão impostas aos indivíduos advirão apenas da lei, que é a expressão da vontade geral de todos os cidadãos.

Contudo, como o direito ao voto não era ainda um direito que competia à grande parcela da população, o monopólio do poder legislativo permanecia com quem detinha mais poder. Assim, Zagrebelsky ressalta que “El proletariado y sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho de voto” (2011, p. 32), e que “en este panorama, el monopolio-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación” (2011, p. 32).

Nesse contexto, a Constituição surge como instrumento de garantia de direitos fundamentais, além de constituir um Estado. Assim, “esta imprime no Estado a reta organização, a qual deverá impedir o abuso, isto é, a violação pelos órgãos estatais dos direitos do homem”. Além disso, “por outro lado, esta reta organização põe o Estado a serviço da finalidade que o legitima, a defesa desses direitos na vida social cotidiana” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 19).

Destarte, o processo em que se dará a institucionalização do constitucionalismo partirá da restrição e limitação do poder dos que o detém. Assim sendo, Karl Loewenstein (1979, p. 29) afirma que o constitucionalismo é:

Un acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder, se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores. El mecanismo de esas reglas que están, ya formuladas en un documento formal, la constitución, ya profundamente enraizadas en las costumbres y conciencia nacional [...].

A Constituição surgirá como “uma garantia dos direitos fundamentais do homem” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 18). Ou seja, a Constituição garante esses direitos aos cidadãos frente ao Estado, e, ao mesmo tempo, é Lei Magna deste Estado, estabelecendo sua organização funcional (FERREIRA FILHO, 1999, p. 18).

Para Otto Bachof (1994, p. 39), a Constituição em sentido material entende-se em geral como “o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado”. Já, a Constituição em sentido formal será:

[...] uma lei formal qualificada essencialmente através de características formais-particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração- ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos acidental, das disposições escritas da Constituição (1994, p. 39).

Contudo, ao passar dos séculos, o Direito teve a necessidade de incluir em seu compêndio os direitos sociais e coletivos ante as exigências da sociedade. Assim, parte-se à verificação do Estado Social de Direito.

1.2 Estado Social de Direito

O Estado Social busca o bem-estar da coletividade, e, sendo assim, o desenvolvimento social marcam as ações do ente público. A lei, portanto, passa de uma ordem geral e abstrata para uma destinação específica e concreta, ou seja, a lei passa a ser instrumento de ação, com objetivo de atender critérios circunstanciais (STRECK, 2014, p. 97).

A partir do século XX, o Estado, por influência dos socialistas e cristãos -sociais, cunhou a tarefa de providência dos malsucedidos. Por isso, chamou-se Estado-Providência, de forma a dar a todos condições adequadas de vida pela intervenção no domínio econômico e social (FERREIRA FILHO, 1999, p. 40).

Assim, “a consagração do chamado Estado-Social, ou Estado de Bem-Estar, depois da Segunda Guerra Mundial, leva muito adiante a tendência desenhada pelo intervencionismo” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 40). Isto é, o Estado assume a postura de prover o bem para a sociedade.

Pretende, portanto, uma reformulação do Estado a partir de garantias coletivas, na busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal (STRECK, 2014, p. 103). Logo, a lei passa a ser utilizada para a promoção de prestações positivas na construção de uma ordem jurídica.

Ademais, o Estado de Bem-Estar Social vai reconhecer os direitos humanos fundamentais, porém, “desapoiados num direito transcendente, frágil é a situação deles, que depende de um “reconhecimento”, uma proclamação — de caráter constitutivo — por parte do próprio Estado, a que limitariam” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 44).

O Estado Social de Direito foi constitucionalizado, pela primeira vez, em 1949, na Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn, teve grande influências das classes trabalhadoras, exigindo o desenvolvimento de atividades econômicas e administrativas por parte do Estado em prol da sociedade (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 3-5).

Para García-Pelayo (2009, p. 6), o Estado Social significa “a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, nesse caso, o Estado Liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial”, que se desenvolveu a partir de política social “cujo objetivo imediato é remediar as péssimas condições de vida das camadas mais desamparadas e necessitadas da população” (2009, p. 6).

Após a Segunda Guerra Mundial se evidenciou profundas crises econômicas, com amplo desemprego, e lutas de classes. Para enfrentar tal situação, era necessário “aumentar a capacidade aquisitiva das massas, que atuaria, por sua vez, como causa do crescimento da produção e, por conseguinte, da oferta de emprego” (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 8). Isso só seria possível com a “orientação e controle do processo econômico por parte do Estado, mantendo-se a propriedade privada dos meios de produção” (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 8).

O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos

Assim, a teoria econômica, a política e a política social formaram um todo, “dito de outra forma, tendem a transformar-se em subsistemas de um sistema superior. Isso quer dizer que cada um desses subsistemas é condicionado pelos demais, ao mesmo tempo em que os condiciona” (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 8). Isto é, transformou-se numa política socioeconômica sistêmica, pois seus componentes estão conectados entre si (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 9).

O que caracteriza um Estado Social é a justa distribuição do que foi produzido, e esta finalidade só é alcançada por meio da potestade fiscal. Assim, se conduz a um “Estado de prestações que assume a responsabilidade da distribuição e redistribuição de bens e serviços econômicos” (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 22).

Nessa ótica, a ideia social de Estado está vinculada aos problemas em torno da exigência de uma justiça distributiva, mais eficaz, e a necessidade de integração social.

Tendo em vista a evolução, principalmente dos direitos humanos, após 1945, “chegou-se enfim ao reconhecimento de que à própria humanidade, como um todo solidário, devem ser reconhecidos vários direitos” (COMPARATO, 2007, p. 56-58). Não apenas direitos individuais, de natureza civil e política, mas também direitos econômicos, sociais, e de humanidade.

Embora o Estado Social tenha inserido profundas transformações na sociedade, tanto no reconhecimento de outros direitos pelo Estado, como na atuação positiva para com o indivíduo, na tentativa de promover o bem social, a problemática em torno da igualdade não restou superada, tendo encontrado no Estado Democrático de Direito o seu fundamento.

1.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito surge como transformador da realidade, “o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução” (STRECK, 2014, p. 98), tendo em vista uma nova sociedade baseada na Constituição, como instrumento básico de garantia jurídica, uma organização democrática, um sistema de direitos fundamentais, que assegura autonomia dos indivíduos frente aos poderes públicos e justiça social para corrigir desigualdades (STRECK, 2014, p. 99).

Desse modo, o Estado Democrático de Direito é “*plus* normativo em relação às formulações anteriores” (STRECK, 2014, p. 100), ou seja, impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade, já que teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito (STRECK, 2014, p. 100).

Por conseguinte, o objetivo do Estado de Direito, quando assume o perfil democrático, é a igualdade, e a lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada à sanção ou promoção, mas sim a reestruturação das relações sociais. Permite-se, dessa forma, “a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria” (STRECK, 2014, p. 101). Ainda, a Constituição é colocada no “ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, como tal, é aceita como poder legítimo” (STRECK, 2014, p. 101).

Em busca de condições mínimas de vida aos cidadãos e da comunidade, a problemática em torno da igualdade resta acentuada, já que se vincula a um projeto solidário, ou seja, a solidariedade passa a compor o caráter comunitário (STRECK, 2014, p. 104).

Assim, há uma identificação do constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático, que aponta para “o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstâncias que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil” (STRECK, 2014, p. 105). A Constituição brasileira de 1988 é, portanto, voltada à transformação da realidade, depreende-se de seus princípios fundamentais fins sociais e econômicos, promovendo-se a integração da sociedade nacional (STRECK, 2014, p. 98).

Contudo, a crise de financiamento do Estado, notadamente pelo crescimento do *déficit* público, que emergiram desde as décadas de 1960 e 1970, com descompasso entre receitas e despesas, contribuíram para o enfraquecimento do Estado do Bem-Estar. E a partir dos anos 1980, buscou-se em um projeto neoliberal o caminho para a redução dessa crise, sobretudo, com as privatizações, cortes em gastos sociais e venda de patrimônio público com preços desvalorizados (STRECK, 2014, p. 157).

Em decorrência de todas essas transformações, o Estado Democrático de Direito vive uma crise, por conta de inúmeros direitos proclamados, de cunho social, em que o Estado deve dar conta, porém o orçamento já não comporta a realização das políticas públicas, que se concretizaria, em especial, com efetivos mecanismos de tributação.

2 ENTRE OS DIREITOS E OS DEVERES PARA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE SOLIDÁRIA

Como visto anteriormente, o Estado constitucional, portanto, desenvolveu-se tendo como característica a subordinação da legalidade a uma Constituição, ou seja, a validade das leis depende também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais.

O marco histórico do novo Direito Constitucional, no Brasil, nasce com a elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, que assinalou a reconstitucionalização do país, tendo em vista que indica “a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito” (BARROSO, 2013, p. 268).

Neste período surge o pós-positivista, como marco filosófico do novo direito constitucional, o qual faz referência às ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição de valores, princípios e regras, aspectos da nova hermenêutica (BARROSO, 2013, p. 269). Assim, esse novo direito constitucional pós - segunda grande guerra, ou neoconstitucionalismo, é produto do reencontro da ciência jurídica e da filosofia do direito.

Por outro lado, como consequência de grande parcela das Constituições advindas do Estado Providência, após períodos de repressão e totalitarismos, sobrevieram uma gama de direitos fundamentais instituídos pelos Estados e por sua responsabilidade na realização dos mesmos. Não foi diferente com o Brasil, na Constituição de 1988, que previu inúmeros direitos aos indivíduos, porém, sem referir nos deveres.

Como muito bem explica Canotilho, as experiências históricas dos períodos após o ideário comunista, revelam Constituições com indiferença aos deveres fundamentais, sobrepondo, assim, os direitos fundamentais, como segue:

A República era o reino da virtude no sentido romano, que só pode funcionar se os cidadãos cumprem um certo número de deveres: servir a pátria, votar, ser solidário, aprender. Nesse sentido, a teoria da cidadania republicana implica que um indivíduo teria não apenas direitos, mas também deveres. Nos começos do século, sob a inspi-

O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos

ração da Constituição de Weimar, onde existia uma parte intitulada “Direitos fundamentais e Deveres fundamentais dos alemães”, a doutrina juspublicista falava de igual dignidade de direitos e deveres fundamentais (Heller). Todavia, também já nesta altura não faltavam a considerar os deveres fundamentais como contrários à ideia de estado de direito liberal (Carl Schmitt). A centralidade da categoria de deveres fundamentais reaparece nas construções jurídico-políticas nacional-socialista e comunista. No ideário nazi, os deveres fundamentais dos cidadãos convertem-se em deveres fundamentais dos “membros do povo” (dever de serviço de poderes, dever de trabalhar, dever de defender o povo). Na compreensão comunista, os direitos fundamentais eram também relativizados pelos deveres fundamentais: os indivíduos tinham direitos conexos com deveres, o que, nos quadros políticos dos ex-países comunistas, acabou por aniquilar os direitos e hipertrofiar os deveres. Estas duas experiências históricas explicam a desconfiança e indiferença dos textos constitucionais em face dos deveres fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 531).

No atual Estado Democrático de Direito é essencial a (re)construção dos vínculos de solidariedade e, sobretudo, quanto aos deveres fundamentais, haja vista que como indivíduos numa sociedade, deve-se contribuir para o bem comum.

O que se pode destacar é uma hipersubjetivação, ou seja, o indivíduo passa a ser titular de direitos subjetivos como uma figura central do universo jurídico, o que Chevallier chama de “absolutização do eu”, característico da pós-modernidade. Assim, “a relevância conferida a partir dos anos 1980 ao tema dos direitos do Homem, concebidos como ‘direitos fundamentais’, deu uma nova dimensão a esse processo de subjetivação: ele implica, com efeito, que os indivíduos são titulares, enquanto Homens, de direitos em face ao poder e dispõem dos meios de fazê-lo valer” (CHAVALLIER, 2009, p. 134-135).

A Constituição brasileira de 1988 teve o cuidado de garantir os direitos fundamentais, o que é muito importante, tendo em vista que proporciona uma vida digna as pessoas na nação, base para uma boa convivência, porém, não teve o mesmo zelo com os deveres fundamentais, que possuem um papel relevante na proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Desse modo, surge a razão de ser solidário, no Estado Democrático de Direito, na atual conjuntura constitucional, tendo em vista o art. 3º, em que um dos objetivos da República brasileira é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988).

Portanto, atuar em solidariedade significa um compromisso em relação ao outro, isto é “es la manera de actuar que impele a la voluntad individual y colectiva para buscar conscientemente la satisfacción de las necesidades básicas del ‘otro’. Dado que la solidaridad es un comportamiento consciente, es una cualidad que solo pertenece a los seres humanos” (PEDRA, 2016).

A solidariedade garante liberdade, porém é preciso que as pessoas renunciem ao egoísmo. Ou seja, “la solidaridad no es caridad. La caridad nos obliga a ayudar a los otros por amor, sin que el otro tenga el derecho a una limosna o ayuda. En cambio, la solidaridad (normativa) no es un regalo, sino que es un derecho del ‘otro’” (PEDRA, 2016).

Destarte, as pessoas em sociedade devem ter condutas compatíveis para com a realização dos valores constitucionais, por isso assumem deveres fundamentais para promoção dos ideais consagrados. Desse modo, a Constituição pode estabelecer deveres fundamentais tanto implícita como explicitamente, assim como o faz com os direitos fundamentais (PEDRA, 2016).

Há de ser ressaltado que, conforme Canotilho (2003, p. 532-533), não há simetria entre direitos e deveres, ou seja, que a cada direito fundamental protegido não pressupõe um dever correspondente, já que os deveres fundamentais possuem categoria autônoma. Assim, “vale aqui

o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres fundamentais, entendendo-se mesmo ser a assimetria entre direitos e deveres uma condição necessária de um estado de liberdade”.

Portanto, pode ser facilmente constatado, que é inequívoco que houve um cómodo abandono da ideia de dever social, estimulada pelo marcante individualismo do tempo contemporâneo, que empalideceu e fez tornar-se anacrônica a imprescindível solidariedade social.

Cabe referir que, a maioria das Constituições do pós-segunda guerra aconteceram na sequência de períodos autoritários, motivo pelo qual, entende a ‘quase-obsessão’ por consagrar direitos e descuidar deveres. No entanto, as circunstâncias contemporâneas são outras e a categoria dos deveres fundamentais deve ser pensada como parte integrante do Estado Democrático de Direito.

Importante destacar, conforme bem ilustra Casalta Nabais (2009, p. 17-18), que:

[...] preocupam-se de uma maneira dominante, ou mesmo praticamente exclusiva, com os direitos fundamentais ou com os limites ao(s) poder(es) em que estes se traduzem, deixando por conseguinte, ao menos, aparentemente, na sombra os deveres fundamentais, esquecendo assim a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis, ou seja, pessoas.

Por conseguinte, a relevância do dever fundamental tem a ver com a satisfação das necessidades básicas essenciais das pessoas. Por isso, o dever fundamental se vincula diretamente a necessidade de contribuição para uma vida em comunidade (PEDRA, 2016). Como ressalta Canotilho (2003, p. 536), “as ideias de ‘solidariedade’ e de ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre cidadãos”.

Quanto aos direitos, Bonavides (2014, p. 678) afirma que fatores econômicos objetivos e reais seriam, portanto, decisivos para concretizá-los, pois “quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos”.

Destaca-se a definição de Zagrebelsky (2011, p. 86) “son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las sociedades justas la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos”.

Com isso, pode-se constatar a importância dos deveres fundamentais no atual Estado Democrático de Direito, já que possuem o condão de concretizar os direitos fundamentais, sobretudo, o dever fundamental de pagar tributos, o qual constitui condição inafastável de qualquer cidadão numa sociedade que busca a concretização de políticas públicas em favor de sua comunidade.

Uma vez constatado o devido comprometimento dos cidadãos em honrar com a sua cota de contribuição para a sociedade, no que se refere aos pagamentos de seus tributos, estes indivíduos estarão colaborando solidariamente para a realização dos direitos fundamentais do próximo, ou seja, cooperando para a edificação de uma sociedade mais justa e comprometida com o outro.

3 O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A concepção de deveres está intimamente ligada à ideia de solidariedade social. Só há deveres porque se convive em comunidade, e esta será tanto mais harmônica, quanto maior for a preocupação, de cada um, com o destino de todos.

Importante a reflexão de Comparato (2007, p. 24-25), quando diz que:

Por outro lado, a ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesma implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo econômico e social [...].

Comparato (2007, p. 65) refere que “a solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”. E ainda, que o fundamento ético desse princípio encontra-se no entendimento sobre justiça distributiva. Os direitos, portanto, se realizam por políticas públicas “destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”.

A solidariedade social resta mais evidente à medida que se examina o dever fundamental de pagar tributos. Assim, em épocas anteriores- absolutista e liberal- o cumprimento desse dever se orientava para conservação do Estado, de modo que não se encontrava um fundamento ético ou moral para a obrigação tributária. Havia um dever de obediência ao pagamento dos impostos, tendo em vista a autoridade soberana que a exigia.

Porém, com o Estado Social e Democrático de Direito, os tributos passaram a ter um conteúdo solidário, à medida que foi sendo empregado como instrumento a serviço da política social e econômica do Estado redistribuidor.

Portanto, os deveres fundamentais correspondem aos meios necessários para que o Estado possa atingir o bem comum, ou seja, a realização dos direitos fundamentais. Assim, os deveres fundamentais são os comportamentos positivos ou negativos impostos a um sujeito, em consideração e interesse que não são particularmente seus, mas sim em benefício de outros sujeitos ou de interesse geral da comunidade.

Cabe referir que, os deveres fundamentais, só excepcionalmente, têm natureza de norma diretamente aplicável, já que, na maior parte das situações, reclamam a existência de uma mediação legislativa para que possam ser exigidos. O dever fundamental de pagar tributos é um exemplo disso no Brasil, uma vez que necessita da mediação legislativa, ou seja, enquanto não sobrevier norma jurídica correspondente, o dever simplesmente inexistente.

Ainda, as normas constitucionais que estabelecem deveres fundamentais são, em geral, normas com baixa densidade normativa. Ao deixar de regular certas tarefas, a Constituição forma um instrumento democrático que possibilita confrontações políticas. Por outro lado, a abertura do sistema constitucional expressa um caráter incompleto e precário do conhecimento científico, dando espaço ao jurista para ampliar ou modificar o sistema (PEDRA, 2016).

Por isso, se fala numa necessidade de integração legislativa, pois mesmo os textos normativos redigidos de forma clara e precisa devem ser interpretados para esclarecer melhor seu conteúdo (PEDRA, 2016).

A regulação dos deveres pela Constituição possui uma estrutura bifásica, ou seja, por um lado, guia o legislador ordinário para que, no exercício de suas funções, ponha os deveres como regra, já que possuem baixa densidade normativa. Por outro lado, a regulação constitucional é o fundamento para o exame da constitucionalidade dessa legislação (PEDRA, 2016).

Importante referir que “los deberes fundamentales tienen por objeto garantizar derechos fundamentales. Por lo tanto, la inercia del legislador para establecer los comportamientos obligatorios al sujeto del deber perjudica a los derechos fundamentales” (PEDRA, 2016).

É de se destacar que, uma sociedade precisa de recursos econômicos para se organizar, isto é, há necessidade de que existam fontes de recursos para financiar a existência digna das pessoas que nela sobrevive.

No caso brasileiro, há muitas omissões do legislador para regular as condutas do sujeito de dever, inclusive, para estabelecer sanções em caso de descumprimento, com o fim de promover os direitos dos indivíduos em sociedade. Resta uma reflexão sobre o assunto, de maneira que o legislativo possa se mostrar mais eficiente a partir de elementos coercitivos para a eficácia dos deveres fundamentais (PEDRA, 2016).

O financiamento para as políticas sociais, na sua maior parte, portanto, advém do pagamento de tributos, que são exigidos dos cidadãos para cumprir um dever ético e solidário de contribuir para o desenvolvimento da sociedade. Diante disso, submeter-se à tributação corresponde a um imperativo de liberdade. Tal ocorre porque ela corresponde à condição de possibilidade de concretização das promessas contidas nos direitos fundamentais, especialmente aqueles de cunho social.

Assim, o Estado assumiu o compromisso de corrigir as mazelas e promover o bem comum, notadamente a partir de políticas públicas, estas, por sua vez, financiadas pelos cidadãos, em grande parte, pelo dever fundamental de pagar tributos. Como ressalta Casalta Nabais (2009, p. 679):

Como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em estado fiscal. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que se não possa falar num (pretense) direito fundamental a não pagar impostos.

O atual Estado possui a característica de um Estado Fiscal, a partir do qual suas necessidades financeiras são geridas a partir do pagamento de tributos pelos cidadãos. Porém, deve-se levar em conta a capacidade contributiva dos indivíduos, já que “a capacidade contributiva constitui o pressuposto e o critério da tributação” (NABAIS, 2009, p. 688).

Assim, no atual modelo estatal, deve-se ter em conta a exigência da tributação de acordo com a capacidade contributiva, ou seja, uma concepção contemporânea de cidadania (compatível com o Estado Democrático de Direito) passa pelo adequado cumprimento do dever fundamental de pagar tributos, e isso, em face ao princípio da solidariedade social, ocorre sob dois enfoques: a) o dever fundamental de contribuir de acordo com a capacidade contributiva, justamente para que o Estado tenha os recursos necessários para realizar os direitos fundamentais e, com isso, propiciar a máxima eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana; b) o direito de não ser obrigado a contribuir acima das possibilidades- desproporcionalmente à capacidade contributiva- pois isso se constituiria afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa, uma vez que o mínimo vital a uma existência digna restaria afetado.

O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos

Tendo em vista o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” (BRASIL, 1988), há necessidade, portanto, que a carga fiscal seja adequada à efetiva capacidade do cidadão.

Importante compreender que no atual Estado fiscal, como no caso do Brasil, as políticas sociais são financiadas pelo pagamento de tributos não-vinculados a uma atuação estatal específica, que são exigidos do cidadão pelo simples fato de pertencer à sociedade.

Assim, os tributos bilaterais, correspondem às taxas e contribuições de melhoria, e os unilaterais, correspondem aos impostos e às contribuições sociais não-sinalagmáticas, também chamados de impostos finalísticos. Por isso que, no caso do Brasil, é mais adequado falar em dever fundamental de pagar tributos não-vinculados ou desprovidos de bilateralidade, optando-se, para fins desse artigo, simplesmente a definição de dever fundamental de pagar tributos.

Com o fim de garantir o bem comum, os deveres são indispensáveis numa sociedade, pois possuem uma dupla dimensão, ou seja, do ponto de vista subjetivo, os deveres estão orientados à igualdade material; portanto, garantem a repartição das tarefas que tutelam o interesse coletivo. Já, sob o ponto de vista objetivo, os deveres são elementos configuradores da própria ordem jurídica-política (CHULVI, 2001, p. 295-296).

A importância dada ao dever tributário, isto é, dever de contribuir, é enfatizada por Chulvi, ao referir que:

Uno de los deberes que ha acompañado al Estado desde el mismo momento de su nacimiento ha sido el deber tributario. El paso del tiempo y la evolución en las formas históricas estatales han ido dejando su huella en el fundamento de este deber que ha pasado de ser concebido únicamente como medio para conseguir la necesaria financiación que permite la subsistencia del Estado a ser un instrumento al servicio de la política social y económica del Estado redistribuidor (2001, p. 296).

Assim, o cumprimento do dever tributário constitui “condición de vida para la comunidad porque hace posible el regular funcionamiento de los servicios estatales y el cumplimiento de las finalidades sociales que lleva a cabo el Estado” (CHULVI, 2001, p. 86).

Por outro lado, atualmente, há uma consciência social desfavorável à imposição do dever tributário, isto é, há uma resistência social em pagar tributos. Chulvi (2001, p. 298) define como objeção de consciência fiscal, que significa a “negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a la conducta jurídicamente exigible de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos porque el destino final que se otorga a su contribución contraria su conciencia personal”.

Um elemento que deve ser combatido na atual sociedade é a evasão fiscal, que decorre especialmente do sentimento de inexistência de respostas estatais às demandas sociais, como também, da visível corrupção e desvios de recursos que assolam a administração pública, ou seja, não basta que a justiça esteja sendo feita; é fundamental que haja a percepção de que ela esteja sendo feita, e isso é condição de aceitabilidade de qualquer sistema fiscal.

Diante disso, nota-se que, o sistema tributário tem muito a contribuir, a partir do financiamento de políticas sociais, para realizar os direitos da sociedade, só que, para isso, é necessário que cada cidadão esteja disposto a assumir seus deveres, notadamente, o dever fundamental de pagar tributos, para a (re)construção dos vínculos de solidariedade como preconiza o atual Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

No atual Estado Democrático de Direito é essencial a (re)construção dos vínculos de solidariedade e, sobretudo, quanto aos deveres fundamentais, haja vista que como indivíduos numa sociedade, deve-se contribuir para o bem comum.

Contudo, como consequência de grande parcela das Constituições advindas do Estado Providência, após períodos de repressão e totalitarismos, sobrevieram uma gama de direitos fundamentais instituídos pelos Estados, sem darem a devida atenção aos deveres fundamentais. O que não foi diferente com o Brasil, na Constituição de 1988, que previu inúmeros direitos aos indivíduos, porém, sem referir nos deveres.

Com a crise de financiamento dos Estados, notadamente pelo crescimento do déficit público, com descompasso entre receitas e despesas, ficou mais evidente a necessidade de se resgatar os deveres fundamentais, notadamente o dever de pagar tributos.

Portanto, atuar em solidariedade significa um compromisso em relação ao outro. A relevância do dever fundamental tem a ver com a satisfação das necessidades básicas essenciais das pessoas. Por isso, o dever fundamental de pagar tributos se vincula diretamente com a necessidade de contribuição para uma vida digna em comunidade.

Com isso, pode-se constatar a importância dos deveres fundamentais no atual Estado Democrático de Direito, já que possuem o condão de concretizar os direitos fundamentais, sobretudo, o dever fundamental de pagar tributos, o qual constitui condição inafastável de qualquer cidadão numa sociedade que busca a concretização de políticas públicas em favor de sua comunidade.

Uma vez constatado o devido comprometimento dos cidadãos em honrar com a sua cota de contribuição para a sociedade, no que se refere aos pagamentos de seus tributos, estes indivíduos estarão colaborando solidariamente para a realização dos direitos fundamentais do próximo, ou seja, cooperando para a edificação de uma sociedade mais justa e comprometida com o outro.

Há necessidade, portanto, de se acabar com a resistência ao pagamento de tributos, no Brasil, é fundamental o dever tributário. Porém, para isso, é preciso maior participação dos cidadãos nos processos de política social, é preciso que vejam o que tem sido realizado no país com sua contribuição, é imprescindível maior transparência dos gastos públicos, assim como, fiscalização e combate à evasão fiscal.

Desse modo, será possível a realização do dever fundamental de pagar tributos, minimizando as desigualdades e mazelas advindas de outros períodos. A efetivação dos direitos fundamentais, como preconizados na Constituição de 1988, são essenciais para se viver em sociedade, e o dever tributário contribui sobremaneira para este fim, pois concretiza a solidariedade entre os cidadãos.

REFERÊNCIAS

- BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O estado democrático de direito e a tributação: entre os direitos e deveres fundamentais na (re)construção de uma sociedade solidária a partir do dever fundamental de pagar tributos

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHULVI, Cristina Pauner. **El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1979.

NABAIS, Jose Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **Los deberes de las personas y la realizacion de los derechos fundamentales**. In: Scielo (Recurso Eletrônico). p. 13-28. v. 12. nº. 2. Santiago, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n2/art02.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2011.

OS MARCOS NORMATIVOS DA MEDIAÇÃO ENTRE PARTICULARES NO ÂMBITO CIVIL: ESCOPO E RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIEDADE, SUBSIDIARIEDADE E INCOMPATIBILIDADE

Danilo Christiano Antunes Meira

Doutorando em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela UFSC. Graduado em Direito pela FADISA. Membro do grupo de pesquisa NECODI – Núcleo de Estudos Conhecer Direito (IMED/Passo Fundo). Bolsista CNPq.
danchristiano@gmail.com

Horácio Wanderlei Rodrigues

Doutor em Direito (Filosofia do Direito e da Política) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito (Instituições Jurídico-Políticas) pela UFSC. Realizou Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPG Direito) da Faculdade Meridional (IMED/RS). Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC. Professor Titular de Teoria do Processo do Departamento de Direito da UFSC, de 1994 a 2016. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito em Direito da UFSC, de 2015 a 2016. Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Meridional. Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Publicou diversos livros e uma centena de artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre Ensino e Pesquisa em Direito, Direitos Humanos e Teoria do Processo.
horaciowr@gmail.com

RESUMO: O presente artigo oferece uma análise da vigência dos marcos normativos da mediação entre particulares. No tópico 2 são apresentadas as normas que disciplinam a mediação e os seus respectivos escopos. São apresentadas a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação. No tópico 3 é promovida uma verificação das possibilidades de incidência das disposições de cada um dos marcos normativos a partir de critérios de resolução de antinomias. Argumenta-se que a Resolução nº 125/2010 do CNJ tem uma incidência limitada e subsidiária. Argumenta-se que a Lei da Mediação tem primazia em face do Código de Processo Civil, mas o revoga apenas quando confere disciplina expressamente incompatível. O tópico 4 é

Recebido em: 4 nov. 2016. Avaliado em: 20 e 26 nov. 2016.

Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade

dedicado à análise de elementos afetados pelos problemas de incompatibilidade, como a definição, princípios, obrigatoriedade, impedimentos do mediador e obrigatoriedade de advogado. Conclui-se que existem problemas concretos derivados de atividade legislativa ineficiente, mas que outros problemas são derivados de interpretações equivocadas. Conclui-se que os problemas concretos derivados de atividade legislativa ineficiente só podem ser superados pela prática jurídica ou pelo próprio legislador.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação entre particulares; Marcos normativos; Incompatibilidades.

The regulatory frameworks for mediation between particulars in the civil framework: scope and complementarity, subsidiarity and incompatibility relationships

ABSTRACT: *This article offers an analysis of the effectiveness of the mediation's legal framework. The laws governing mediation and their respective scopes are analyzed in the topic 2. Are presented the Resolution N.º 125/2010 of the CNJ, the Civil Procedure Code and the Mediation Law. The application possibilities of these regulatory frameworks will be checked in topic 3 from antinomies resolution criteria. It is argued that Resolution N.º 125/2010 of the CNJ has a limited impact and subsidiary. It is argued that the Mediation Law prevails in the face of the Civil Procedure Code but it revokes only when its rules are explicitly incompatible. The topic 4 is dedicated to the analysis of elements affected by incompatibility issues as the definition, principles, obligatoriness, mediator impediments and obligation to have a lawyer. It concludes that there are real problems derived from inefficient legislative activity, while other problems are derived from misinterpretations. It concludes that the real problems that are derived from inefficient legislative activity can only be overcome by legal practice or by the legislature.*

KEYWORDS: *Mediation between individuals; Regulatory frameworks; Incompatibilities.*

INTRODUÇÃO

A mediação é um instituto que tem ganhado expressiva atenção da comunidade jurídica e do poder público. Não é arriscado afirmar que ela constitui um dos temas mais debatidos nos círculos jurídico e acadêmico. No entanto, a mediação não é um instituto propriamente novo no âmbito do Direito brasileiro. Sua prescrição já havia sido tipificada para certos casos e circunstâncias, como no Decreto nº 1.572/1995, na Lei nº 10.101/2000 e na Lei nº 10.192/2001, embora ainda sem um procedimento definido. O Decreto nº 1.572/1995 prevê expressamente a mediação como procedimento de negociação coletiva de natureza trabalhista quando frustrada a negociação direta¹. É uma modalidade que conta inclusive com um sistema de negociações online denominado Mediador². A Lei nº 10.101/2000, por sua vez, dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e estabelece que os procedimentos de mediação e arbitragem podem ser utilizados pelas partes “caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse”³. Na Lei nº 10.192/2001, a mediação aparece como alternativa para superar impasses entre empregados e empregadores sobre o pagamento de reajuste salarial decorrente da implementação do Plano Real⁴. Além de ser prevista legalmente

¹ Decreto nº 1.572/1995, art. 2º.

² O sistema Mediador está disponível no endereço eletrônico <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>> e sua utilização subsidiada com um manual ilustrado. Ver MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Secretaria de Relações do Trabalho – SRT. **Cartilha do Mediador**. Disponível em <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Content/docs/CARTILHA_DO_MEDIADOR_v20.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

³ Lei nº 10.101/2000, art. 4º, *caput* e inc. I.

⁴ Lei nº 10.192/2001, arts. 9º, 10 e 11.

nessas hipóteses, a mediação também foi utilizada com considerável frequência como procedimento não tipificado em litígios levados aos Núcleos de Prática Jurídica de Instituições de Ensino Superior (RIBEIRO, 2008) e até mesmo ao judiciário⁵.

Considerando que o instituto em si não é tão novo como parece, a relevância e ares de novidade que a mediação vem ganhando são explicadas por duas outras razões. A primeira é que o Poder Público passou a promovê-la como estratégia para reduzir custos e o tempo de processamento de conflitos levados ao judiciário⁶. Não por coincidência o fortalecimento da mediação foi firmado como um dos compromissos do II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, assinado em 2009. Dentre os objetivos desse pacto, destaca-se o aprimoramento da “prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos” (BRASIL, 2009). A segunda, uma consequência da primeira, é que o seu procedimento foi expressamente disciplinado e prescrito para conflitos de diversas naturezas entre particulares no âmbito civil, seja antes ou no curso de um processo judicial.

De fato, a aposta na mediação como forma de tornar a prestação jurisdicional mais eficiente e a tradução dessa aposta em termos normativos constituem questões que merecem atenção na atual conjuntura econômica e social. Todavia, a materialização da pretensão do Poder Público no instituto da mediação é especialmente relevante para a comunidade jurídica porque dá indícios de que foi prejudicada, ao menos parcialmente, por má técnica legislativa. É perceptível que uma das principais preocupações abordadas nos debates sobre a mediação é a interpretação ou a identificação correta dos dispositivos aplicáveis em uma dada instância da mediação. É o caso, por exemplo, de saber se a audiência de mediação é obrigatória e de saber quais são os impedimentos aos quais se submete o advogado que atua como mediador judicial. Existem opiniões divergentes sobre esses casos e, à primeira vista, existem fundamentos jurídicos que sustentam os dois lados dessa divergência.

Diante desse fato, torna-se necessário: (a) verificar se essas divergências são justificáveis ou se são apenas incompreensões superficiais e, caso existam divergências justificáveis, (b) saber como superá-las.

O presente artigo constitui-se em uma tentativa de responder essas questões. Para tanto, começa por uma análise das normas que disciplinam a mediação entre particulares para saber quais são os seus respectivos escopos, isto é, saber qual é a vocação e a abrangência de cada uma dessas normas na tarefa de disciplinar a mediação. Uma vez conhecido o escopo das normas que disciplinam a mediação, a análise segue para uma verificação das possibilidades de incidência das disposições de cada um dos marcos normativos a partir de critérios de resolução de antinomias. Isso significa que será necessário procurar as regras que disciplinam as relações recíprocas entre os marcos normativos para saber como proceder em casos de relações de subsidiariedade, complementariedade e incompatibilidade. Como a hipótese inicial é a de que existem as três relações simultaneamente (subsidiariedade, complementariedade e incompatibilidade), a análise passa para a ilustração de problemas supostamente derivados dessas relações, como aqueles que se referem a definição legal, aos princípios orientadores, ao caráter de obrigatoriedade da audiência, hipóteses de impedimento do mediador advogado e a obrigatoriedade de atuação de advogado ou defensor público como procuradores das partes. Caso as hipóteses iniciais se confirmem,

⁵ O próprio Conselho Nacional de Justiça, ao justificar a edição da Resolução nº 125/2010, reconhece a existência da mediação em programas que já estavam implementados. A propósito, outro fato que justificava a citada resolução era a necessidade de sistematizar e aprimorar as práticas de solução consensual de litígios utilizadas pelos tribunais (CNJ, 2010).

⁶ Cf. exposições de motivos da Resolução CNJ nº 125/2010, do anteprojeto do Código de Processo Civil e da PLS nº 517/2011, que é um dos projetos dos quais derivou a Lei da Mediação.

Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade

conclui-se que existem problemas concretos derivados de atividade legislativa ineficiente, mas que outros problemas podem ser derivados de interpretações ou leituras equivocadas. Em relação à superação desses problemas, caso sejam derivados de má técnica legislativa, conclui-se só poderão ser superados pela prática jurídica ou pelo próprio legislador.

2 O ESCOPO DAS NORMAS QUE DISCIPLINAM A MEDIAÇÃO

Atualmente, a promoção e a disciplina da mediação entre particulares no âmbito civil são estabelecidas principalmente em três normas: a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação. Em tese, essas três normas deveriam funcionar em caráter de complementariedade plena. Deveriam ter espaços próprios de abrangência reciprocamente complementares, pois nenhuma revogou expressamente a outra e nem disciplinou inteiramente a matéria. Todavia, como será exposto a seguir, essa complementariedade é imperfeita. Aparentemente, os processos de discussão e elaboração da Resolução 125/2010, do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação não ocorreram com a sincronização necessária, causando repetições e incompatibilidades que dificultam, em várias circunstâncias, a correta identificação dos dispositivos aplicáveis.

Diante desse fato, é preciso considerar os escopos dessas normas para, em seguida, perceber como é possível compreender os espaços de cada uma delas nessa instância normatividade plural e, por conseguinte, perceber as possíveis relações de subsidiariedade em soluções para os problemas derivados desse convívio. Em outras palavras, a correta localização dos dispositivos aplicáveis à mediação entre particulares no âmbito civil e suas respectivas interpretações depende, em primeiro lugar, da compreensão das propostas e da abrangência de cada uma das normas que disciplinam o procedimento.

2.1 A Resolução CNJ nº 125/2010

A Resolução CNJ nº 125 foi editada em 29 de novembro de 2010 durante a presidência do ex-Ministro César Peluso e passou por duas emendas — a Emenda nº 1, de 31 de janeiro de 2013, e a Emenda nº 2, de 8 de março de 2016. Ela institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, cujo objetivo é “a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”⁷.

O seu escopo é a regulamentação, organização e uniformização das atribuições institucionais para o oferecimento de mecanismos necessários à implementação dessa política em âmbito nacional, isto é, dos procedimentos alternativos para a solução de controvérsias e atendimento ao

⁷ Resolução CNJ nº 125/2010, art. 1º.

cidadão⁸. A ênfase é dada à mediação e à conciliação, mas não em caráter de exclusividade⁹. Na verdade, a resolução não traça nenhuma distinção específica entre mediação e conciliação. As matérias tratadas nos quatro capítulos, considerações finais e dois anexos¹⁰ da Resolução nº 125/2010 são bastante diversas. Encontram-se ali enunciados que versam desde atribuições institucionais até a localização apropriada dos espaços físicos para funcionar os procedimentos de solução de conflitos.

Muitas das disposições relativas ao âmbito estrutural da política refletem nitidamente o escopo da resolução, como a criação de Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores¹¹, do Sistema de Mediação e Conciliação Digital¹², dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos¹³, dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania¹⁴ e das diretrizes curriculares para a capacitação de terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores)¹⁵. Todavia, a resolução também estabelece normas que afetam, mesmo que indiretamente, matérias de natureza procedimental. É o caso, por exemplo, da previsão de aplicação de regras de impedimento e suspeição para mediadores e conciliadores, inclusive quando membros das Câmaras Privadas de Conciliação¹⁶, e da instituição de um Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que estabelece princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais, regras que regem o procedimento de conciliação/mediação e previsões expressas de responsabilidades e sanções do conciliador/mediador¹⁷.

2.2 O Código de Processo Civil

A segunda norma a disciplinar a mediação foi o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015. O escopo do Código de Processo Civil em si, obviamente, é o de estabelecer as

⁸ Entre as justificativas apresentadas para a edição da Resolução CNJ nº 125/2010, lê-se que “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, [...] que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa, [...] que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”, que é necessário “consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”, que “a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”, que é “imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais”, que “a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça” e que “a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria”.

⁹ Estabelece a resolução, em seu art. 1º, parágrafo único, que “aos órgãos judiciários incumbe [...], antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão”.

¹⁰ Eram quatro anexos no texto original. O Anexo II, que tratava dos Setores de Solução de Conflitos e Cidadania, e o Anexo IV, que tratava dos dados estatísticos, foram revogados pela Emenda n. 1 de 2013.

¹¹ Resolução CNJ nº 125/2010, art. 6º, IX.

¹² Resolução CNJ nº 125/2010, art. 6º, X.

¹³ Resolução CNJ nº 125/2010, art. 7º, *caput*.

¹⁴ Resolução CNJ nº 125/2010, art. 8º, *caput*.

¹⁵ Resolução CNJ nº 125/2010, Anexo I.

¹⁶ Resolução CNJ nº 125/2010, art. 7º, §6º.

¹⁷ Resolução CNJ nº 125/2010, Anexo III – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.

normas processuais civis e não apenas o procedimento da mediação. No entanto, é evidente que a mediação, ao lado da conciliação, ocupa um espaço privilegiado em seu texto. Ao contrário do Código de 1973, que vagamente indicava a possibilidade de o juiz tentar promover a conciliação das partes a qualquer tempo¹⁸, o Código de 2015 inseriu as palavras “mediação” e “mediador” 38 vezes¹⁹ e 25 vezes²⁰, respectivamente, quase sempre acompanhadas das palavras “conciliação” e “conciliador”. O tratamento conferido simultaneamente pelo Código de Processo Civil à mediação e à conciliação permite concluir que tais institutos se diferenciam, em tese, por apenas dois elementos básicos: o mediador atua preferencialmente quando houver vínculo anterior entre as partes e está impossibilitado de sugerir soluções aos litigantes²¹. De qualquer modo, as repetições indiferenciadas entre conciliação e mediação refletem bem o objetivo do legislador, que era o de “restringir o acesso ao judiciário [...] tendo em vista o valor maior, que é o judiciário poder trabalhar com mais tranquilidade” (SENADO FEDERAL, 2010)²². A restrição ao acesso ao judiciário é tipificada como dever de incentivo aos métodos consensuais de solução de litígios, entre os quais a mediação, e deve ser observado em qualquer momento processual ou até mesmo antes de sua instituição²³.

Ultrapassada essa observação preliminar, é relevante perceber como a mediação está localizada topologicamente no Código de Processo Civil. Em primeiro lugar, destacam-se as já citadas disposições esparsas de incentivo à mediação. A primeira em capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil²⁴ e a segunda em capítulo sobre os poderes, deveres e responsabilidades do juiz²⁵. Em segundo lugar, destacam-se as disposições sobre os conciliadores e mediadores judiciais, disciplinados entre os artigos 165 e 175. Entre os temas tratados encontram-se desde o dever de os tribunais criarem centros judiciários de solução consensual de conflitos²⁶ até critérios de cadastramento²⁷ e hipóteses de impedimento²⁸ e exclusão²⁹ do mediador. Essas e outras disposições da mesma seção evidenciam uma questão que funciona como uma chave interpretativa básica de todas as demais: o legislador do Código de Processo Civil pretendeu disciplinar especialmente a mediação e conciliação judiciais. As figuras do conciliador e do mediador, a propósito, são tratadas no código como auxiliares da justiça³⁰. Isso não significa, porém, que a sua disciplina não alcance procedimentos extrajudiciais. Além de trazer enunciados expressamente aplicáveis às câmaras privadas de mediação³¹, existe previsão de que os demais dispositivos da seção Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, “aplicam-se, no que couber, às

¹⁸ Lei nº 5.869/1973, art. 125, IV.

¹⁹ Código de Processo Civil, art. 3º, §3º; art. 165; art. 166, *caput* e §2º; art. 166, §4º; art. 167, *caput* e duas vezes no §4º; art. 168; art. 169, §1º e §2º; art. 173, I, II e §2º; art. 174; art. 175, *caput* e parágrafo único; art. 250, IV; art. 303, §1º, II; art. 308, §3º; art. 319, VII; título do Capítulo V; art. 334, *caput* e nos §§ 1º, 2º, 7º e 12º; art. 335, I e II; art. 340, §§ 3º e 4º; art. 359; art. 565, *caput* e §1º; art. 694, *caput* e parágrafo único; art. 695; e art. 696.

²⁰ Código de Processo Civil, art. 139, V; art. 149; título da Seção V do Capítulo III; art. 165, §3º; art. 166, §2º; art. 167, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º; art. 168, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º; art. 169; art. 170, *caput* e parágrafo único; art. 171; art. 172; art. 173, *caput* e §3º; art. 334, §1º; e art. 784, IV.

²¹ Código de Processo Civil, art. 165, §§ 2º e 3º.

²² Na ata da primeira reunião da comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil, a professora Tereza Wambier esclarece que “tendo em vista o valor maior, que é o judiciário poder trabalhar com mais tranquilidade e trabalhar, portanto, melhor. Então, eu só gostaria de fazer um apelo que a gente pensasse com mais intensidade numa forma eficiente de incentivar meios alternativos de resolução de conflitos” (SENADO FEDERAL, 2010).

²³ Código de Processo Civil, arts. 3º, §3º e 139, V.

²⁴ Código de Processo Civil, art. 3º, §3º.

²⁵ Código de Processo Civil, art. 139, V.

²⁶ Código de Processo Civil, art. 165.

²⁷ Código de Processo Civil, art. 167.

²⁸ Código de Processo Civil, art. 167, §5º.

²⁹ Código de Processo Civil, art. 173.

³⁰ Código de Processo Civil, art. 149.

³¹ Código de Processo Civil, arts. 167, *caput* e §3º, 168 e 169, §2º.

câmaras privadas de conciliação e mediação”³² (BRASIL, 2015a). Por outro lado, as mesmas disposições da seção Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais não excluem “outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica” (BRASIL, 2015a)³³. Em terceiro lugar, destaca-se o tratamento conferido ao procedimento da audiência de conciliação e mediação do artigo 334 e seus parágrafos. Esses dispositivos disciplinam a forma de intimação para a audiência, o número de seções permitidas, hipóteses de não realização da audiência, a necessidade de acompanhamento de advogado ou defensor público e outras questões necessárias ao aperfeiçoamento do procedimento.

Existem muitas outras disposições espalhadas que poderiam ser citadas, mas as observadas no parágrafo anterior já evidenciam que o Código de Processo Civil cuidou tanto das disposições básicas de estrutura e organização institucional como do próprio procedimento, indicando as regras pelas quais os agentes devem ser conduzir. Em outras palavras, a mediação recebeu do Código de Processo Civil tratamento adequado o bastante para ser operacionalizada.

2.3 A Lei da Mediação

A Lei de Mediação, Lei nº 13.140/2015, foi proposta originalmente na forma da PLS nº 517/2011 depois da publicação da Resolução nº 125/2010 e durante a tramitação da PLS nº 166/2010, da qual se originou o Código de Processo Civil. A compreensão do seu escopo é intuitivamente mais simples, pois ela é dedicada especificamente à disciplina de apenas dois institutos: a mediação entre particulares no âmbito civil e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

À semelhança da Resolução nº 125/2010 e do Código de Processo Civil, o propósito da Lei da Mediação é o de reduzir os custos e o tempo de processamento de litígios levados ao judiciário³⁴. Para tanto, ela traz disposições que estabelecem desde o dever de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos³⁵ até os critérios para a realização da primeira reunião de mediação extrajudicial prevista em cláusula contratual incompleta, como prazo, local e critérios de escolha do mediador³⁶. Esses dois exemplos já dão indícios das principais aproximações e diferenças entre a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil. As aproximações se mostram nas repetições de matérias que já estavam assentadas, como os princípios orientadores da mediação e as hipóteses de suspeição do mediador. O enunciado que impõe aos tribunais o dever de criar os centros judiciários de solução consensual de conflitos é praticamente o mesmo nas duas leis³⁷. Por outro lado, as diferenças entre a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil na disciplina da mediação ocorrem de duas maneiras: algumas matérias são tratadas apenas em uma delas e outras matérias comum às duas são tratadas de forma diferente. A Lei da Medi-

³² Código de Processo Civil, art. 175, parágrafo único.

³³ Código de Processo Civil, art. 175.

³⁴ Na justificativa do PLS nº 517/2011, o Senador Ricardo Ferraço, seu proponente, concebeu a mediação como um “instrumento capaz de incentivar outras formas de solução das pendências, de reduzir o número de processos judiciais e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo, assim, uma leitura contemporânea do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil” (SENADO FEDERAL, 2011).

³⁵ Lei da Mediação, art. 24.

³⁶ Lei da Mediação, art. 22, § 2º.

³⁷ Ver art. 165 do Código de Processo Civil e art. 24 da Lei da Mediação. A diferença é que a Lei da Mediação atribui a tais centros a responsabilidade pela realização de audiências pré-processuais – e não apenas as processuais – de mediação

Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade

ação deixa de lado, por exemplo, detalhes sobre a audiência de mediação, como o prazo de antecedência mínima para a citação do réu³⁸, mas inclui dispositivos que regulamentam o procedimento no âmbito extrajudicial de forma claramente diferenciada. Como será exposto a seguir, essas diferenças deflagram alguns problemas que precisam ser evidenciados e superados. No momento, entretanto, importa apenas ressaltar a forma pela qual o escopo da Lei da Mediação se assemelha — mesmo que com algumas diferenças — ao escopo que o Código de Processo Civil reserva para a mediação.

3 A RELAÇÃO DE SUBSIDIARIEDADE E COMPLEMENTARIEDADE DOS MARCOS NORMATIVOS EM FACE DA LINDB

Como visto no tópico anterior, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação concorrem simultaneamente na tarefa de disciplinar a mediação entre particulares no âmbito civil. A relação entre elas deveria ser de plena complementariedade, mas a ausência de uma adequada sintonia nos seus respectivos processos de elaboração desencadeou redundâncias e algumas antinomias.

No tópico anterior também foi demonstrado que a vocação de cada uma das normas converge para o mesmo propósito, mas demonstrou-se também que elas divergem em termos de matérias privilegiadas e em termos de abrangência. Isso torna claro que não é possível descartar, de plano, quaisquer delas sob a alegação de ocorrência de revogação integral tácita — e nem explícita, como notado, já que nenhuma trouxe tal previsão. Por outro lado, dado que uma mesma questão de fato não pode ter duas soluções jurídicas diferentes e simultaneamente válidas, é preciso verificar as formas pelas quais a Resolução CNJ nº 125/2010, o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação podem se acomodar em relações de subsidiariedade e complementariedade.

3.1 A incidência subsidiária e limitada da Resolução nº 125/2010

A Resolução nº 125/2010 do CNJ é um ato regulamentar. Sua vinculatividade se restringe ao âmbito de competência do CNJ estabelecido no artigo 103-B, parágrafo 4º, da Constituição³⁹. Desde a primeira vista, a propósito, o escopo da Resolução nº 125/2010 parece ultrapassar a

³⁸ Ver art. 334 do Código de Processo Civil e art. 27 da Lei da Mediação.

³⁹ § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (BRASIL, 1988)

competência constitucional do CNJ, fato que poderia se somar aos vários debates acerca da não-observância dos limites das regulamentações editadas pelo CNJ (STRECK; SARLET; CLÈVE, 2005). Na medida em que se compreende a mediação e a conciliação como institutos de direito processual, é também possível questionar se a resolução não tenha afrontado até mesmo o próprio artigo 22 da Constituição⁴⁰.

Para os objetivos do presente trabalho, porém, essas discussões não acrescentam informações relevantes. Basta a constatação de que a Resolução nº 125/2010 vinculará apenas aqueles que estejam subordinados ao CNJ e terão vigor apenas as suas disposições que não contrariarem o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação, posto que atos regulamentares ocupam posição hierárquica inferior em relação às leis ordinárias⁴¹.

3.2 A incidência do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação

As relações de subsidiariedade e complementariedade entre o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação são mais delicadas. As duas são leis ordinárias de mesma hierarquia e devem ter suas antinomias resolvidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o Decreto-Lei nº 4.657/1942. No caso, a compreensão das relações entre a Lei de Mediação e do Código de Processo Civil deve ser alcançada especialmente pela incidência do artigo 2º, parágrafos 1º e 2º da LINDB.

O artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. O artigo 2º, parágrafo 2º, da mesma lei prescreve que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. A aplicação dessas disposições da LINDB, porém, não é isenta de controvérsia.

A primeira e principal questão surge da ausência de uma definição inequívoca das expressões “lei posterior” e “lei nova”, cuja compreensão é pressuposto para a aplicação dos parágrafos 1º e 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. É uma questão que pode ser ilustrada com uma simples pergunta: lei posterior (ou lei nova) é a lei publicada depois ou a lei que entrou em vigência depois? Essa indefinição tem como reflexo posicionamentos doutrinários divergentes na compreensão das relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade entre o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação. Enquanto alguns podem defender que a Lei da Mediação é posterior porque foi publicada depois do Código de Processo Civil, outros podem argumentar que o Código de Processo Civil pode ser considerado posterior porque ele entrou em vigência alguns meses depois da Lei da Mediação (TARTUCE, 2015). Nenhuma dessas duas compreensões pode ser desacreditada de plano. O Decreto-Lei nº 4.657/1942 não estabelece explicitamente nem a data de publicação e nem a data de entrada em vigor como critério que identifica uma lei como posterior ou anterior para fins de resolução de antinomias. Trata-se de uma lacuna que os autores de literatura jurídica — a “doutrina” —, na qualidade de intérpretes inautênticos, não podem superar senão com opiniões não-vinculantes (KELSEN,

⁴⁰ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (BRASIL, 1988)

⁴¹ Já se decidiu, por exemplo, pela ilegalidade de Resolução do CNJ que contrarie matéria procedimental estabelecida em lei federal e estadual, como no processo 5001014-88.2015.4.04.7103/JFRS (disponível em <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711443016281284821500000000002&evento=711443016281284821500000000002&key=ce445ddbac23364c3ca53790ca580fc51bd8f213f6d6e6df90cfb092343516b4>).

Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade

1998, p. 387-397). No caso concreto, a omissão será superada pelo aplicador do direito, o intérprete autêntico, talvez com o auxílio da própria LINDB, especificamente por seu artigo 4^o⁴².

A segunda questão surge da aplicação equivocada dos critérios de generalidade e de especialidade do artigo 2^o, parágrafo 2^o, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, utilizados para justificar o primado da Lei da Mediação, considerada lei especial, sobre o Código de Processo Civil, considerado lei geral. Em primeiro lugar, o enunciado em questão não estabelece que a lei especial prevalece sobre a geral, ao contrário do que se costuma afirmar. O que o artigo 2^o, parágrafo 2^o, da LINDB considera geral ou especial são as disposições de uma lei e não as próprias leis. No caso da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil, as duas trazem tanto disposições gerais e como especiais sobre a mediação. Algumas dessas disposições são exclusivas, isto é, são estabelecidas em apenas uma das leis. Em segundo lugar, os critérios de especialidade e generalidade são empregados no artigo 2^o, parágrafo 2^o, da LINDB apenas para enfatizar a hipótese de compatibilidade e complementariedade que o legislador pressupôs existir entre disposições de uma “lei nova” e “disposições [...] já estabelecidas”. Nisso importa saber apenas qual é a lei nova e não qual lei contém disposições especiais ou gerais. Uma lei posterior com disposições gerais revogará lei anterior com disposições especiais caso as duas sejam incompatíveis. O que está em questão é: existindo compatibilidade, caso as novas disposições estejam “a par” das disposições já existentes, a lei anterior não será revogada ou modificada pela lei nova. Existindo incompatibilidade, a lei anterior será modificada ou revogada, sejam as suas disposições gerais ou especiais.

De toda sorte, ainda que esses impasses não possam ser resolvidos pelos autores do presente artigo, ainda é possível avançar na compreensão dos problemas relacionados à regulamentação da mediação a partir da LINDB.

Em relação à hipótese de revogação expressa, primeira parte do artigo. 2^o, parágrafo 1^o, da LINDB, parece não caber controvérsia. Como já notado ao longo deste artigo, o Código de Processo Civil não revogou (e nem poderia revogar) a ainda inexistente Lei da Mediação. A Lei da Mediação, por sua vez, também não revogou explicitamente as disposições do Código de Processo Civil. Em relação à hipótese de incompatibilidade, segunda parte do artigo 2^o, parágrafo 1^o, da LINDB, ela é confirmada parcialmente: algumas disposições são nitidamente incompatíveis, mas tal fato não justifica a revogação das outras disposições que complementares. Em relação à hipótese de regulamentação integral posterior, terceira parte do artigo 2^o, parágrafo 1^o, da LINDB, também ficou demonstrado que nem o Código de Processo Civil e nem a Lei da Mediação contemplam o instituto da mediação em sua integridade. Existem pontos só regulamentados pela Lei da Mediação e pontos só regulamentados pelo Código de Processo Civil. Por fim, em relação ao artigo 2^o, § 2^o, os tópicos anteriores demonstraram que existe um impasse quanto a definição de qual poderia ser considerada a lei nova (a Lei da Mediação por ter sido publicada depois ou o Código de Processo Civil por ter entrado em vigor depois) e a inexistência de uma relação de generalidade e especialidade plena (dado que ambas contêm disposições gerais e específicas).

Em face dessas questões, compartilhamos a opinião de que as disposições da Lei da Mediação prevalecem sobre as disposições do Código de Processo Civil porque entendemos que a expressão “lei nova” diz respeito ao plano de existência da norma e não ao pleno de eficácia. Do contrário, seria forçoso concluir que nenhuma lei promulgada para alterar outra não produziria efeitos caso entrasse em vigor antes dela. Todavia, entendemos também que as disposições do

⁴² Art. 4^o Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942)

Código de Processo Civil são revogadas apenas naquilo que a Lei da Mediação contrariar expressamente, pois, por força do artigo 2º, § 2º, existe no caso uma presunção de complementariedade e não de revogação. As disposições relativas à conciliação do Código de Processo Civil, a propósito, seguem obviamente intactas.

4 PROBLEMAS DECORRENTES DE INCOMPATIBILIDADES

As questões debatidas nos tópicos anteriores se justificam pela necessidade de perceber as causas de alguns problemas práticos decorrentes de incompatibilidades na disciplina simultânea que a mediação recebe da Resolução CNJ nº 125/2010, do Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. No presente tópico serão elencados, a título ilustrativo, apenas alguns desses problemas significativos e suas implicações. Certos problemas são quase irrelevantes e derivam apenas indiretamente das hipóteses de incompatibilidade, mas outros são diretamente derivados e podem impactar efetivamente o curso do procedimento. Dadas as limitações impostas à redação e apresentação de um único artigo, não seria possível apresentar e analisar todos os casos de incompatibilidade de modo satisfatório.

4.1 A definição legal da mediação

A análise dos conceitos legais de um instituto jurídico não é importante apenas para saber precisamente o que ele é, mas também para saber o que ele faz e como ele faz. Isso se explica porque, em várias circunstâncias, a definição legal determina a abrangência e outras características que disciplinam a sua operacionalização, além de estabelecer as linhas gerais pelas quais as outras normas procedimentais devem se orientar. Com o conceito legal de mediação ocorre justamente isso.

O Código de Processo Civil traz o conceito de mediação de forma indireta no artigo 165, § 3º. Pelo enunciado desse artigo é possível concluir que a mediação é um procedimento pelo qual um terceiro, o mediador, atuando “preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015a). Esse conceito revela várias questões importantes sobre o procedimento. A primeira delas é que a mediação terá lugar preferencialmente em casos nos quais as partes tenham vínculos anteriores. A segunda é que o conceito limita o papel do terceiro facilitador — o mediador, a duas tarefas: promover o restabelecimento da comunicação entre as partes e auxiliá-las a compreender as questões e os interesses em conflito. A terceira é que são as próprias partes que identificam soluções consensuais. Por fim, o enunciado do artigo 165, § 3º, combinado com o artigo 165, § 2º, permite identificar os dois elementos básicos que distinguem a mediação da conciliação. O primeiro é que no procedimento da conciliação, ao contrário do que ocorre na mediação, o terceiro facilitador — o conciliador — “poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”⁴³ (BRASIL, 2015a). O segundo é que o conciliador atuará preferencialmente em conflitos nos quais as partes não tenham vínculo anterior.

A Lei da Mediação, a rigor, trouxe dois conceitos de mediação que se complementam — um amplo e um estrito. Cada um deles tem uma relevância específica para a compreensão do

⁴³ Código de Processo Civil, art. 165, §2º.

instituto e para a sua operacionalização. O conceito amplo foi inscrito no *caput* do artigo 1º. Tal enunciado estabelece os objetivos da Lei de Mediação e, ao fazê-lo, demarca conceitualmente a mediação como “meio de solução de controvérsias entre particulares”⁴⁴ (BRASIL, 2015b). Essa definição ampla sugere duas conclusões. A primeira é que a expressão “meio de solução” parece atribuir à mediação o status de procedimento diferenciado em relação aos procedimentos judiciais já tipificados, que seriam os procedimentos — ou “meios” — padrão para a solução de controvérsias. A segunda é que a definição revela que o termo “mediação” foi escolhido para identificar apenas procedimentos que solucionem conflitos entre particulares. A segunda parte do *caput* do artigo 1º, a propósito, demonstra que o legislador preferiu não definir como mediação a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O conceito estrito, por sua vez, é exposto no parágrafo único do mesmo artigo 1º. Esse dispositivo estabelece que a mediação é “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”⁴⁵ (BRASIL, 2015b). Esse enunciado não apenas confere mais clareza ao conceito jurídico de mediação, como também estabelece limites e exigências aos seus destinatários. Em primeiro lugar, o enunciado proíbe que o mediador atue com preferência por uma das partes. Em segundo lugar, proíbe que o mediador decida o conflito e imponha essa decisão às partes. O seu papel é expressamente limitado a estimular e auxiliar as partes na identificação ou desenvolvimento de soluções consensuais em termos que elas próprias devem estabelecer. Por fim, é interessante notar que o enunciado confere às partes o direito de escolher ou aceitar a pessoa que funcionará como mediador, mas essa escolha é paradoxalmente limitada pela incidência do artigo 25, que estabelece que os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes na mediação judicial, ressalvadas as hipóteses de impedimento⁴⁶.

À primeira vista, os conceitos de mediação trazidos pela Lei da Mediação e pelo Código de Processo Civil compartilham traços gerais que dão indícios de compatibilidade. São inclusive os mesmos que a literatura jurídica utiliza para caracterizar o instituto⁴⁷. Todavia, das pequenas diferenças conceituais podem derivar alterações práticas relevantes. Em relação ao Código de Processo Civil, o conceito de mediação da Lei da Mediação implica uma restrição menor ao papel do mediador. Além de extinguir a preferência para atuar em casos nos quais as partes tenham vínculo anterior, o conceito da Lei da Mediação permite que o mediador auxilie as partes a desenvolver soluções consensuais. No Código de Processo Civil, como visto, o mediador poderia apenas auxiliá-las no reestabelecimento da comunicação e na compreensão das questões e dos interesses em conflito. De certo modo, essas duas implicações do conceito de mediação trazido pela Lei da Mediação parecem significar, em alguma medida, a fusão das figuras do mediador e do conciliador do Código de Processo Civil em uma só. A possibilidade de as partes

⁴⁴ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a **mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares** e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (grifos nossos).

⁴⁵ Lei da Mediação, art. 1º, parágrafo único.

⁴⁶ Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

⁴⁷ Elpidio Donizetti (2016, tópico 4.2) concebe a mediação como “técnica de estímulo à autocomposição” na qual “um terceiro (mediador), munido de técnicas adequadas, ouvirá as partes e oferecerá diferentes abordagens e enfoques para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a composição do litígio. A decisão caberá às partes, jamais ao mediador. A mediação assemelha-se à conciliação, uma vez que ambas visam à autocomposição. Dela se distingue somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva debater o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo”. Humberto Theodoro Jr. (2015, tópico 313) afirma que “a mediação consiste em facilitar o diálogo entre as partes, para que, assim, consigam pôr fim ao conflito de forma consensual. O mediador, terceiro imparcial e sem poder de decisão, por meio de técnicas de negociação, incentiva e auxilia os envolvidos a alcançar, por si próprios, uma solução pacífica e adequada ao problema por eles enfrentado”.

escolherem ou aceitarem o mediador extrajudicial não constitui diferença prática, pois tal possibilidade, embora ausente do conceito de mediação do Código de Processo Civil, é prevista em seu artigo 168⁴⁸.

4.2 Princípios orientadores da mediação

Os princípios orientadores da mediação estão previstos nas três normas que a disciplinam. Ainda que eles sejam inter-relacionados, é necessário identificar a abrangência de cada um deles a partir da abrangência de suas respectivas normas.

A Lei da Mediação estabelece princípios que devem orientar a mediação judicial e a extrajudicial. Os princípios são a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé⁴⁹.

O Código de Processo Civil estabelece princípios que informam tanto a mediação como a conciliação. A localização topológica desses princípios parece sugerir que os mesmos foram concebidos para disciplinar os procedimentos que ocorrem no âmbito judicial⁵⁰, inclusive porque as disposições da Seção V — Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais “não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”⁵¹ (BRASIL, 2015a). Todavia, o código também estabelece que as disposições da Seção V “aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação”⁵² (BRASIL, 2015a). Por conseguinte, é de se concluir que “os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”⁵³ (BRASIL, 2015a), previstos no Código de Processo Civil, são aplicáveis para a mediação judicial e, no que couber, para a extrajudicial.

A Resolução CNJ nº 125/2010 traz em seu Anexo III o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais. Nele estão estabelecidos os “princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais”, que seriam “confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”⁵⁴ (BRASIL, 2010).

A distribuição dos princípios da mediação entre a Lei da Mediação, o Código de Processo Civil e a Resolução nº 125/2010 do CNJ, como visto, não é idêntica. O Quadro 1 ilustra bem tal fato.

⁴⁸ Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador. (BRASIL, 2015a)

⁴⁹ Lei da Mediação, art. 2º, incisos I a VIII.

⁵⁰ Os princípios estão inseridos na Parte Geral, Livro III – Dos Sujeitos do Processo, Título IV – Do Juiz e dos Auxiliares da Justiça, Seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.

⁵¹ Código de Processo Civil, art. 175.

⁵² Código de Processo Civil, art. 175, parágrafo único.

⁵³ Código de Processo Civil, art. 166.

⁵⁴ Resolução CNJ nº 125/2010, Anexo III, art. 1º.

Quadro 1 — Distribuição dos princípios da mediação entre os atos normativos

Lei da Mediação	Código de Processo Civil	Resolução nº 125/2010 do CNJ
Autonomia da vontade das partes	Autonomia da vontade	Autonomia
Boa-fé		
Busca do consenso		
		Competência
Confidencialidade	Confidencialidade	Confidencialidade
	Decisão informada	Decisão informada
		Empoderamento
Imparcialidade do mediador	Imparcialidade	Imparcialidade
	Independência	Independência
Informalidade	Informalidade	
Isonomia entre as partes		
Oralidade	Oralidade	
		Respeito à ordem pública e às leis vigentes
		Validação

Fonte: elaborado pelos próprios autores.

Adicionando o rol de princípios da Lei da Mediação e rol de princípios do Código de Processo Civil referente à mediação, encontram-se aplicáveis à mediação judicial e extrajudicial os princípios da autonomia da vontade, da boa-fé, da busca do consenso, da confidencialidade, da decisão informada, da imparcialidade, da independência, da informalidade, da isonomia entre as partes e da oralidade. Por outro lado, existem princípios que foram previstos exclusivamente para a mediação judicial, como é o caso do princípio da competência, do empoderamento, do respeito à ordem pública e às leis vigentes e o princípio da validação, todos inseridos apenas na Resolução CNJ nº 125/2010.

Esse cotejamento é relevante especialmente por permitir a percepção das implicações práticas dos diferentes posicionamentos a respeito das hipóteses de revogação de uma lei em relação às demais na disciplina da mediação.

Os princípios da mediação trazidos pela Resolução CNJ nº 125/2010, pelo Código de Processo Civil e pela Lei da Mediação são estabelecidos em enunciados taxativos e muito parecidos (“São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais”, “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios [...]” e “A mediação será orientada pelos seguintes princípios [...]”, respectivamente). Diante de tal fato, as posições que defendem a ocorrência de pura e simples revogação dos dispositivos de uma lei por dispositivos de outra na disciplina da mediação devem concluir que permanecerão aplicáveis apenas os princípios da lei prevalecente. Em outras palavras, serão vigentes apenas os princípios do Código de Processo Civil ou apenas os da Lei da Mediação, mas não os princípios das duas leis simultaneamente. Posições que defendem a ocorrência de revogação tácita apenas nas hipóteses de incompatibilidades, tal como disposto no § 2º do artigo 2º da LINDB, concluem que os princípios dos

três marcos normativos permanecem vigentes no âmbito de sua incidência, posto que são reciprocamente compatíveis.

4.3 A obrigatoriedade da mediação

A Lei da Mediação prevê expressamente que ninguém é obrigado a permanecer em procedimento de mediação⁵⁵. Todavia, a questão de saber se a audiência inicial da mediação é ou não obrigatória tornou-se controversa em vários pontos. A previsão do Código de Processo Civil de que as partes podem abrir mão da mediação não se repetiu na Lei da Mediação. O próprio Código de Processo Civil também não repetiu essa possibilidade em outros dispositivos que prescrevem a mediação para situações específicas e não disciplinadas pela Lei da Mediação. Por fim, a Lei da Mediação trouxe disposições sobre a possibilidade de as partes acordarem previamente, em cláusula contratual, a opção pelo procedimento de mediação. Tais questões já deflagraram ou podem deflagrar divergências que, antes de superadas, precisam ser compreendidas a partir do escopo dos seus respectivos marcos normativos.

4.3.1 A obrigatoriedade da audiência de mediação judicial

O Código de Processo Civil estabelece que, na hipótese da “petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”⁵⁶ (BRASIL, 2015a). Todavia, o código não atribui caráter de obrigatoriedade a essa audiência de mediação. Tal audiência, além de não ser realizada em conflitos que não admitem autocomposição⁵⁷, pode não se realizar quando todas as partes (inclusive os litisconsortes⁵⁸) manifestarem expressamente desinteresse pela composição consensual⁵⁹. O desinteresse do autor deve ser manifestado na petição inicial e o desinteresse do réu deve ser apresentado em petição avulsa com 10 dias de antecedência, contados da data da audiência⁶⁰. Outro fato relacionado à obrigatoriedade da mediação no âmbito do Código de Processo Civil e que merece ser ressaltado diz respeito à redação do parágrafo 8º do artigo 334. O enunciado do dispositivo estabelece que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”. Como se lê, o código prevê que apenas a ausência injustificada à audiência de conciliação será sancionada, em nada disciplinando a ausência à audiência de mediação.

A Lei da Mediação, por outro lado, não repete a hipótese da audiência de mediação judicial ser dispensada pela vontade das partes. A Lei da Mediação enuncia apenas que o juiz designará audiência de mediação se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e se não for o caso de improcedência liminar do pedido⁶¹.

⁵⁵ Lei da Mediação, art. 2º, §2º.

⁵⁶ Código de Processo Civil, art. 334.

⁵⁷ Código de Processo Civil, art. 334, §4º, II.

⁵⁸ Código de Processo Civil, art. 334, §6º.

⁵⁹ Código de Processo Civil, art. 334, §4º, I.

⁶⁰ Código de Processo Civil, art. 334, §5º.

⁶¹ Lei da Mediação, art. 27.

Uma questão que pode ser suscitada dessa divergência entre o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação é a de saber se a audiência de mediação judicial poderá ser descartada pela vontade das partes ou não. Como visto no tópico 2, algumas circunstâncias nas quais a lei não é clara o suficiente constituem zonas de indefinição que dão azo para várias interpretações e nenhuma pode ser descartada como ilegítima. A literatura jurídica pode sugerir soluções e o judiciário pode decidir como quiser até a matéria ser disciplinada de forma definitiva e vinculante.

Alguns autores entendem que a não repetição do enunciado do Código de Processo Civil significa uma revogação (DUARTE, 2015; RODOVALHO, 2015). De nossa parte, entendemos que não. Entendemos que a audiência de mediação judicial poderá ser cancelada pela vontade expressa das partes por algumas razões. Em primeiro lugar, porque entendemos que redação dos dois enunciados é compatível. Os enunciados do Código de Processo Civil (artigo 334, *caput* e § 4º, inciso I) são mais específicos nesse ponto que o enunciado da Lei da Mediação (artigo 27), apenas omisso. Entendemos que a Lei da Mediação se relaciona com o Código de Processo Civil tal como previsto no parágrafo 2º do artigo 2º da LINDB: a Lei da Mediação é uma lei nova que estabelece disposições gerais ou especiais a par das já existentes e não revoga nem modifica a lei anterior, o Código de Processo Civil. Casos semelhantes ao da obrigatoriedade da audiência de mediação ocorrem com a previsão de prazo de antecedência para a realização da audiência de mediação⁶² e com a sanção pelo não-comparecimento à audiência (que, repetimos, é prevista apenas para o caso de mediação). Como a Lei da Mediação é omissa nesse ponto⁶³, defender que a Lei da Mediação revogou a possibilidade de as partes dispensarem a audiência de mediação apenas por não ter repetido o enunciado implica, por coerência, defender que o prazo mínimo de antecedência para a realização da audiência de mediação e a sanção para o não-comparecimento à audiência também foram revogados pela ausência de repetição de enunciado. Em segundo lugar, a Lei da Mediação não afastaria a incidência do artigo 190 do Código de Processo Civil, que permite que as partes plenamente capazes possam estipular mudanças no procedimento que envolva direitos que admitam autocomposição para ajustá-lo às especificidades da causa e convenionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Além dessas razões estritamente jurídicas, é possível argumentar em favor da não obrigatoriedade da audiência de mediação por um raciocínio utilitarista: forçar o comparecimento à audiência de mediação quando as partes não estão dispostas implica apenas desgastes e despesas desnecessárias, inclusive para o judiciário. Ademais, em qualquer fase processual posterior se poderá estimular os litigantes a tomarem uma solução autocompositiva.

4.3.2 Obrigatoriedade da mediação judicial em litígio coletivo pela posse de imóvel e em ações de família

Existem outros dois casos específicos nos quais o Código de Processo Civil prescreve expressamente a realização da audiência de mediação também podem suscitar questionamentos quanto ao caráter obrigatório de tal audiência. Em linhas gerais, o artigo 565 prevê que o juiz, antes de apreciar o pedido liminar em litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, deverá designar audiência de mediação. O artigo 695, do mesmo modo, prevê que o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação assim que receber a inicial e, se for o caso, decidir sobre a tutela provisória nas ações de família.

⁶² Código de Processo Civil, art. 334.

⁶³ Lei da Mediação, art. 27.

Em ambos os casos os enunciados não repetem a previsão do artigo 334, § 4º, inciso I; isto é, não estabelecem expressamente que as partes podem evitar a audiência de mediação ao manifestarem desinteresse pela composição consensual. A indefinição quanto a obrigatoriedade da audiência de mediação nesses dois casos deriva do próprio Código de Processo Civil e não de sua relação com a Lei da Mediação. Tal como os enunciados estão redigidos, é possível argumentar tanto pela obrigatoriedade como pela não-obrigatoriedade. Caberá ao judiciário ou legislador estabilizar essa questão. De nossa parte, opinamos que a norma do artigo 334, § 4º, inciso I, na qualidade de regra fundamental de procedimento, aplica-se aos casos especiais citados por ausência de disposição contrária expressa. O fato de não se repetir a possibilidade de as partes abrirem mão da audiência de mediação não significa que ela foi suprimida. Caso o entendimento contrário fosse precedente, a obrigatoriedade da audiência de mediação seria anulada pelo mesmo argumento: os artigos 565 e 695 não repetem a penalidade prevista no artigo 334, § 8º (que, repetimos mais uma vez, consideramos aplicável apenas na audiência de conciliação). Por fim, é relevante considerar que ações de família e possessórias não raramente comportam litigantes cuja aproximação não seria apenas dispensável, como também desaconselhável.

4.3.3 A obrigatoriedade da mediação prevista em cláusula contratual

A Lei da Mediação trouxe disposições sobre a obrigatoriedade da mediação prevista em cláusula contratual. Nesse caso, estabelece que as partes devem comparecer à primeira reunião⁶⁴. Tal hipótese pode deflagrar divergências pelos mesmos motivos expostos nos subtópicos anteriores — as possíveis incompatibilidades entre a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil.

No entanto, a obrigatoriedade de comparecer à primeira reunião de mediação, caso a mesma seja estabelecida em cláusula contratual, é plenamente compatível com as disposições do Código de Processo Civil, especialmente com a permissão dada às partes de manifestem desinteresse em autocomposição. Na prática, ao assinar contrato que em seus termos prevê a mediação, o que ocorre é que as partes já manifestam interesse pela audiência. Ademais, a audiência só não se realiza, em qualquer caso, quando todas as partes manifestarem desinteresse.

4.4 O impedimento do mediador atuar como advogado

A aplicação das mesmas hipóteses de impedimento e suspeição do juiz⁶⁵ ao mediador é incontroversa. Ela é prescrita expressamente tanto o Código de Processo Civil⁶⁶ como a Lei da Mediação⁶⁷. Por outro lado, as disposições do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação que dizem respeito aos impedimentos impostos especificamente aos advogados que atuam como mediadores não são isentas de problemas.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 167, parágrafo 5º, estabelece que “os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções”. A Lei da Mediação não repete essa previsão, mas estabelece um enunciado diferente sobre o impedimento para o mediador que for advogado. Nos termos do artigo 6º da Lei da Mediação, “o mediador fica impedido,

⁶⁴ Lei da Mediação, art. 2º, §1º.

⁶⁵ Código de Processo Civil, arts. 144 e 145.

⁶⁶ Código de Processo Civil, art. 148, II.

⁶⁷ Lei da Mediação, art. 5º.

Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade

pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”.

A percepção sobre qual das regras prevalece depende da mesma lógica adotada na compreensão das relações de complementariedade e incompatibilidade entre o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação. Todavia, embora as normas disciplinem um mesmo tema, o conteúdo diverge em vários âmbitos. Em primeiro lugar, só o impedimento da Lei da Mediação alcança os mediadores que atuam em instâncias extrajudiciais. Em segundo lugar, o impedimento do Código de Processo Civil parece ter sido concebido como forma de evitar a captação de clientes e o impedimento da Lei da Mediação parece tentar evitar que o dever de confidencialidade seja desrespeitado. Constituem enunciados e impedimentos diferentes.

Existem opiniões que afirmam a revogação do impedimento previsto no Código de Processo Civil pelo enunciado da Lei da Mediação (LEI, 2015), mas, de nossa parte, entendemos que as duas hipóteses de impedimento funcionam autonomamente e simultaneamente. É um entendimento que já foi inclusive defendido pela OAB/SP, ainda que com acréscimo de um fundamento ligeiramente diferente⁶⁸.

4.5 A obrigatoriedade da presença de advogado na audiência de mediação

Nesse último ponto, a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil não se mostram incompatíveis. Os enunciados das duas leis disciplinam a matéria de forma inequívoca: a participação de advogado ou defensor público na mediação é obrigatória apenas para o procedimento judicial, enquanto no extrajudicial tal participação é facultativa desde todas as partes estejam desacompanhadas desses profissionais. Todavia, tendo em vista conclusões diversas (PL, 2016), parece relevante verificar os enunciados que disciplinam a questão.

O Código Processo Civil estabelece que as partes devem estar acompanhadas por advogados ou defensores públicos na audiência de mediação ou de conciliação judicial⁶⁹. A Lei da

⁶⁸ EXERCÍCIO PROFISSIONAL – ADVOCACIA – MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO – IMPEDIMENTOS ÉTICOS – ENUNCIADO 47 DO II FONAMEC – TEMA QUE APRESENTA QUESTÕES DEONTOLÓGICAS – PARÂMETROS. Nas conciliações e mediações (processuais), que são realizadas perante os próprios Juízos, prevalecem não apenas os impedimentos legais (art. 6º da Lei nº 13.140/2015 e art. 167, § 5º, do novo Código de Processo Civil), mas também os impedimentos éticos consagrados pela jurisprudência do TED I, de atuar ou envolver-se com as partes e questões conhecidas em decorrência de sua atuação no setor como, também, perante a Vara onde funcionou como conciliador. Quanto à conciliação/mediação (processual) feita perante os CEJUSCS, caso prevaleça o entendimento do Enunciado nº 47 do II FONAMEC e se, de fato, não houver vinculação do conciliador/mediador com determinado Juízo, sendo a conciliação/mediação realizada em local próprio, sem proximidade com os cartórios das varas, as razões do impedimento ético, que prestigiam a isenção e independência do advogado e buscam coibir a indevida captação de clientela, deixam de existir, ao menos em princípio, ressaltando-se a competência das Turmas Disciplinares para apurar eventuais infrações éticas dessa natureza. Prevalece, no entanto, o impedimento de advogar para as partes atendidas na conciliação/mediação e de exercer a advocacia perante o próprio CEJUSC no qual o advogado atuar como conciliador/mediador. Deve ainda o advogado pugnar para que as partes sempre estejam representadas por advogados e para que a organização dos CEJUSCS se dê mediante rodízio entre os inscritos no respectivo quadro de conciliadores/mediadores e ofereça espaço próprio e distinto das salas dos magistrados e dos cartórios. Deve ainda pugnar pela dignidade e independência da advocacia. Em qualquer caso, o advogado que atuar como conciliador/mediador deve declinar claramente às partes sua profissão, os limites e impedimentos a que está sujeito e, ainda, que não exerce função decisória ou jurisdicional. Precedentes da Primeira Turma. E-3.444/2007, E-3.760/2009, E-4.331/2013, E-4.536/2015, E-4.577/2015, E-4.614/2016, E-4.618/2016 e E-4.622/2016. Proc. E-4.669/2016 - v.u., em 16/06/2016, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Rev. Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI. (OAB/SP, 2016).

⁶⁹ Código de Processo Civil, art. 334, §9º.

Mediação, de igual modo, prescreve que as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001⁷⁰.

Sobre a obrigatoriedade da presença de advogado em mediação extrajudicial, o Código de Processo Civil nada disciplina. A Lei da Mediação, por outro lado, estabelece expressamente que a presença do advogado é facultativa ao enunciar que “as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos”⁷¹ (BRASIL, 2015b). Todavia, a Lei da Mediação estabelece ao mediador o dever suspender o procedimento quando apenas uma delas estiver acompanhada de advogado ou defensor público. Tal suspensão perdurará até que todas estejam igualmente assistidas⁷².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As controvérsias envolvendo a operacionalização da mediação não parecem desarrazoadas. Há bons motivos para os debates suscitados e boas justificativas para sustentar quaisquer posicionamentos em relação a uma ampla gama de aspectos desse instituto. Embora não tenha sido um componente que orientou a presente pesquisa, parece seguro concluir que a ausência de uma comunicação adequada entre os processos de elaboração das normas que disciplinam a mediação é a responsável por esse quadro de normatividade peculiar.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ se justifica por ter sido pioneira na matéria e por ter o seu escopo voltado mais à estrutura e organização institucional que à disciplina da mediação. O Código de Processo Civil também se justifica por ter sido a primeira lei ordinária a ser publicada conferindo disciplina e procedimento específico à mediação entre particulares em matéria civil. Ela trouxe o necessário para que a mediação fosse operacional no âmbito jurídico sem esquecer dos procedimentos que funcionam em câmaras privadas. Ela e a resolução convivem muito bem. A Lei da Mediação, por outro lado, veio tímida e com uma vocação indefinida: disciplinou a mediação extrajudicial e a judicial sem revogar expressamente as disposições do Código de Processo Civil e sem substituí-lo por completo. Obviamente, a Lei da Mediação tem vários méritos, mas nenhum deles parece justificar a sua publicação como uma nova lei avulsa. Sua tramitação deveria ter sido apensada e processada como parte do Código de Processo Civil, preferencialmente. Caso essa alternativa não fosse viável, que ela trouxesse enunciados com revogações explícitas dos dispositivos do Código de Processo Civil.

Se esse quadro já não fosse suficientemente problemático, soma-se a isso o fato de a Lei da Mediação ter sido publicada depois do Código de Processo Civil e ter entrado em vigor antes dele. Isso jogou luz em mais outros problemas, dessa vez relacionados com a redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que só poderiam ser percebidos adequadamente em circunstâncias tão atípicas quanto essa.

As exposições trazidas no presente artigo revelam que algumas divergências parecem ser apenas derivadas de leituras apressadas ou de incompreensões primárias que podem ser superadas facilmente, mas constatou-se a existência de outras que constituem verdadeiras aporias jurídicas. Embora os autores deste artigo tenham arriscado opiniões sobre a forma pela qual se pode compreender a relação dos marcos normativos que disciplinam a mediação, ficou claro que não se trata — e nem poderia se tratar — de um parecer definitivo. Dado que o convívio entre as normas que disciplinam a mediação não é pacífico e que até mesmo a aplicação da LINDB parece

⁷⁰ Lei da Mediação, art. 26.

⁷¹ Lei da Mediação, art. 10.

⁷² Lei da Mediação, art. 10, parágrafo único.

Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade

controversa para resolver esses problemas, a principal e a mais segura conclusão a que se pode chegar é a de que caberá à prática judiciária ou ao próprio legislador assentar essas questões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995**. Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 31 de julho de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Publicado no Diário Oficial da União de 26 maio de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil (revogado pela Lei nº 13.105, de 2015). Publicado no Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973 e republicado em 27 de julho de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acessado em 01 out. 2016.

_____. **Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000**. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 20 de dezembro de 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. **Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 16 de fevereiro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 08 set. 2016.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Publicada no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 08 set. 2016

_____. CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 01 set. 2016.

DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação. **JOTA**, 17 ago. 2015, artigos. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 11 out. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEI da Mediação derruba restrições fixadas pelo CPC a advogados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 jun. 2015 Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/lei-mediacao-deruba-restricoes-advogados-veja-texto>>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Secretaria de Relações do Trabalho – SRT. **Cartilha do Mediador**. Disponível em <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Content/docs/CARTILHA_DO_MEDIADOR_v20.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

OAB/SP. Tribunal de Ética. 595ª Sessão de 16 de junho de 2016. **Ementário** – Turma de Ética Profissional, 16 jun. 2016. Disponível em <http://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementas.asp?tipoEmenta=1&ano=2016&id_sessao=5&sequencial=16>. Acesso em: 17 out. 2016

PL torna obrigatória a participação de advogado na conciliação e mediação. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 11 ago. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-11/pl-torna-obrigatoria-participacao-advogado-conciliacao>>. Acesso em: 03 out. 2016.

RIBEIRO, Adriano da Silva. **Mediação é o caminho para a solução de conflitos entre casais**. Revista Consultor Jurídico, 27 out. 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-out-27/mediacao_melhor_caminho_conflitos_entre_casais>. Acesso em: 01 out. 2016.

RODOVALHO, Thiago. Mediação obrigatória? **Portal Processual**, 15 set. 2015, artigos. Disponível em <<http://portalprocessual.com/mediacao-obrigatoria/>>. Acesso em: 16 out. 2016.

SENADO FEDERAL. Ata da 1ª Reunião da Comissão de Juristas – Novo CPC, realizada em 30 de novembro de 2009. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, ano LXV, nº 003, quarta-feira, 3 de fevereiro de 2010 – Brasília - DF, p. 545. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=03/02/2010&paginaDireta=545>>. Acesso em: 02 maio 2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 517**, de 2011 - Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95105.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz Streck; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Ministério Público do Rio Grande do Sul – MPRS. 2005. Disponível em <http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/artigoimp.doc>. Acesso em: 28 set. 2016.

TARTUCE, Fernanda. Interação entre Novo CPC e Lei de Mediação: primeiras reflexões. **Portal Processual**, 30 jul. 2015, artigos. Disponível em <<http://portalprocessual.com/interacao-entre-novo-cpc-e-lei-de-mediacao-primeiras-reflexoes/>>. Acesso em: 28 set. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS FERIAS Y LOS MERCADOS EN DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

María del Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Romano. Universidad de Oviedo, España.
clrendo@uniovi.es

María José Azaustre Fernández

Profesora Asociada de Derecho Romano. Universidad de Oviedo, España.
azaustremaria@uniovi.es

RESUMEN: La regulación jurídica del mercado y de la feria comprende múltiples aspectos, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado. En el presente trabajo, tras ofrecer una visión general de las ferias y mercados en las distintas regiones del Imperio, se analiza cronológicamente su regulación jurídica en Derecho Romano, para luego estudiar qué aspectos de dicha regulación fueron recibidos en el Derecho Español, con especial referencia a aspectos como la autorización para la celebración de los mercados, el confinamiento del comercio al lugar del mercado, la protección de los comerciantes o la pérdida del privilegio, en los que la recepción fue más intensa.

PALABRAS CLAVE: Feria; Mercado; Mercado coactivo; *ius nundinarum*; Privilegio.

Algumas considerações sobre as feiras e mercados em Direito Romano e sua recepção no Direito Espanhol

RESUMO: A regulação do mercado e das feiras inclui muitos aspectos, tanto do direito público e direito privado. Neste trabalho, depois de dar uma visão geral das feiras e mercados em diferentes regiões do Império, é cronologicamente analisa sua regulação legal no direito romano, e, em seguida, considerar o que aspectos do regulamento foram recebidas no Direito Espanhol, com especial referência aspectos como a autorização para a realização de mercados, o confinamento de comércio para o mercado local, a proteção dos comerciantes ou perda de privilégios, onde a recepção foi mais intensa.

PALAVRAS-CHAVE: Feira; Mercado; Mercado de coação; *ius nundinarum*; Privilégio.

Some considerations on fairs and markets in Roman Law and its reception in Spanish Law

ABSTRACT: Fairs and markets legal regulation includes many aspects, both of Public and Private Law. In this paper, after offering an overview of fairs and markets in the different regions of the Empire, it is chronologically analyzed their legal regulation in Roman Law, in order to consider which aspects of the above mentioned regulation were received in Spanish Law, with special reference to the authorization to hold markets, trade confinement to the market place, protection of traders or loss of the privilege, among other aspects, where the reception was more intense.

Recebido em: 30 ago. 2016. Avaliado em: 14 e 15 nov. 2016.

KEYWORDS: *Fair; Market; Coercive market; ius nundinarum; Privilege.*

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se estudia la presencia en Roma y la regulación jurídica de dos instituciones, la feria y el mercado, que cobrarían una importancia fundamental en el comercio de la Edad Media. Para ello se analizan diversos testimonios epigráficos y literarios, además de jurídicos, que pueden servir para corroborar la existencia de tales instituciones en el derecho romano, así como su diversidad a lo largo de las distintas regiones del Imperio. También se tratará de determinar si el Derecho Español ha recibido, y en qué medida, ese derecho romano relativo al mercado, y en qué disposiciones, en su caso, se concreta dicha recepción.

1 ORIGEN Y TIPOLOGÍA DEL MERCADO EN ROMA

Desde un punto de vista económico el mercado designa tanto el intercambio de bienes y servicios entre particulares como el lugar donde se producen estos¹. Prácticamente desde siempre existió un mercado en Roma, denominándose *nundinae* los días en que éste se celebraba. Macrobio alude a ellas como “los días en que los aldeanos y los labriegos se reúnen para atender sus asuntos privados y el comercio”², recogiendo las diversas opiniones acerca de los orígenes de esta institución, que algunos remontan a Rómulo, quien, tras instituir los sacrificios y los colegios sacerdotales, habría añadido las *nundinae*, mientras que otros, como Casio, retrasan su aparición a Servio Tulio, quien lo habría creado para que la gente acudiera a la ciudad para arreglar sus asuntos o incluso, como Gémino, a la expulsión de los reyes, pues la mayoría del pueblo, al evocar la memoria de Servio Tulio, le rendía honras fúnebres durante las *nundinae*. El lugar de celebración del mercado era el foro y así, indica Varrón que la palabra *forum* designa el lugar donde se pueden tratar (*conferrent*) los desacuerdos y a donde se puede llevar (*ferrent*) lo que se quisiera vender³.

Puede comprobarse como la finalidad perseguida a través de las *nundinae* era doble, económica y política; doble vertiente que aparece reflejada en los escritos de los autores clásicos.⁴

¹ Así Escriche (1874, t. 4, p. 112) define el mercado como la concurrencia de gente á un paraje determinado y en días fijos para comprar y vender mercaderías, y el sitio público en que se verifica tal reunión.

² *Saturnales*, 1.16.6; Besnier (1969, pp. 120) refiere que en las *nundinae*, además de suponer un alto en los trabajos del campo, los ciudadanos se aplicaban a otras actividades: sería el día de acudir a los baños, aspecto también destacado por Huvelin (1897, p. 84) los niños no tendrían colegio y los amigos se reunirían en comidas más suntuosas que de ordinario. La limitación de los intercambios a mercados celebrados cada ocho días refleja una sociedad en la que el papel del intercambio era marginal, interno, no especulativo, episódico y complementario de la actividad agrícola y pastoril (CERAMI; PETRUCCI, 2010, p. 21).

³ *De ling. lat.*, 5.32. También enumera distintas plazas existentes en Roma: el *Forum Bovarium* (foro de los bueyes), el *Forum Holitorium* (de las verduras) y, situado a lo largo del Tiber, el *Forum Piscarium* (del pescado). Existía también el *Forum Cuppedinis* o plaza de las golosinas en el que se vendían mercancías variadas. Posteriormente, todo lo que correspondía a la alimentación fue reunido en un único lugar denominado *Macellum*. Sobre la etimología de la palabra “forum” afirma Guillén (1977, p. 23): “*foro*” significa literalmente “lugar situado fuera” y primitivamente se decía del cercado que rodeaba la casa y la tumba; y como a las afueras de la ciudad se celebraban las ferias y los mercados, “forum” ha tenido fortuna para indicar “plaza de mercado” donde se reunía el pueblo para comerciar o para otros negocios”.

⁴ Así, Macrobio (*Saturnales*, 1.16.34), dice que las *nundinas* fueron instituidas para que los campesinos trabajaran en los campos ocho días, y al noveno acudieran a Roma al mercado y a enterarse de las leyes, y para que pudieran presentarse ante una concurrencia más numerosa los decretos del pueblo y del senado; doble faceta que también aparece en Séneca, *Epist.* 118.3.; Columela, *De re rustica*, lib.1, *praef.*, y Dionisio de Halicarnaso, 7.58.3. Al relatar el proceso de elaboración de la ley de las XII Tablas, destaca este último el gran desconocimiento de las reglas jurídicas

Más adelante, la concesión de este derecho permitiría a las autoridades romanas tener bajo control los sitios donde se realizaban actividades de intercambio, dado el recelo que los puntos de encuentro despertaban en las propias autoridades (CABILLO 2009, p. 289; BRÜGGEMANN, 2004, p. 160; CHAQUALI, 2002, p. 382). La propia expansión romana dio lugar al desarrollo de mercados locales para abastecer a los ejércitos, sirviendo también como factor de romanización (MACMULLEN, 1968, pp. 337-341).

La distinción entre feria y mercado suele referirse, fundamentalmente, a la mayor importancia económica de las primeras, siendo también determinante su mayor o menor duración y periodicidad (BRÜGGEMANN, 2004, pp. 156; VICENTE Y GELLA, 1960, p. 105); también ha destacado la doctrina mercantilista cómo los mercados tienden a satisfacer necesidades de consumo, mientras que las ferias suponen más bien un intercambio entre comerciantes (ALVAREZ DEL MANZANO, 1914, p. 105; DÍAZ RUIZ, 1999, p. 1.120; SÁNCHEZ-APELLANIZ, 1960, p. 373). En este sentido, la presencia de ferias propiamente dichas en Roma es controvertida. Por una parte, la propia existencia de dos vocablos (*mercatus* y *nundinae*) parece abonar la existencia diferenciada de ambas instituciones. Sin embargo la cuestión no es pacífica, y mientras un sector niega que se pueda hablar de ferias en la Roma Antigua, habida cuenta de la descentralización del comercio, las limitaciones en el comercio con el exterior y el sentido unidireccional de este hacia las grandes ciudades, especialmente Roma, como grandes centro de consumo⁵; otro parece decidido a admitirlas, ligándolas, en ocasiones, a festivales religiosos (DE NEEVE, 1988, pp. 391-416)⁶; eso sí, reconociendo que no llegaron a tener para el comercio romano un papel equiparable a las grandes ferias de la Edad Media⁷.

Junto a los mercados de las ciudades existían otros en propiedades particulares. El Digesto refleja la celebración de mercados particulares ya en la República; concretamente, en un dictamen emitido por Quinto Mucio Scaevola relativo a la interpretación de un fideicomiso en el que una mujer encomienda a su heredero que, de las rentas de su comedor y su granero, entregue después de su muerte al sacerdote, sacristán y libertos de un determinado templo, diez denarios **el día de las ferias que allí estableció**⁸. También los testimonios literarios –además de las fuentes epigráficas, muy abundantes en la provincia de África– corroboran la existencia de mercados particulares⁹, normalmente concedidos a grandes señores territoriales. Plinio el Joven¹⁰ da noticia

por la mayor parte de la población, comerciantes y labradores que bajaban a la ciudad muy esporádicamente **para los mercados**, excepción hecha de los patricios, que las conocían por sus estancias en la ciudad (Dion. Hal., 10.1.4).

⁵ Así, Gaudemet (1953, pp. 25-42) considera que la institución no existió en Roma salvo en las fronteras orientales del Imperio; para Gilisen (1953, pp. 333-342) que no concurren en Roma las notas características de las ferias, sobre todo la de la incapacidad de esta para asegurar el mercado permanente, lo que no se produce cuando los comerciantes tienen la seguridad de encontrar, en todas las épocas del año, compradores en un lugar determinado **como ocurría en la Roma antigua**. Huvelin (1897, p. 80 y ss) reconoce la existencia de las ferias en los periodos iniciales y de declive de Roma, negándola en cambio durante su apogeo, sustituida por el comercio permanente. Mercantilistas como Sánchez-Apellániz (1960, p. 367), niegan las ferias en Roma, limitándose a mencionar dentro del mundo antiguo las habidas en la India, Egipto y, posteriormente, las de fenicios, griegos y árabes.

⁶ De Ligt (1993, p. 14) distingue entre auténticas ferias (reuniones comerciales de frecuencia corta celebradas a intervalos regulares en la que está involucrada la distribución de mercancías no destinadas al consumo en el propio lugar) y los mercados de comida ligados a festivales religiosos.

⁷ En este sentido, De Ligt (1993, p. 101 y ss.) destaca como principal diferencia entre las ferias medievales y las romanas el carecer estas últimas de un equivalente al sistema de pago y de crédito al de la Baja Edad Media.

⁸ D. 33,1,20 (*Scaevola libro 18 digestorum*). Aclara Cuiacio (1758, t. 7, p. 1.324) que la institución debió de contar con el permiso del Príncipe –más correcto sería entender que de los cónsules o del Senado, al tratarse de la época republicana– pues *sine permissu principis nec in agro suo instituere nundinas licet*. Observa Marco Simón (2010, p. 583) que nos encontramos aquí ante una nueva acepción del término *dies nundinarum*, escogido en ocasiones para aludir a la ejecución de un compromiso o contrato. Esta misma acepción es, como veremos, la utilizada en D. 45,1,138, pr.

⁹ Todavía bajo el Código de Comercio de Rusia de 1893 se permitía a los nobles establecer en sus fincas lugares para la celebración de ferias y mercados (ÁLVAREZ DEL MANZANO, 1914, p. 612, nota 1).

¹⁰ *Epp.* 5.4. El episodio ha sido ampliamente analizado por De Ligt (1993, p. 202 y ss).

de la solicitud de autorización al Senado para celebrar mercado en sus tierras formulada por el senador Soller, a la que se opuso vehementemente la ciudad de Vicentia. Por su parte, Suetonio refiere como el mismísimo emperador Claudio solicitó de los cónsules el permiso necesario para celebrar mercados en sus propiedades particulares¹¹. Las diversas motivaciones de los grandes propietarios para instaurar mercados en sus tierras, además de la búsqueda del beneficio económico¹², han sido objeto de especial atención doctrinal, sin que parezcan haberse alcanzado conclusiones definitivas¹³.

2 FERIAS Y MERCADOS EN LAS DISTINTAS REGIONES DEL IMPERIO

La celebración de mercados y ferias presenta una fisonomía propia en cada una de las regiones del Imperio, teniendo en cuenta, además el origen prerromano de alguna de ellas¹⁴. Comenzando por Italia, centro del Imperio, hay que tener en cuenta el marcado carácter local de sus ferias, a diferencia de las celebradas, por ejemplo, en Grecia¹⁵ o en Asia. Se dieron en la península Itálica ferias ligadas a festivales religiosos¹⁶, como las de Fregellae¹⁷ (DE LIGT, 1993, p. 59), o en Roma, siguiendo a los juegos (*Ludi Apollinares* en Julio, *Romani* en Septiembre y *Plebei* en Diciembre) pero sin alcanzar el relieve que estas tuvieron en Grecia. No obstante,

¹¹ Suet., Vit. Caes., Claudio, 12.

¹² Shaw (1981, p. 57 y ss.) excluye de estas motivaciones la obtención de beneficios económicos directos por la percepción de tasas sobre transacciones allí realizadas; efectivamente, la legislación imperial las impide (C. 4,60,1), así como el interés del comercio. Para Chaquali (2002, p. 378), la percepción de *vectigalia* que mencionan algunas fuentes se refiere al arrendamiento de impuestos públicos en favor de grandes propietarios, nunca a impuestos privados, de los que no existe constancia en ninguna parte del Imperio. De Ligt (1993, pp. 168 y ss.) alude a posibles beneficios económicos **indirectos**, como el arrendamiento de *tabernae* a los mercaderes para instalar sus puestos.

¹³ Entre tales motivaciones estaría desde el fomento de la autonomía del propio dominio, un ideal en el pensamiento aristocrático romano según reflejan las obras de Catón y otros escritores, que recomiendan al buen terrateniente ser vendedor (Catón, *De agricult.*, 2.7: *Patrem familias vendacem, non emacem esse oportet*; GABBA, 1975, p. 153; GARCÍA MORCILLO, 2005, p. 186) de modo que con mercados propios el terrateniente atraería a comerciantes itinerantes, evitando el peligroso transporte a la ciudad; hasta la intención de asegurarse la provisión de fuerza de trabajo adicional, dada la costumbre de los trabajadores de congregarse en el mercado para ofrecer sus servicios; o el de hacer posible la percepción de rentas e impuestos, sobre todo cuando, a falta de ciudades, se hacía necesario el mercado periódico para asumir sus funciones; pasando por quienes consideran que a veces, los grandes señores se aseguraban, fundando aldeas en lugares de mercado, que cualquier tipo de desarrollo urbano en sus dominios quedaba bajo su control. Recientemente se ha sugerido que el verdadero interés sería asegurar que los colonos empleaban el máximo de tiempo cultivando las tierras (SHAW, 1981, p. 57; Columela, *De re rust.* 11.1, recomienda al capataz permanecer el mayor tiempo posible en la hacienda de la que está encargado, no frecuentando la ciudad ni los mercados sino para vender o comprar lo que sea preciso). Finalmente, algunos ven en las *nundinas* privadas la expresión del deseo de los grandes terratenientes de convertir sus dominios en sociedades en miniatura, equipadas con lo necesario para atender las necesidades religiosas, sociales y económicas de la fuerza de trabajo, y en las que ellos serían el soberano absoluto, haciendo también surgir un sentido de comunidad (DE LIGT, 1993, p. 179 y ss.)

¹⁴ Cfr., en relación a la Galia, Huvelin (1897, p. 136).

¹⁵ Gabba (1975, p. 155) explica este fenómeno atendiendo a la menor importancia de los santuarios italianos y al hecho de que estos, a diferencia de Grecia, tampoco eran estructuras económicas y administrativas independientes.

¹⁶ Cagnat y Besnier (1969, p. 1.770) refieren para la época antigua la existencia de grandes ferias en fechas especiales, así, las reuniones de la Liga Latina, el 13 de agosto en el templo de Diana, cerca del Monte Aventino; en Etruria, cerca del templo de Voltumna, que frecuentaban los romanos, en el país de los Volsinii.

¹⁷ Estrabón, 5.3.10.

tuvieron importancia para el conjunto de Italia las ferias de *Campus Macri* y *Cremona* (GABBA, 1975, pp. 156 y ss)¹⁸ y, con alcance más restringido, la de *Consilinum*¹⁹.

La celebración de *nundinae* o mercados periódicos “de ciclo corto” en Italia está ampliamente documentada desde la antigüedad; baste recordar las referencias literarias referidas al principio de estas líneas. Últimamente suele destacarse la existencia de unos *indices nundinarii*, especialmente en las regiones del Lacio o la Campania. Se trata de unas inscripciones epigráficas en las que aparecen, a modo de calendario, el día de mercado correspondiente cada población²⁰ (DE LIGT, 1993, p. 113 y ss; GABBA, 1975, p. 147 y ss.; GARCÍA MORCILLO, 2000, p. 180 y ss.). Igualmente destacable es la presencia en tales mercados de vendedores ambulantes²¹. Recientemente se ha insistido en que el desarrollo del comercio permanente, en contra de lo que en su día defendió Huvelin, no supuso en Roma la desaparición de las ferias y mercados, sino que estos siguieron representando un papel complementario, si bien pudieron experimentar algunos cambios, destacándose, por ejemplo, la relación entre *nundinae* y ventas por subasta (GARCÍA MORCILLO, 2000, p. 176)²².

En el caso de Hispania no se encuentran más que referencias marginales a ferias y mercados. Estrabón, en su *Geografía*, no menciona más mercado que el de *Hispalis*²³, al que también se refiere el *Breviarium Eboense*²⁴. Sabemos que el proceso de romanización dio lugar a la creación de numerosos *fora* como lugares de mercado, de los que da noticia Ptolomeo²⁵. En general, pocos datos sobre el mercado aporta la legislación municipal romana. La *lex Coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis*, dispone en su párrafo 81 que los duunviros y ediles deben hacer jurar a los ayudantes encargados de ingresar dinero público en una reunión pública **celebrada en un día de mercado** en el foro, que guardarán este dinero y mantendrán una contabili-

¹⁸ Sobre la primera vid. Ortalli (2012, p. 197 y ss) y De Ligt (1993, pp. 59 y 83); Varrón, *De re rust.*, 2. praef. 6 (tibi, Niger Turrani noster, qui vehementer delectaris pecore, propterea quod te empturientem in campos Macros ad mercatum adducunt crebro pedes). El SC. Volusiano del 56 d.C. (FIRA, I-2, nº 54) exime a Allitoria Celsilla de la prohibición de comprar edificios para su posterior demolición, establecida en el SC. De aedificiis non deruendis, (SC. Hosidiano, entre el 44-56 d.C) para frenar la especulación urbanística, con relación a ciertos edificios ubicados en Campi Macri, en el lugar de unas ferias que habían desaparecido hacia años. Gabba (1975, p. 59) explica la decadencia de esta feria por la urbanización de la región Octavia Augustea sobre la vía Emilia en el s. I a.C., de la que quedó fuera Campi Macri. Respecto a la feria de Crémona, se sabe que se desarrollaba a finales de octubre, que afluían a ella comerciantes de toda Italia y que fue reconstruida tras su destrucción en el año 69 d.C. por las tropas de Antonio Primo (Tact., Hist., 3.30.1; Dión Cassio 64.15.1), aunque sin alcanzar su antiguo esplendor.

¹⁹ En ella los padres vendían a sus hijos como esclavos para librarlos del pesado trabajo del campo, a pesar de las prohibiciones de los emperadores. En los últimos siglos del Imperio, ante la autosuficiencia de los grandes latifundios del Sur de la península, una feria interregional anual bastaba para los intercambios básicos (GABBA, 1975, p. 159).

²⁰ CIL IV- 4.182.

²¹ A la venta ambulante se refieren D. 14,3,5,4 y 5,1,19,2.

²² De Ligt (1993, p. 60), contrario a la interpretación de la decadencia de la feria de Campi Macri como indicio del declive de las ferias en Italia en el Principado, toda vez que estas continuaron existiendo en Roma, durante los *Ludi*; a pesar de la falta de noticias sobre las ferias en Italia hasta el s. VI.

²³ Estrabón, *Geografía*, 3.2.1. *Hispalis* fue una colonia romana (*Colonia Iulia Romula*) instaurada por César en el 45 a.C., Con el tiempo cedió en renombre a la colonia de Betis, si bien mantuvo su posición como plaza de comercio marítimo (STRABON, 1966, p. 31, n. 2). Se mencionan algunas ferias prerromanas en la Península Ibérica, como las de Rosas, fundada por los Rodios y las de Tarteso, por los fenicios (cfr. *Observatorio Pintoresco*, Biblioteca Nacional de España, nº 1, 1837, pp. 81-82).

²⁴ *Breviarium Eboense*, lect. III, citado por De Ligt (1993, p. 62 y 251). La referencia se hace a la historia de las mártires Justa y Rufina, siendo Diocleciano emperador, que se encontraban vendiendo cerámica **en el mercado de Hispalis** el día siguiente del festival del dios pagano Salambo.

²⁵ Blázquez (1978, pp. 142-3) señala los siguientes: *Forum Limicorum* (Ptol. 3.6.43) en Ginzio de Limia; *Forum Gigurorum* (Ptol. 3.6.37), en Valdeorras; *Forum Bibalorum* (3.5.42), *Forum Narbasorum* (Ptol. 3.6.48), en Monforte de Lemos y *Forum Augstarum*, que daría lugar a la *Colonia Liviosa Forum augustana* (Plin. NH.25) en Lazusa, Alicante.

dad apropiada, contemplando también las funciones de los ediles en la supervisión de la recaudación de impuestos en el mercado²⁶. En época posterior, la *Lex Romana Visigothorum* castiga a ser azotado **en el mercado** a quien, tras haber sido reclutado, permaneciere en su casa (L.R.W., 9.2.4).

La escasez de noticias sobre ferias y mercados es general en la parte occidental del Imperio, excepción hecha de Italia; no obstante, existen algunas referencias aisladas, por ejemplo, en algunas inscripciones en la Galia²⁷; también se sabe de alguna ciudad como, *Batavodurum*, en la orilla izquierda del Rin, que gozaba de *ius nundinarum*²⁸. Otro ejemplo lo encontramos en la orden que da Constantino respecto a la reconstrucción de Aguas Iasas, en la Pannonia Superior, destruida por un incendio, en la que aparece la concesión del derecho a celebrar mercados los domingos²⁹.

En la provincia de África varias fuentes epigráficas de la época del Principado dejan constancia de la celebración de mercados en los dominios de grandes señores territoriales. El más conocido es un senadoconsulto (*de nundinis saltus Beguensis*, 138 d.C.) por el que el Senado³⁰ permite a Lucilio Africano celebrar mercado en dicha región, siendo destacable el hecho de que se contemple expresamente la seguridad o paz en el camino al mercado:

de ea re ita censuerunt : | permittendum Lucilio Africano, c(larissimo) v(iro), in provincia Afric(a), regione Beguensi, territorio Musulamiorum, ad Casas, | nundinas III non(as) Novemb(res) et XII k. Decembr(es) et ex eo om(n)ibus mensibus III non(as) et XII k. sui cuiusq(ue) mensis in|stituere et habere, eoq(ue) vicinis advenisq(ue) nundinandi | dumtaxat causa coire convenire sine iniuria et in | commodo cuiusquam liceat. (HUVELIN, 1897, p. 113)

Otras concesiones de este tipo se realizaron entre los siglos II y III d.C. en favor de Antonina Saturnina en Aïn Meshira³¹, de *Phosphorus* en Aïn Melouk (quienes, además, construyeron un *vicus* en el lugar del mercado) y de *Munatius Flavianus*, en Aïn Kerma; esta última reviste gran interés, por cuanto el otorgamiento del *ius nundinarum*, mediante rescripto del emperador Probo (287-289 d.C.), contiene, además, una exención de impuestos (*nundinas Emadacap/ens(es) immu/n(e)s*)³², de donde se deduce que el resto de los mercados estaban sujetos a tributación.

²⁶ Pocas son las referencias al mercado de otras leyes municipales de Hispania; así, la *Lex Irnitana* solo menciona los días feriados en los que no se debe juzgar (parr. 92).

²⁷ Concretamente en Aix-les Bains, en La Graufenesque y en Autún (DE LIGT, 2005, p. 118).

²⁸ A partir del 104 d.C. la ciudad pasaría a denominarse *Ulpia Noviomagus*. No obstante, se discute la fecha de concesión del privilegio. Para Bowman, Champlin y Lintott (1996, p. 532), el *ius nundinarum* data de la segunda mitad del siglo II d.C.; para otros, la ciudad, como capital de los bátavos, tenía el privilegio de *nundinas habere* ya en tiempos de Agripa, y se hace notar que el nombre de *Batavodurum* puede leerse como “Mercado Bátavo” (<http://www.livius.org/no-nz/nijmegen/nijmegen.html>).

²⁹ CIL III, 4.121: Imp(erator) Caes(ar) Fl(avius) Val(erius) Constantinus pius felix maximus Aug(ustus) aquas Iasas oliv(um) v(i)gnis consumptis cum porticibus et omnib(us) ornamentis ad pristinam faciem restituit, provisione etiam pietatis sue nundinas die Solis perpeti anno constituit curante Val(erio) Catullino v(iro) p(erfectissimo) p(rae)pos(ito) (vel potius pr(aesidi)) p(rovinciae) P(annoiae) super(ioris).

³⁰ CIL VIII, 11.451. El recurso al Senado hace que algunos piensen aquí en la posible implicación de algún impuesto (ABBOT; JOHNSON, 1926, p. 139, n. 9); para otros demostraría que el otorgamiento del *ius nundinarum* competía al Senado en las provincias senatoriales, y exclusivamente al emperador en las imperiales.

³¹ CIL VIII, 8.280.

³² De esta inscripción se ocupan Shaw (1981, p. 59 y ss.), Chaquali (2002, p. 377), De Ligt (1993, p. 169), Nollé (1982, p. 119 y ss.) y Brüggemann (2004, p. 175 y ss.). Apoyándose en la tarifa de impuestos de Zraia y en la economía pastoril local, Shaw y Brüggemann deducen que la exención de impuestos probablemente se encontraría referida a los animales conducidos hacia el norte a través del paso de Aïn Kerma. Por su parte Nollé extrae algunas interesantes conclusiones: en primer lugar, al tratarse de una exención de impuestos el único competente para concederla era el emperador –es más, presupone que el mercado ya existía-, pero la petición no se formularía directamente

También existen testimonios de mercados celebrados en el territorio de una ciudad, concretamente en *Castella Mastarense y Tidditanorum*, en el territorio de Cirta (Argelia)³³ (NOLLÉ, 1982, p. 148 y ss.), y de la gran feria anual de Vannisei, en la llanura de Hassawana (Mauritania), probablemente de origen prerromano, en la que se darían cita diferentes tribus. En la inscripción, sin embargo, no se menciona la concesión de un privilegio por las autoridades romanas³⁴.

Con relación a la parte oriental de Imperio, existen varios ejemplos de concesiones del derecho a celebrar mercados, (en algunas raras ocasiones también acompañados de privilegios de inmunidad), vinculados, a veces, a templos³⁵. En primer lugar, la concesión de Tito Aurelio Fulvio Beonio Antonino, procónsul de Asia en el año 134-5 d.C., a la villa de los Arillenoí, en el territorio de la ciudad de Sardi, del derecho a celebrar un mercado anual de siete días, concediendo a esta última la facultad de oponerse en el plazo de treinta días³⁶. Más adelante, en una carta del año 209 d.C. al procónsul Q. Cecilio Secundus Servilianus, la ciudad de Mandragoreis suplica la concesión del derecho a realizar mercado tres veces al mes³⁷, asegurando que no se perjudicará el mercado de la vecina ciudad de Magnesia, ni los intereses del fisco³⁸. Medio siglo después el Emperador Valeriano, en un Edicto fechado entre el 253 y 259 d.C., confirma un privilegio concedido siglos atrás por el rey Antíoco a la ciudad siria de Baetocaece y su templo de Baal³⁹; finalmente el procónsul de Asia concede, por epístola, el derecho de mercados a Tetrápyrgia (269-270 d.C.)⁴⁰.

Por último, hay que señalar que está especialmente documentada, en la parte oriental del Imperio, la existencia de ferias de mayor o menor alcance, pudiéndose destacar las *panêgyris* de Éfeso, Elea, y Delos; la feria de Scaptopara en la Tracia, la de Aegea en Cilicia, visitada por

ante este, sino ante el Gobernador provincial; por otro lado, la tramitación del rescripto se desarrolló con notable lentitud (habían pasado cinco años desde la muerte del Emperador Probo, concedente del privilegio).

³³ CIL VIII-6357.

³⁴ Sobre la feria de Hassawana vid. Shaw (1981, p. 51 y ss.), De Ligt (1993, p. 63), Nollé (1982, p. 153 y ss.) y Brüggemann (2004, p. 160 y ss.). En la inscripción se dice que ciertas deidades (Jupiter, Juba, el Genius Vanisnesi y el Dii Ingirozoglezim) mandaron a las tribus de Hassawana establecer los mercados. Observa Nollé que esta regulación del mercado es, al propio tiempo, un tratado de paz.

³⁵ También está bien documentada la existencia de mercados, fundamentalmente en Grecia, en las fuentes literarias, al respecto vid. De Ligt (1993, p. 52 y ss.) y De Neeve (1988, p. 393 y ss.).

³⁶ Citada por Sugliani (2007, p. 1.434), quien observa que este procedimiento (con derecho de oposición de la ciudad) no se ve confirmado por documentos posteriores con el mismo contenido.

³⁷ Señala Nollé (1982, p. 45) que es propio del mundo griego y de Asia la división del ciclo lunar en tres décadas, presentándose como un ritmo más natural frente al de ocho días de los romanos o al de siete de los cristianos.

³⁸ Vid. Nollé (1982, p. 11 y ss.). Interpreta la referencia a los “intereses del Fisco” en el sentido de que los impuestos recaudados por ventas en el mercado irían al *Fiscus*, no al *Aerarium*, también en provincias senatoriales como Asia.

³⁹ Imp(erator) Caesar | Publius Licin-|nius Valerianus | Pius Felix Aug(ustus) et Imp(erator) | Caesar Publius Licinius | Gallienus Pius Fel(ix) Aug(ustus) et Licin-|nius Cornelius Saloninus | Valerianus nobilissimus Caesar | Aurelio Marea et aliis: | regum antiqua beneficia, consuetu-|dine etiam insecuti tenporis {temporis} adpro-|bata, is qui pr ovinciam regit, remota | violentia partis adversae, incolumbia | vobis manere curabit. | En el privilegio original se eximía en los mercados a los viajeros de los impuestos regulares y a los habitantes de la villa del deber de hospitalidad a soldados y oficiales. La villa, posteriormente incorporada al territorio municipal de Apanea, siguió disfrutando de privilegios de inmunidad. Ante el riesgo de perderlos, apeló al emperador, quien, como se ha señalado, los confirma. La inscripción en piedra, encontrada en 1774, contiene en griego el texto del privilegio original concedido por Antíoco (CIL III, 184)

⁴⁰ Al igual que en el caso de Mandragoreis, en la petición se comunica que el mercado de la villa no interferiría con el de ninguna otra ciudad de Meonia. De esta inscripción deducen Abbot y Johnson (1926, p. 487) que la ciudad o villa debía solicitar al gobernador de la provincia el privilegio de establecer una feria o mercado en su distrito. Para De Ligt (1993, p. 160 y ss.), queda claro que el concesionario del privilegio es la propia ciudad, pues el autor de la petición, Domitius Rufus, propietario del territorio en el que estaba enclavada, actúa en nombre de esta, como mero patrono.

muchos comerciantes de las provincias occidentales; las de Terebinth y Gaza, en Palestina, la de Imma en Antioquía, en Mesopotamia las de Batnae y, ya en el período bizantino, las de Edesa⁴¹.

3 REGULACIÓN JURÍDICA DE FERIAS Y MERCADOS EN DERECHO ROMANO

El comercio, para su desarrollo, precisa de unas condiciones de seguridad para el desenvolvimiento de las transacciones. Surgen así las normas sobre la “paz del mercado” en las que el Estado interviene, precisando dónde, cuándo y quienes pueden celebrar mercado, estableciendo normas de policía, creando magistrados específicos que velan por su cumplimiento⁴², a veces con jurisdicción especial, y dictando normas para la seguridad de los caminos de ida y vuelta⁴³; aspecto esencial de la intervención estatal es, también, el de la percepción de impuestos por las actividades desarrolladas en el mercado. Por último, las transacciones allí efectuadas en ocasiones dan lugar a acciones o normas especiales, que a veces se incorporan al derecho común. El derecho del mercado comprende, pues, la regulación de toda una serie de aspectos, de Derecho Público y de Derecho Privado⁴⁴. En el presente apartado trataremos de realizar un breve recorrido cronológico por aquellas normas del Derecho Romano con más relevancia para ese “derecho del mercado”.

La primera fuente jurídica que menciona el mercado es la Ley de las XII Tablas, la cual, al regular la *legis actio per manus iniectioem* establece que dentro de los sesenta días que el deudor ha de permanecer en el poder del acreedor, se ha de conducir a éste al mercado cargado de cadenas durante tres *nundinae*, por si alguien se aviniera a pagar su deuda (XII Tablas, 3.5)⁴⁵.

La existencia de los días de mercado fue además, desde un primer momento, muy relevante desde el punto de vista del Derecho Público y así, cuando cierto acto requería una publicidad especial, se exigía el transcurso de tres días de mercado, aspecto que posteriormente también contemplará la legislación municipal⁴⁶. Efectivamente, el *trinundinum* era el plazo que debía mediar entre la publicación del proyecto de ley (*rogatio*) y su votación; entre la proclamación de candidaturas -que también había de tener lugar en un día de mercado- y la elección de los magistrados; entre la acusación de un ciudadano y el enjuiciamiento por la asamblea. No es pacífico, ni permaneció invariable a lo largo de toda su historia, la calificación de las *nundinae* como *fasti* o *nefasti*, a efectos comiciales ni judiciales⁴⁷.

⁴¹ Un amplio estudio de las diversas fuentes literarias que demuestran la existencia de esas y otras ferias en la parte oriental del imperio puede verse en De Ligt (1993, p. 64 y ss.).

⁴² En la Grecia clásica, los funcionarios encargados de estas tareas recibían el nombre de *agoranomoi*.

⁴³ En este sentido, cfr. García de Valdeavellano (1975, p. 167).

⁴⁴ *nundinae etiam pertinet ad iura publica municipiorum* (CUIACIO, 1758, p. 887).

⁴⁵ «Erat autem ius interea paciscendi ac NISI PACTI FORENT, HABEABANTUR IN VINCULIS DIES SEXAGINTA. INTER EOS DIES TRINIS NUNDINIS CONTINVI AD praetorem IN COMITIUM PRODVEBANTUR, QVANTAEQUE PECVNIAE IVDICATI ESSENT, PRAEDICABATVR. TERTIIS AVTEM NVNDINIS CAPITĒ POENAS DABANT, AVT TRANS TIBERIM PEREGRE VENVM IBANT» (Gell. 20.1.46.47; GIRARD-SENN, 1977, p. 34).

⁴⁶ Así, la *Lex Coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis* antes citada.

⁴⁷ Para Cuiacio (1758, t. 1, p. 887; t. 10, pp. 662 y 1034), partiendo de los testimonios de Festo, cabría distinguir tres fases: los antiguos habrían querido que las *nundinas* fueran ferias. A partir de la *lex Hortensia* se convierten en días *fasti* para que los campesinos que acudían al mercado pudieran arreglar sus controversias. Tras la Const. de Valentiniano y Valente (C. 4.60) se restaura el régimen antiguo, no pudiendo demandarse a los que acuden al mercado por deudas privadas. Para la opinión mayoritaria, según Besnier (1969, pp. 120-121), antes de la *Lex Hortensia de nundinis*, promulgada a propuesta del dictador Q. Hortensio, autor también de la *lex Hortensia de plebiscitiis*, del mismo año que ésta -para algunos se trata de la misma ley, cfr. Macrobio, *Sat.*, 1.16.30 y Mommsen (1889, t. 6.1, p. 428)-, los días de mercado no serían judiciales ni comiciales -para impedir que en las asambleas políticas la plebe, que aflúa

Los magistrados específicos encargados de la policía del mercado, fueron en Roma los ediles curules, competentes para conocer de las controversias en las que resultaba involucrada la *cura urbis* y la *cura annonae*⁴⁸. Estos magistrados impusieron en su edicto la conocida obligación de anunciar los vicios y defectos de las mercancías en las compraventas de esclavos y animales, concediendo posteriormente las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* contra el vendedor infractor⁴⁹, posteriormente recogidas en el libro 21 del Digesto, ya como derecho común.

Un aspecto importante de la intervención del poder público en los mercados ha sido el de la percepción de impuestos. Puede diferenciarse a estos efectos, como hace Huvelin, entre aquellos impuestos de alcance general que se aplicaban a mercancías vendidas en los mercados, como la *centesima rerum venalium*, introducida por Augusto, que gravaba las ventas de edificios, terrenos, animales y ventas en subasta⁵⁰, la *quinta et vicesima venalium Mancipiorum* sobre las ventas de esclavos⁵¹ y el *portorium*, impuesto sobre la circulación de las mercancías⁵²; y aquellos otros específicos sobre los mercados⁵³. Entre ellos se encuentran la *vectigal pro edulibus* establecida sobre los comestibles vendidos en Roma⁵⁴, la *vectigal foricularii et ansarii pro mercalium* sobre las mercancías destinadas a la venta⁵⁵ (HUMBERT, 1969, p. 280; CAGNAT, 1977,

a la ciudad los días de mercado, obtuviera la mayoría en contra de la aristocracia urbana-. La *lex Hortensia* habría proclamado las *nundinae* como *dies fasti*, aptos para la administración de justicia, así como *dies comitiales*. Para Mommsen (1889, t. 6.1, p. 428), sin embargo, la *lex Hortensia* solo declararía los días de mercado *fasti*, pero no *comitiales*. En igual sentido, Rotondi (1966, pp. 240-1). Laya (1854, pp. 125-6), solo indica que tras la *lex Hortensia* se podría administrar justicia tras la hora determinada para la venta de las mercancías, sin pronunciarse sobre el carácter comicial de las *nundinas*. Finalmente, para Huvelin (1897, p. 91), al principio, comicios y las actuaciones judiciales podían celebrarse en las *nundinae*, estableciéndose una especialización por la *lex Hortensia* como consecuencia del progreso comercial y distinguiendo definitivamente los días de mercado y audiencia judicial y los de reunión política.

⁴⁸ Sobre la cuestión de si el poder jurisdiccional de los ediles curules existe desde el momento de la creación de esta magistratura -D. 1,2,2,26 (*Pomponius, l. singulari enchiridii*) Liv. 6,42,13-14- o se afirma progresivamente en la práctica *vid.* Impallomeni (1955, p. 109 y ss.), para quien la *iurisdictio* de estos magistrados resulta de una evolución de sus originarias facultades coercitivas, establecidas para el cumplimiento de las tareas encomendadas que, con el tiempo, darían lugar a un cambio en la opinión pública, que solicitaba del magistrado hacer valer una verdadera pretensión. Pugliese (1963, pp. 106-7 y 143) concluye que la competencia de los ediles curules se delimitaba por elementos materiales (conclusión del contrato en el mercado, la muerte o lesión de un hombre libre por parte de animales), mientras que la del pretor lo hacía en función de elementos personales (ciudadanía de las partes). Sobre la cuestión de si la *maior potestas* pretoria podría dar lugar a una concurrencia de ambas jurisdicciones aplica el principio de especialidad, estimando que en las materias de su competencia los ediles tendrían una reserva. Otra cuestión controvertida es si la competencia de los ediles curules se limitaba a las ventas producidas en el mercado o se extendía a todas las materias comprendidas en su edicto (MOMMSEN, 1894, t. IV, p. 193 y 196, n. 3)

⁴⁹ De “codificación del Derecho de los mercados” califica Huvelin (1897, p. 115) la parte traslativa del edicto de los ediles curules, incorporado como apéndice al *Edictum Perpetuum* por Salvo Juliano.

⁵⁰ La base imponible era el precio de adquisición. El tipo, inicialmente de un 1%, fue reducido por Tiberio al 0,5%, suspendido desde Calígula hasta Nerón y posteriormente elevado al 1%. Con Diocleciano ascendería hasta el 2,5%.

⁵¹ Sujeto pasivo eran los compradores, si bien Nerón dispuso que en adelante el impuesto lo satisfacerían los vendedores. El tipo de gravamen era de un 4% sobre el precio de venta; con el tiempo se iría aumentando hasta un 20%.

⁵² Se trataba de un impuesto indirecto, que para muchos se remonta a la Monarquía, bajo el que se comprendían una serie de hechos imposables generados por el paso de la mercancía a través de fronteras o líneas aduaneras, peajes y consumo de ciertos productos. (ZAMORA MANZANO, 2009, pp. 25 y ss.; LAET, 1949, CAGNAT, 1977; MUÑIZ COELLO, 1980, p. 225 y ss.). La base consistía en un porcentaje sobre el precio del producto, aunque la tasa variaba según las provincias (5 % en Sicilia, 2,5% en la Galia, 2 % en Hispania, etc) y se eleva al 12,5% con Teodosio.

⁵³ En el Pap. Ox. 1562 *verso* aparece un ejemplo de resumen anual de los impuestos recaudados en un determinado mercado (Oxirrinco) en el 135-6 d.C. (REA, 1982, pp. 191-209).

⁵⁴ Suet., Calícula, 3. Introducido por Calígula y en algunas fuentes calificado como *portorium* (Plin. *Hist. Nat.* 19, 4, 56) fue sumamente impopular, lo que condujo a su supresión, aunque es posible que ciertas materias primas siguieran gravadas mucho tiempo (Cagnat, 1977, p. 603; Huvelin, 1897, p. 104; Laet, 1949, p. 346). Se discute si la abolición de este impuesto corresponde a Vespasiano o a Nerón. García Morcillo (2005, p. 109; 2000, p. 281) sugiere que la inauguración del *Macellum Magnum* ofrecería un marco ideal para la liberalidad fiscal de Nerón, deduciendo que la medida habría afectado en exclusiva al mercado de Roma.

⁵⁵ El *ansarium* lo pagaba el comprador y el *foricularium* el vendedor. En época de Diocleciano, supone el pago de una cantidad por el establecimiento de un puesto en el mercado. En fuentes posteriores, y a propósito de los privilegios de

p. 603; LAET, 1949, p. 347 y ss.), y el *siliquaticum*, un impuesto sobre las ventas hechas en los mercados, establecido en tiempos de Valentiniano⁵⁶. También afectaba a la actividad de los comerciantes la *collatio lustralis*, a pagar cada cinco años, y que gravaba el ejercicio de cualquier actividad comercial o artesanal⁵⁷.

El Código Teodosiano contiene alguna norma con incidencia en el régimen del mercado. Así, realiza una minuciosa regulación de los días feriados y las controversias que pueden ser sustanciadas en determinados días (C.Th., 2,8, *De feriis*), contiene disposiciones sobre la protección a los mercaderes (C.Th. 1,10,4) y sobre los impuestos que habían de pagarse, a propósito de los privilegios de los veteranos (C.Th. 7,20,2).

Mención aparte merece la Novela XV de Valentiniano (444-5 d.C.), reguladora del impuesto sobre las ventas (*siliquae*). En su apartado quinto encontramos una disposición restrictiva de la libertad de horario y de emplazamiento del comercio, pues, para facilitar la labor de quienes habían de recaudar el impuesto, manda realizar una reordenación de las *nundinae* de las ciudades, de modo que ningún comerciante pudiera comprar o vender fuera de los momentos y lugares establecidos⁵⁸.

Nov. Val. XV.5- *Sed haec, quae tam salubriter ordinamus, in omnibus provinciis atque urbibus una eademque volumus ratione servari: quod absque ullius erroris impedimento explicabitur, si certae nundinae civitatibus earumque territoriis ordinentur. Iubemus enim et in oppidis et in regionibus certo loco ac tempore emendis atque vendendis rebus per honoratorum dispositionem nec non ordinum seu civium sub praesentia moderatoris provinciae manifesta definitione constitui. Nulli itaque mercatori praeter hanc observationem nisi ad designata loca temporibus praestitutis ad negotiationis suae species distrahendae passim licebit accedere, uti certa ratio emendi atque vendendi ibi constare possit, ubi nundinandi ius provincialium tractatu fuerit deputatum et id, quod praebere supra statuimus, facilius eorum, qui praepositi fuerint, valeat diligentia reperire. Quae vero ex his supplenda et minutius ordinanda sunt, amplissima.*

Poco después, una Constitución de Teodosio y Valentiniano (Nov. Val. XXIV) de 25 de abril del 447 d.C., establece las sanciones correspondientes a quienes abandonen las ciudades y practiquen el comercio en aldeas u otros lugares con el propósito de evadir el impuesto⁵⁹.

Por lo que se refiere al derecho del mercado contemplado en el *Corpus Iuris*, cabe destacar, en primer lugar, que la regulación sobre días feriados y no feriados también se recoge en diversos pasajes del Digesto y del Codex⁶⁰. En D. 2,12,3,2 (*Ulpianus, l. II ad edictum*) Ulpiano admite que se puede juzgar en día feriado a quien, con ocasión de las *nundinae*, hubiere ejecutado

los veteranos, se alude al impuesto que debía pagarse por colocar un puesto en el mercado con el nombre de *proponenda*: C. Th. 7,20,2; CJ. 12,46,4: *In quibuscumque nundinis interfuerint, nulla proponenda dare debebunt.*

⁵⁶ Parece que su tarifa inicial era de la vigesimocuarta parte del importe de la venta, y había de ser pagado tanto por el comprador como por el vendedor. En este impuesto se encuentra el origen de los impuestos medievales sobre las transacciones en toda Europa (HUVELÍN, 1897, p. 105 y 584)

⁵⁷ El impuesto, denominado en Oriente *chrysargira*, data de la época de Constantino, y tiene como base imponible los beneficios derivados del comercio o de las actividades profesionales. Su antecedente es la *vectigal professionibus vel officiiis* de Calígula, y se había de satisfacer en oro o plata (APARICIO PÉREZ, 2006, p. 106).

⁵⁸ Al respecto *vid.* Gabba (1975, p. 142, n. 21) y Cerami; Petrucci (2010, pp. 34-35, n. 53). La constitución prescribía rigurosas formas de publicidad del acto de transferencia, bajo pena de nulidad: *insinuatio apud acta municipalia* para los inmuebles y expedición de recibo fiscal para los muebles. El procedimiento ha recibido críticas por el obstáculo que supuso para la actividad comercial (CERAMI; PETRUCCI, 2010, pp. 34-35, n. 54; CAGNAT; BESNIER, 1969, p. 1.777) El texto habla solo del *siliquaticum*, pero hay que entender que se extiende al resto de impuestos (HUVELIN, 1987, p. 107).

⁵⁹ Estas actividades propias del “mercado negro” dan lugar al pago del impuesto en oro en la cantidad que la justicia determine, siendo posible la imposición de fuertes multas.

⁶⁰ Cfr., por ej., D. 2,12,3,2, sobre las causas por las que se comparece ante el Pretor aún en días feriados; D. 2,13,9, sobre los asuntos referentes a la disciplina militar, también perseguibles en días feriados, y C. 3, 12 (*De feriis*).

algo **contra la común utilidad**, de donde se deduce que no se puede juzgar los días de mercado lo actuado contra la utilidad privada⁶¹. Otra mención a las *nundinae* la encontramos en D. 17,2,69 (*Ulpianus, l. XXXII ad edictum*), donde se concede acción de sociedad y de venta contra el socio de una sociedad constituida para comprar, en la que se hubiere convenido que uno pagase a los demás las ferias, **esto es las comidas**, y no las hubiere pagado. Muy interesante es otro pasaje de Ulpiano recogido en D. 41,2,6,1⁶², de donde resulta que quien acude a las ferias retiene la posesión **solo animo** (como respecto a los pastos que son solo para invierno o verano⁶³, el esclavo que huye o el que esconde un tesoro mientras se va de viaje⁶⁴).

De especial importancia resulta D. 45,1,138,pr. (*Venonius, l. quarto stipulationum*), donde se reproducen los distintos pareceres de las escuelas sabiniana y proculeyana respecto al día en que debe cumplirse la obligación de entrega de cosa determinada, cuando esta se hubiere acordado realizar “en los días de una determinada feria”: desde el primer día, a juicio de los sabinianos, o cuando concluya la feria, según la opinión de los proculeyanos, parecer al que se adhiere Venuleyo⁶⁵. Este fragmento del Digesto, por otra parte, resulta expresivo de la práctica de elección de las *nundinae* para la realización de determinadas operaciones negociales y financieras (GARCÍA MORCILLO, 2000, p. 181). Hasta hace poco, generalmente ligado a las dificultades en el transporte público desde las aldeas hasta los lugares de mercado, que solía restringirse al día de celebración de éste, era habitual que el mayor número de transacciones financieras en una localidad se registrase el día de mercado⁶⁶.

La regulación específica del *ius nundinarum* aparece en D. 50,11 (*De nundinis*). En primer lugar, se recoge un texto de Modestino, del que se deduce, por un lado, que el derecho a celebrar ferias ha de ser impetrado al Emperador; por otro, se hace constar que quien haya resultado beneficiado con dicho privilegio pero que no haya usado durante diez años la concesión que obtuvo, pierde el derecho a utilizarla:

D. 50,11,1 (Modestinus libro tertio regularum) Nundinis impetratis a principe non utendo qui meruit decennii tempore usum amittit.

⁶¹ D. 2,12,3,2 (Ulpianus libro secundo ad edictum) Item in eum, qui quid nundinarum nomine adversus communem utilitatem acceperit, omni tempore ius dicitur. Hay que destacar que tal norma no se contempla en la regulación de los días fasti y nefasti que realiza el Código Teodosiano. El pasaje puede relacionarse con lo manifestado por Festo, De verb. sign. l. XI, sobre el motivo por el que los antiguos querían que los días de mercado fueran nefasti a efectos judiciales: Nundinas feriarum diem esse voluerunt antiqui, ut rustici convenirent mercandi, vendendique causa, eumque nefastum, ne si liceret cum populo agi, interpellarentur nundinatores. Respecto al lugar en que se puede demandar al vendedor, especialmente en caso de venta ambulante, conviene tener presente lo dispuesto en D. 5,1,19,2: puede demandarse en el mismo lugar donde hizo la venta, si allí tuvo arrendada por ejemplo, una tienda, puesto o almacén.

⁶² D. 41,2,6,1 (Ulpianus, libro 70 ad Edictum) Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit: retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit <abit>; verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intellegi possidere, non clam.

⁶³ D. 41,2,3,11 (Paulus libro 54 ad edictum)

⁶⁴ D. 41,2,44 (*Papinianus libro 23 quaestionum*)

⁶⁵ D. 45,1,138 (*Venonius libro quarto stipulationum*) pr. *Eum, qui certarum nundinarum diebus dari stipuletur, primo die petere posse Sabinus ait: Proculus autem et ceteri diversae scholae auctores, quamdiu vel exiguum tempus ex nundinarum spatio superesset, peti posse existimant. Sed ego cum Proculo sentido.* Señala De Ligat (1993, p. 104, n. 163) que nos encontramos ante la única referencia a la actividad financiera de las ferias romanas.

⁶⁶ Por eso, en ciertos lugares en los que el día de mercado coincide en domingo, permanecen abiertos en una localidad bancos, notarías... Resulta interesante leer la descripción que de un día de feria en la Galicia de los años 60 realiza Lisón Tolosana (2004, pp. 63 y ss.): “Por la mañana todos los caminos conducen a la **feira** o feria. Hombres y mujeres se aproximan andando, guiando a los animales que llevan a vender. Otros cabalgan y muchos se sirven de los autobuses que, con rótulos pintados en los que se lee Feria, hacen cuantos viajes son necesarios [...] En el día de la feria se despliegan, además, otras actividades [...] La feria obsequia al notario con uno de los días de mayor actividad. La gente del contorno reserva para este día todas las diligencias necesarias para la celebración de contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales. Los Abogados se desplazan a las ferias si no residen en el pueblo en que se celebran; pero además, abren bufete ferial en capitales de partido judicial en las que hay colegas residentes”. Sobre celebración de mercado en domingo, De Neeve (1988, p. 398, n. 30).

Suele afirmarse que aproximadamente hasta el s. III d.C., la competencia para otorgar el *ius nundinarum* correspondía al Senado en el caso de las provincias senatoriales, y al Emperador en las Imperiales; posteriormente, dado el declive del Senado, sería competente el Emperador (CHAQUALI, 2002, p. 381; SHAW, 1981, p. 48). No obstante se encuentran varias concesiones, efectuadas por procónsules o gobernadores provinciales, a varias ciudades de Asia y Africa⁶⁷. Del análisis de los testimonios epigráficos relacionados en el apartado anterior podría concluirse que la intervención personal del emperador en la concesión del *ius nundinarum* sería necesaria cuando se pidiese, además, el privilegio de exención de impuestos⁶⁸, o cuando el solicitante fuese un particular. La ciudad -no los simples *vicus* o los *castella*-, como pusiera de relieve Huvelin (1897, p. 110), tiene derecho a celebrar mercados, por lo que no es necesaria su solicitud. Y para los *castella* o *vici* basta el permiso del procónsul, o del Gobernador Provincial.

Por lo que se refiere al segundo aspecto contemplado en el texto de Modestino, se ha sugerido que acaso fuera el temor que suscitaba el potencial subversivo del mercado el que motivaba esta prescripción del privilegio por no uso durante diez años⁶⁹. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico no puede perderse de vista que el plazo de diez años coincide con el establecido por Justiniano para la extinción *inter praesentes* de determinados derechos, como el usufructo o las servidumbres (C. 3,34,13)⁷⁰.

Aparece después un texto de Calistrato que subraya la utilidad social del comerciante como mediador entre la ciudad y el campo (CERAMI; PETRUCCI, 2010, p. 33). Efectivamente, el jurista de la época de los Severos se hace eco de la teoría política de Platón formulada en *La República*, según la cual un Estado correctamente administrado exige una división de funciones, de modo que los campesinos han de limitarse al cultivo de los campos y los artesanos a su oficio, debiendo ser otros, los comerciantes, **de cuerpo más débiles y menos aptos para cualquier otro oficio**, quienes se encarguen de su venta en los mercados de la ciudad, permaneciendo en el mercado y adquiriendo a cambio de plata lo que unos necesitan vender y vendiendo, también con plata, lo que otros necesitan comprar; de otra manera los campos quedarían desatendidos generándose graves calamidades para la república⁷¹:

D. 50,11,2 (Callistratus libro tertio de cognitionibus) Si quis ipsos cultores agrorum vel piscatores deferre utensilia in civitatem iusserit, ut ipsi ea distrahant, destituetur annonae praebitio, cum avocentur ab opere rustici: qui confestim ubi detulerint mercem, tradere eam et ad opera sua reverti debeant. Denique summae prudentiae et auctoritatis apud Graecos Plato cum institueret, quemadmodum civitas bene beate habitari possit, in primis istos negotiatores necessarios duxit. Sic enim libro secundo politeias ait:

⁶⁷ En Asia el más antiguo sería el de Mandragoreis, en el 209 d.C. (NOLLÉ, 1982, p. 39). También se registra alguna concesión por el gobernador provincial en Africa, el caso del *Castellum Mastarense* (NOLLÉ, 1982, p. 150).

⁶⁸ Nollé (1982, p. 31, nota 37) apoyándose en todos los supuestos conocidos de concesiones de inmunidad fiscal: al municipio de Baetocaece en Siria, al propietario Munatius Flavianus en Ciria y la exención de impuestos (*pecora in nundinium immunia*) de la tarifa de impuestos de Zraia (CIL VIII, 4.508). Sobre esta última *vid.* Zamora Manzano (2009, pp. 66) y Nollé (1982 pp. 31 y 126). Explica este autor que mediante la inmunidad establecida en las aduanas para la *pecoras in nundinum* se pretendía evitar la doble imposición, pues sin la exención se gravaría primero con el *portorium* y después, con el impuesto sobre las ventas en el mercado.

⁶⁹ En este sentido, Shaw (1981, p. 49, nota 6).

⁷⁰ Huvelin (1897, p. 111) y Glück (1888, p. 470) destacan las analogías entre servidumbres y *ius nundinarum*. El problema del tiempo para el cese del privilegio por no uso ha sido muy controvertido entre los juristas, por no haber más previsión que la de D. 50.11. Señala Glück que la doctrina mayoritaria defiende la prescripción decenal por no uso en el caso de los privilegios afirmativos, observando que el D. 50.11.1 tiene alcance general para todos los privilegios por proceder del *Libri regularum* de Modestino, libro que contiene principios de alcance general. Para otros juristas los privilegios afirmativos prescriben por no uso de 30 años, siendo el plazo del privilegio de la feria sería la excepción que confirma la regla; siendo de aplicación general la constitución que establece la prescripción de los derechos a los 30 años (C. 7,39,3).

⁷¹ Platón, *La República*, 2.371 c-d.

δει γαρ πλειονων αρα γεωργων τε και των αλλων δημιουργων και των αλλων διακονων των γε εισαχοντων και εχαχοντων ηεκαστα. οηητο δε εισιν εμποροι. κομισασ δε ηο γεωργος εισ την αγοραν τι ηων ποιει ψ τις αλλοσ των δημιουργων μη εισ τον αυτον ζρονον ηηκψ τοισ δεομενοισ τα παρ αυτου ανταλλαχασπαι, αργησει τψσ αηητου δημιουργιασ καψψμενοσ εν αγορα ουδαμωσ, ψ δε ηοσ, αλλε εισιν οηι τουτο ηορωντεσ ηεαυτουσ επι την διακονιαν ταττουσι ταυτην. [id est: Indiget enim [civitas] maiore numero rusticorum aliorumque opificum et ministrorum tam invehentium species quam exportantium: hi autem sunt negotiantes. [Quod si] rusticus aliusve qui opificum earum rerum quid quas facit in forum affereus non eo ipso tempore venerit, quo eo veniunt qui species ab eo allatas permutare cupiunt, num operam perdet in foro sedens? Minime, inquit ille, sunt enim qui id intellegentes ad hoc ministerium se accingunt.]

El Codex contiene también un título para las ferias y mercados (C. 4,60, *De nundinis*)⁷² con la prohibición establecida por Valentiniano y Valente (fecha entre 365-380 d.C.), de demandar en feria o mercado a los que allí contratan, para no impedir su normal desenvolvimiento. La norma se encuentra en consonancia con D. 2,12,3,2, donde se recoge el parecer de Ulpiano de que en los días feriados solo puede demandarse al que con ocasión del mercado ejecute algo contra la común utilidad⁷³. Al propio tiempo se impedía el establecimiento de exacciones privadas por el desarrollo de tales mercados o por la colocación de los puestos⁷⁴:

Imperatores Valentinianus, Valens. Qui exercendorum mercatum aut nundinarum licentiam vel veterum indulto vel nostra auctoritate meruerunt, ita beneficio rescripti potiantur, ut nullum in mercatibus atque nundinis ex negotiatorum mercibus conveniant, vel in venaliis aut locorum temporali quaestu et commodi privata exactione sectentur, vel sub praetextu privati debiti aliquam ibidem concurrentibus molestiam possint inferre. * Valentin. et Valens aa. ad Probum PP. *<>

En la constitución se recuerda, como vemos, que la licencia para el establecimiento de ferias o mercados puede proceder o de un privilegio antiguo o de una nueva concesión del Emperador.

El *Codex* recoge, además, en un título que lleva por rúbrica *De commerciis et mercatoribus*, una Constitución de Honorio y Teodosio del año 408 ó 409 d.C. (C. 4,63,4), expresiva del recelo de las autoridades romanas ante el potencial peligro del mercado desde un punto de vista político. Se trata aquí de impedir que tales lugares sirvieran como centros de espionaje entre diversos reinos; prohibiéndose la celebración de mercados más allá de las ciudades indicadas en el tratado con el rey de los persas, con severas multas en caso de infracción⁷⁵.

⁷² En algunas ediciones el C. 4,60 lleva por rúbrica *De nundinis et mercationibus* o *mercatoribus* (v. gr. **Cuerpo del Derecho Civil Romano, Código**, t. I, trad. García del Corral, Barcelona,1892). Para Cuiacio (1758, t. 2, p. 298) debería decir “mercatibus” en lugar de “mercatoribus”.

⁷³ Et nundinarum ergo dies feriati, quatenus privati debiti causa nundinatores enim non licet. (CUIACIO, 1758, t. 2, p. 299)

⁷⁴ El Estado defendía así su propio monopolio fiscal sobre tales actividades (GARCÍA MORCILLO, 2000, p. 187).

⁷⁵ De Ligt (1993, p. 51) propone una interesante interpretación alternativa del precepto, entendiendo *nundina exercere* como *comerciar*, de modo que la Nov. 51.1 simplemente prohibiría negociar más allá de Nisibis, Callicimun y Artaxata. El propósito de la norma (ciertamente, como indica este autor, no incluida dentro del título dedicado a “Ferias y mercados”) sería confinar todo el comercio romano-persa a un número limitado de ciudades, no solo el desarrollado en mercados periódicos. Pero puede subrayarse que según la norma la prohibición se establece “a fin de que no se escudriñen los secretos de otro reino”, siendo precisamente las ferias en el mundo antiguo lugares abonados para el intercambio de información (DE NEEVE, 1988, p. 397, respecto a las *panēgyris*). Gaudemet (1953, p. 40) también parece entender el precepto en el sentido de prohibición de acudir a las ferias, no del comercio en general.

Por último, una Constitución de Justiniano del 537 d.C. (Nov. 51.1) prohíbe efectuar pignoraciones en los mercados -donde principalmente tenían lugar-, así como en los campos, ciudades, aldeas, etc, en pro de otras personas ⁷⁶.

4 RECEPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Resulta imposible, en el marco de estas notas, realizar un pormenorizado análisis del derecho del mercado en España contenido en los fueros y cartas pueblas de la Edad Media⁷⁷. En general estos textos contemplan normas sobre la paz del mercado, imponiendo en unas ocasiones la prohibición de llevar armas, estableciendo en otras un agravamiento de las sanciones cuando los delitos se hubieran cometido en el lugar o en día de mercado⁷⁸, garantizando la seguridad en los caminos de ida y vuelta, la protección al comerciante contra demandas por deudas no contraídas en el mismo⁷⁹, concediéndose, en ocasiones, privilegios de franqueza. En algunos casos, puede comprobarse cómo se contempla el mercado como lugar de publicidad a efectos jurídicos⁸⁰. Por ello centraremos la atención en el estudio del cuerpo legal donde se manifiesta de forma más palmaria la recepción del Derecho Romano en materia de ferias y mercados que es, sin duda alguna, el Código de las Siete Partidas, así como su incidencia en la legislación posterior.

El Código alfonsino dedica un título completo a la materia (“**De los mercadores, et de las ferias et de los mercados en que compran et venden las mercadorias, et del diezmo et del portazgo que han a dar por razón dellas**”⁸¹). Comienza el preámbulo de dicho título dando un concepto de comerciante, que será completado en la ley I, en el que cabe destacar, como uno de sus rasgos definitorios, el hacer sus compras o ventas en las ferias o mercados más que en los otros lugares.

⁷⁶ Propterea sancimus nullam omnino pignorationem in nostra republica praevalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi praesumptum invenimus) neque in agris neque in civitatibus neque in vicis, neque in civibus neque in vicaneis neque in agricolis neque alio omnium quocumque modo vel tempore, sed praesumentem alium pro alio secundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo, et cadere etiam actione quam habuit adversus eum pro quo exactionem fecit

⁷⁷ Para ello puede verse la monografía de García de Valdeavellano (1975b).

⁷⁸ Prohibiciones que aparecen, por ejemplo, en los fueros de León de 1020 (MUÑOZ ROMERO, 1970, p. 87)

⁷⁹ Por ejemplo en el Fuero de Jaca de 1238 (MUÑOZ ROMERO, 1970, p. 244), o en los Furs de Valencia de 1261, nº 75.1. Sancho de Sopranis (1959, p. 70) recoge el pregón de las ferias de Jerez de 1494, unas de las de mayor renombre en España, con privilegio desde 1286- en el que se notifica “*a los mercaderes de cualesquiera nación o condición que sean, cristianos o moros que a las dichas ferias vinieren o trageren qualquier mercaderias para vender enellas, que durante el tiempo de las dichas ferias y tres días después non será presos sus cuerpos nin embargados sus bienes nin cosa alguna delo suyo en ninguna manera por debdas que ellos deban al rei e reina nuestros señores ni a otras personas algunas en manera alguna, nin por alguna cabsa nin razón de represalias que sean mandadas hacer por sus altezas, ni por esta cibdad...salvo si la debda se hubiera fecho en feria*”, sancionando a los infractores con pérdida de la tercera parte de sus bienes. Otras veces se prohíbe la aprehensión del comerciante, por ejemplo, en los Fueros concedidos en 1113 a los pueblos del Obispado de Compostela por Diego Gelmírez (MUÑOZ ROMERO, 1970, p. 409).

⁸⁰ El Fuero Viejo de Castilla dispone que se pregone en el mercado si alguno **es juzgado por malfetria que fiço** (2.1.5); establece la irrevindicabilidad frente al vendedor de buena fe de objetos vendidos en el mercado procedentes de hurto o pérdida (2.3.1) y el deber de pagar inmediatamente las deudas contraídas en feria (3,4,5)

⁸¹ Part. 5,7. Ya se ha destacado la marcada recepción del Derecho Romano en relación a otras disposiciones del mismo título, concretamente respecto al portazgo (ZAMORA MANZANO, 2009, p. 131 y ss.). También cabe destacar como las Partidas siguen la sistemática del *Codex* al tratar del portazgo inmediatamente después del derecho a celebrar mercados.

Pero es la ley III la que reviste una mayor relevancia en la recepción del Derecho Romano⁸²:

Part. 5,7,3: Ferias, o mercados, en que vsan los omes a fazer vendidas, e compras, e cambios, non las deuen fazer en otros lugares, si non en aquellos que antiguamente las costumbraron fazer. Fueras ende, si el Rey otorgasse por su priuillejo poder a algunos lugares de nueuo, que las fiziessen. E avn dezimos que en estas ferias atales, que son fechas nueuamente, que non deuen fazer los Señores del lugar do se fazen las ferias, premia ninguna a los mercadores que a ellas vinieren; demandandoles ningun tributo, de las cosas que traxeren, por razón de la feria, nin de otra cosa; si non de aquellas que les otorga el priuillejo, por que les fue otorgada la feria. E maguer ouiesse a dar debdo conocido que fuesse de ante fecho que la feria fuesse establecida, al Señor del lugar, o a otro qualquier de los moradores en el; no los deuen traer a juyzio sobre ellos, nin prenderles, sin tomarles ninguna de las cosas suyas, en quanto la feria durare. Pero los pleitos, e las debdas, que los mercadores fizieren, después que vinieren a las ferias nueuas, o a las otras viejas; o las que ouieren fechas, a otra parte, a que prometieron de cumplir, e de pagar en ellas; tenudos son de las cumplir; e si non quisieren, puedenlos apremiar los Alcaldes, e los Mayorales de las ferias, que los cumplan. Otrosi dezimos, que si algund ome, o Concejo, ouiere priuillejo, que pueda fazer feria nueua, assi como sobredicho es, e después que lo ouiere, pasaren diez años que non vsen del, que de allí adelante non le deue valer.

Varias son las cuestiones que conviene destacar de esta ley de Partidas. En primer lugar, tal y como se prescribía en la Constitución de Teodosio y Valentiniano, la ley restringe el comercio a un lugar determinado: las ferias y mercados deben celebrarse en los lugares establecidos por la autoridad esto es, los determinados por la costumbre inmemorial o por la carta de concesión del privilegio (lo que se conoce en derecho germánico como *Marktzwang* o mercado coactivo⁸³). En Part. 1,11,1 se excluye expresamente la posibilidad de celebrar mercado **dentro** de la Iglesia; dicha prohibición aparece también en las constituciones sinodales y en la literatura posterior⁸⁴.

En segundo lugar, y al igual que sucedía en el *Codex* justiniano, aparecen como fuentes del derecho a celebrar ferias, la costumbre inmemorial⁸⁵ y la concesión del Rey. Aclara Gregorio López que la disposición se refiere a las ferias y mercados que gozan de algún privilegio, y no a aquellos que comúnmente tienen lugar dos veces por semana sin privilegio alguno, pues siendo esos mercados cosa de mero hecho, podrían celebrarse sin privilegio⁸⁶. La disposición está en consonancia con lo dispuesto en Part. 2,1,2, donde, tras señalar como atributos exclusivos del

⁸² Sobre la recepción del Derecho romano en materia mercantil, Goldschmidt (1913, p. 100 y ss.) explica que el resurgimiento comercial de la Baja Edad Media encuentra sus primeras normas en el Derecho Romano, que continuaba existiendo aunque escasamente conocido y con una aplicación preferentemente mecánica, respaldada a partir del siglo X por la elaboración científica; Rehme (1941, p. 73). Ripert; Roblot (1994, pp. 11-12) afirman que la única contribución del derecho romano al comercial es la técnica general de las obligaciones y contratos.

⁸³ El confinamiento del comercio al lugar de mercado (que aparece también en algunos fueros, como los de Uclés, Usagre, Cuenca, Plasencia o Guadalajara, cfr. García de Valdeavellano (1975, pp. 142-145) no es privativo de España; sobre la pervivencia de esta norma romana en las épocas carolingia y franca *vid.* Huvelin (1897, pp. 97 y 584).

⁸⁴ A título de ejemplo sirva la Const. del Cardenal Regino en el Obispado de Orense: En contra de los que venden o compran en la Iglesia. Otrosi ponemos sentencia de excomunión y de una libra de cera para la fabrica de la misma Iglesia en todos aquellos y aquellas hombres como mujeres de cualquier estado o condición que sean que hizieren ferias o mercados o venden o compran algunas cosas dentro en la Iglexia (MANRIQUE DE LARA, 1994, fo. xxxv). También los tratadistas recogen esta prohibición: cfr. por ej. Borrell (1611, p. 213), Caponi (1677, pp. 117 y 215, n. 71) y Hevia Bolaños (1790, l. I, cap. X, nº 7).

⁸⁵ La costumbre inmemorial se presume siempre justo título del *ius mundinarum* y siempre con causa (ALCIATO, 2005, p. 173), quien se apoya en D. 43,20,3,4, que considera constituido con arreglo a derecho el acueducto de cuyo origen no hay memoria). El argumento es tenido en cuenta por escritores posteriores, así, Borrell (1611, p. 212, nº 13) – al que se adhiere Caponi (1677, p.115)– tras definir como mercados solemnes los concedidos por privilegio del Príncipe, con inmunidades y derechos de jurisdicción, considera que también pueden ser fruto de concesión tácita, por prescripción inmemorial, citando el caso del Marqués de Montferrato (*infra*, n. 102)

⁸⁶ Es común citar aquí D. 1,1,5 (Herm., l. primo iuris epitomarum): Ex hoc iure gentium introducta... commercium.

rey el derecho a **fazer ley e fuero nuevo**, así como **fazer justicia e escarmiento**, se indica que: “otrosi ha poderío de poner portadgos e otorgar ferias nuevamente, en los lugares que entendiere que lo deue fazer, e non otro ome ninguno”.

El hecho de que se subraye que sólo el rey, con la salvedad mencionada de la costumbre inmemorial, es la autoridad competente para la concesión de un *ius nundinarum*, ha de entenderse en el marco general del fortalecimiento del poder real, experimentado a partir del siglo XIII en varios países europeos⁸⁷. En este contexto, el viejo Derecho Romano (particularmente D. 50,11,1) resultaba particularmente adecuado para esta nueva realidad. El derecho del soberano a fundar mercados y a percibir gabelas por las transacciones allí efectuadas es calificado de regalía (GARCÍA DE VALDEAVELLANO, 1975a, pp. 600 y 602; HUVELIN, 1897, p. 187). No obstante, se siguieron celebrando nuevas ferias y mercados por mera autorización de señores territoriales y concejos, según informa Gregorio López. Para comprobarlo basta acudir a las actas de las Cortes de Castilla, especialmente en los reinados de Juan II y Enrique IV, en las que figuraba como constante petición de los procuradores la supresión de ferias y mercados francos⁸⁸, creados por los señores para atraer la población y enriquecer sus estados merced a las exenciones para sus pobladores, en perjuicio del comercio de otras villas. Asimismo, constan concesiones de mercado a partir del siglo XIII por personas distintas del Rey, pese a lo dispuesto en las Partidas⁸⁹.

A continuación, análogamente a lo dispuesto en C. 4,60, se prohíbe demandar a los mercaderes por el tiempo que dure la feria o mercado, prohibición que se refiere tanto a los tributos por razón de las cosas que trajeren a la feria, como a las deudas contraídas con anterioridad a la misma, salvo que procedan de delito, aclara Gregorio López⁹⁰, con el señor del lugar o cualquiera de sus habitantes. En comparación con el *Corpus Iuris Civilis* la prohibición resulta ampliada, pues allí se limitaba a deudas que se tuvieran con el concesionario del privilegio. Diferente es, sin embargo, el régimen de las deudas contraídas en la propia feria o mercado o pagaderas en este; de no ser atendidas, puede instarse el apremio a los alcaldes y los mayores de las ferias.

Por último, la recepción en las Partidas de los textos romanos, más concretamente, del D. 50,11,1, se manifiesta en la prescripción decenal por falta de uso del privilegio de celebrar ferias. Se ha destacado cómo la reintroducción por los juristas de esta prescripción extintiva responde al interés de la realeza en hacer decaer las antiguas ferias, y afirmar su autoridad sobre las creadas directamente por ella⁹¹. La disposición se encuentra en consonancia con lo establecido en Part.

⁸⁷ Para Francia, Huvelin (1897, p. 186). Destaca García de Valdeavellano (1975b, p. 82 y ss.) que en Castilla y León nunca se llegó a un desmembramiento del poder real con dimensiones comparables a las de Francia durante el apogeo del feudalismo; observando, por ejemplo, como nuestros privilegios nunca contemplaban la acuñación de moneda.

⁸⁸ Así ocurrió en las Cortes de Burgos de 1420, Salamanca de 1439 y de Madrid de 1433 y 1435. Juan II puso coto a la libertad de celebrar ferias y mercados francos y dispuso que cualesquiera personas que fuesen a comprar o vender en las ferias, pagasen alcabala en el lugar de donde salieren con sus mercaderías. En las Cortes de Toledo de 1436 los procuradores piden la revocación de tal medida, pero el rey la mantiene por estimarla buena y justa. Nuevas peticiones de supresión de ferias y mercados francos se registrarán con Enrique IV en las Cortes de Madrigal de 1438, Valladolid de 1451, Burgos de 1453, Toledo de 1462, y Nieva de 1473, promulgando entonces una ley que prohíbe ferias y mercados francos salvo en Medina del Campo. Todavía se reiteraría la petición en las Cortes de Toledo de 1480, en el reinado de los Reyes Católicos (COLMEIRO, 1884; ESPEJO; PAZ, 2003, p. 10).

⁸⁹ Así, García de Valdeavellano, (1975b, p. 102) cita una autorización de 1249 del Papa Inocencio IV al Maestre y a los caballeros de la Orden militar de Santiago para establecer ferias en sus territorios y el establecimiento en el siglo XV por parte del Arzobispo de Santiago don Rodrigo Luna de dos ferias anuales y un mercado semanal en su villa de Caldas de Reyes, garantizando la seguridad de los que a ellos acudiesen.

⁹⁰ En D. 2,12,3,2 se permitía demandar incluso en día de mercado por asuntos de utilidad pública.

⁹¹ Huvelin (1897, p. 186) destaca que en Francia, coincidiendo con el renacimiento de los estudios de Derecho Romano, se reintroduce la prescripción decenal por no uso, de la que no existen ejemplos desde la época romana hasta el siglo XII. Al hilo de esta cuestión, suscitó especial preocupación la cuestión de la libre revocabilidad del privilegio de mercado por parte del Príncipe. Para Accursio (1968, p. 245) se podría revocar en menos de diez años si se había

3,18,42, que lleva por título “Quales previllejos valen, et por quales cosas se pueden perder”. La ley comienza distinguiendo entre los privilegios de “franqueza, que son de quitamiento de pecho de rey”, o de portazgo, o, en general, que libere de alguna obligación debida al rey, los cuales se pierden por no uso durante treinta años, de aquellos que implican un permiso para realizar algo antes prohibido, como el *ius nundinarum*, que prescriben por no uso durante diez años:

Part. 3,18,42 “...Otrosi previllejos hi ha de otra manera que da el rey en que otorga á aquellos que los da que fagan alguna cosa nuevamente que non podien facer sin mandado dél, asi como feria ó mercado, ó si les mandase que vendiesen alguna cosa que era ante vedada, ó que sacasen alguna cosa del regno que por vedamiento non osasen ante sacar, ó si usasen vender por una medida et les otorgase que vendiesen por otra, ó otras cosas qualesquier que fuesen destas maneras; tales previllejos como estos duran para iempre si usan dellos fasta diez años desde el día que les fueron dados; mas si fasta este tiempo non usasen dellos, dende adelante piérdense et non deben valer. Otrosi decimos que si alguno toviere previllejo et usare mal dél, asi como si pasare á mas ó ficiere mas cosas que en el previllejo fueren dadas, tal previllejo piérdese et lo que por él fue dado; ca derecha cosa es que los que usaron mal de la gracia ó de la merced que los reyes les ficieron, que la pierdan”.

De este modo, a la única causa de prescripción del derecho prevista en el *Codex*, el transcurso de diez años sin ejercitarlo, se ha añadido el abuso en el ejercicio del privilegio⁹². Por otra parte, la doctrina introdujo algunas excepciones a ese límite temporal, no decayendo el derecho del concesionario cuando el derecho no se hubiera podido ejercitar por razón de guerra, peste o por alguna causa similar; cuando el privilegio se hubiera concedido a la Iglesia, no decayendo

concedido en utilidad particular, pero si se había otorgado para la utilidad general se convertía en perenne y no era revocable; Alciato (2005, p. 173-4), a propósito del litigio entre el Marqués de Monferrato y Ponte Sturae (localidad que había pasado a potestad del Marqués por vía de tratado y a la que concedió derecho de mercado, confirmando una costumbre inmemorial), concluye que ni se podía revocar sin causa el privilegio concedido por contrato (se apoya en D. 50,9,5 sobre rescisión de decretos solo por causa de utilidad pública) ni revocar el *ius nundinarum* por la sedición de algunos, pues deberían sufrir la pérdida del mercado quienes no pudieron actuar contra los sediciosos sin grave peligro. Tampoco podría el Príncipe recurrir a la cláusula de plena potestad, pues tal cláusula no era sino violencia; señalando que nunca había sido utilizada por el pueblo romano. Grocio (1925, p. 262) distingue entre los beneficios concedidos por los príncipes por su propia voluntad sin cláusula de precario, solo revocables como castigo o por utilidad pública, con compensación si es posible, de los privilegios que solo quitan la traba de la ley sin contrato, libremente revocables. Bodin (1992) entiende que así como la facultad de dar leyes y conceder privilegios corresponde en exclusiva al rey, solo a él corresponde determinar la necesidad o no de suprimirlos. Glück (1888, p. 458 y ss.) realiza una exhaustiva clasificación de las causas de pérdida del privilegio, distinguiendo entre las relativas a la propia naturaleza del privilegio; las referentes a la voluntad del Príncipe (revocación), considerando que los privilegios otorgados por mera liberalidad pueden revocarse a placer, mientras los concedidos por contrato oneroso solo por causa grave (más tarde se criticaría la libre revocación basada en la presunción de una cláusula de precario-cfr. Ferrini, el propio traductor- pues, salvo inclusión expresa el precario no se presume, asemejándose a una donación, contrato que debe ser respetado por los súbditos y el Soberano); finalmente estarían las causas relativas a la voluntad del concesionario: abuso en el ejercicio del privilegio (con cita de CJ. 11.43.3); mal uso reiterado con graves consecuencias para el público, previa intimación del soberano; y renuncia expresa o tácita (no uso). Los privilegios afirmativos, como los de mercado (aquellos que confieren la facultad de hacer algo otro modo vetada por el derecho común) precisan para su extinción que no haya faltado ocasión al privilegiado de usar de su privilegio (asi, no se pierde la jurisdicción porque desde hace tiempo no se cometan delitos); que ningún impedimento obste su ejercicio (feria anual que no se puede celebrar por la peste); que no sea meramente voluntario; no uso durante el tiempo previsto por la ley y que alguien tenga interés en el cese del privilegio. Finalmente, Windscheid (1930, p. 474) entiende que la disposición que anula un privilegio ni está más limitada en su libertad que cualquier otra norma ni se vincula al consenso del privilegiado.

⁹² Es decir, “como excediendo de su tenor y haciendo más de lo que por él se concede”, como aclarará, siglos más tarde, Hevia Bolaños (1797). Como ejemplos de abuso en el ejercicio de los privilegios enumera Gregorio López el de las órdenes religiosas que dejan de observar la regla primitiva, cuando el privilegio fue concedido en atención a su austeridad de vida; la pretensión del que está exento de pagar tributos de que otros, alegando su privilegio, no paguen lo que deben; los escolares que no viven honestamente o faltan a la disciplina escolástica. Ahora bien, la pérdida del derecho sólo procede si el abuso es contrario al derecho común, pues si es conforme a él, no se pierde.

entonces por no uso hasta los cuarenta años, y si el concedente hubiera exigido o reservado tributos para sí⁹³.

Por otro lado, la ley cuarta del mismo título establece la seguridad de los caminos de ida y vuelta a la feria, razonando que “las tierras, e los lugares en que vsan los mercadores a leuar sus mercadurías, son por ende mas ricas, e mas abundadas, e mejor pobladas: e por esta razón debe placer a todos con ellos”. Subyace aquí el pensamiento platónico sobre la necesidad de los negociantes en una ciudad, según nos fue trasmitido por Calistrato en el Digesto, y se encargó de recordar la Glosa. No obstante, conviene precisar que no siempre ha sido vista la afluencia de comerciantes a una ciudad de una manera tan favorable. A veces se considera más conveniente que la ciudad sea capaz de autoabastecerse, para el caso de guerras u otras calamidades. Por otro lado, la presencia de mercaderes procedentes de tierras extrañas conlleva el peligro de corrupción de las costumbres; así lo refleja Gregorio López en su Glosa, apoyándose en Aristóteles y Sto. Tomás⁹⁴. Pero en este caso, el trato favorable de la disposición hacia el mercader es evidente: en caso de robo, se admite su juramento sobre la cantidad y género de las mercancías que portaba, debiendo los ladrones hacer la restitución, más el abono de daños, en base a esta declaración, y si no pudieren ser habidos, responde el concejo, o el señor, en cuyo señorío fue cometido el robo.

Respecto a otras normas romanas relativas al mercado, cabe señalar, por un lado, que no se menciona expresamente el caso del *profectus ad nundinas* como uno de los supuestos de retención de la posesión *solo animo*, si bien cabe entenderla comprendida dentro de la disposición general de la Part. 3,30,12 (“De cómo retiene home la posesión de la cosa después que es ganada”), según la cual, una vez ganada la tenencia de alguna cosa, siempre ser puede ser tenedor de ella con la voluntad, aunque no se tenga corporalmente⁹⁵. Por otro, se contemplan en Part. 5,5,65 las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* para el caso de vicios en la compraventa; sin embargo, no se regulan como normas especiales del comercio, sino que revisten un carácter general.

La limitación del número de mercados francos fue una petición constante de los procuradores en las Cortes de Castilla. Enrique IV prohíbe en las Cortes de Nieva de 1473 la celebración de ferias o mercados francos, a excepción de la de Medina, sancionando la infracción con pérdida de bestias y mercaderías, de bienes muebles y raíces, destinándose por terceras partes a la Cámara Real, el acusador y el Juez que conociere del caso⁹⁶. Los Reyes Católicos refrendarán la protección otorgada por Enrique IV a los mercaderes que acudieran a las ferias de Segovia, Medina del Campo y otras ciudades de la Corona, así como la prohibición de demandarles salvo que lo sean

⁹³ *Vid.*, por ej., Borrell (1611, p. 110).

⁹⁴ “No obstante, mayor consideración merece una ciudad cuando abunda en productos de su propio territorio, que no si se provee de ellos por el comercio; lo primero parece ser mas seguro tanto á causa de las eventualidades de las guerras, como por los riesgos que ofrecen los caminos: es esto también más útil para la conservación de la ciudad, dado que en el caso contrario necesita para los abastos, de la concurrencia de tratantes, lo que produce el continuo roce con extranjeros, circunstancia que espone á la corrupcion de costumbres, según dice Aristot. en su política; porque necesariamente ha de suceder que los naturales presencien la práctica de diferentes leyes, y de varios usos, distintos de aquellos bajo los cuales han sido educados, así se espresa Santo Tomás, 2. De regim. Princip. Cap 3”.

⁹⁵ Sí menciona expresamente este supuesto el Código de las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el IX, con la glosa de Gregorio López vertida al castellano y comentada por Santpons de Barbá, Martí de Eixala y Ferrer Subirana, t. II, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes, 1844, p. 834, nota 35.

⁹⁶ Ordenanzas Reales de Castilla, 6.7.1

por deudas propias⁹⁷. La disposición fue recogida por Alfonso Díaz de Montalvo en las Ordenanzas Reales de Castilla, pasando a la Nueva Recopilación, y de ahí a la Novísima⁹⁸. El proceso de fortalecimiento del poder real se acentúa: ya no se incluye la costumbre como posible fuente de franqueza; sólo se admite el privilegio confirmado por el rey y asentado en sus libros⁹⁹.

El asturiano Juan de Hevia Bolaños¹⁰⁰ dedica el cap. X del lib. I de su *Laberinto del comercio terrestre y naval* a “Ferias y Mercados”, realizando una exposición sistemática de la materia. El jurista hace derivar de la autoridad de Platón la recomendación de dar buen trato al comerciante, por las ventajas derivadas de la afluencia de mercaderes a ferias y mercados¹⁰¹:

[...] y así se ha de procurar por los que gobiernan a los pueblos, que vengan Mercaderes, y Negociadores á ellos, y á sus mercados, y ferias, á vender lo que tuvieren, procurando que sean bien tratados, y despachados, sin compelerles á ello, ni á venderlo á menosprecio, ni hacerles molestia, ni detenerlos por la utilidad pública del comercio, que no se consuma, según Platón, entre los Griegos, estimado por de mucha prudencia, y autoridad, referido, y loado por un Jurisconsulto.

Distingue el ilustre jurista entre ferias y mercados francos, y aquellos que no lo son. Los primeros solo pueden celebrarse en virtud de privilegio del Rey o de costumbre inmemorial, a la que resulta equiparada, conforme al Derecho Civil, Real, leyes de Partida y su glosa Gregoriana. Tal requisito no es necesario en las ferias y mercados no francos, “porque el comercio es de derecho de las gentes”. En los primeros no pueden ni los señores ni los pueblos apremiar a los mercaderes y a las personas que a ellos acudieren, ni demandarles ningún tributo por razón de la feria; tampoco se les puede demandar, ejecutar o embargar por deudas, con tres excepciones: las contraídas en la propia feria, las procedentes de delito y las derivadas de rentas o derechos Reales. Recoge, asimismo, el principio de la seguridad en el camino de los mercaderes y de las personas que van o vuelven de las ferias. Concluye el capítulo con una referencia a las disposiciones sobre las causas de prescripción del privilegio, reiterando las previstas en las Partidas.

Llegada la época de la codificación, la institución de la feria había perdido importancia, circunstancia que parece reflejarse en la escasa atención que le presta el Código de Comercio de 1829¹⁰². Por lo que se refiere al régimen de concesiones de ferias y mercados, así como el restablecimiento de los antiguos en desuso, la R.O. de 17 de mayo de 1834 la declaraba privativa de

⁹⁷ Ordenanzas Reales de Castilla, 6.7.6: El Señor Rey Don Enrique nuestro hermano, en las Cortes que fizo en Nieva, año de setenta y tres, à petición de los Procuradores de las Ciudades, y Villas de nuestros Reynos, tomó su guarda, y seguro amparo, y defendimiento real, todas y qualesquiera personas y à sus bienes de los que fuesen à las ferias de Segovia, y de Medina del Campo, y de Valladolid, y de otras Ciudades, y Lugares de la nuestra Corona Real que tienen otorgadas ferias antes del año de lxxiiij, así por el dicho señor Rey don Enrique, como por otros Señores Reyes de gloriosa memoria nuestros progenitores: y mandó que por obligaciones, ni por deudas que qualesquier Concejos, ni personas singulares debiesen à qualesquier personas, ni por sus cartas: ò otras sentencias, que sobre ello tuviesen los acreedores, no pudiese ser fecha toma, ni represaría, ni execucion, ni prision en las dichas personas de los que fuesen à las dichas ferias por ida à las dichas ferias, y por la estada y tornada dellas; salvo si fuere por deuda propia aquellos que por sí se han obligado estonces, que se haga por vía ordinaria, y no en otra manera, so pena que qualesquier que lo contrario ficieren, cayan è incurran en las penas que caen los que quebrantan tregua, y seguro puesto por su Rey señor natural; y demás, que las justicias que sobre ello fueren requeridas luego que lo supieren tornen, y restituyan los tales bienes á los que les fueren tomados; y delibren las personas sin costa, y dilación alguna, que pierdan los oficios y paguen las costas dobladas al que rescibio el daño.

⁹⁸ Nueva Recopilación, 9,20,1; Novísima Recopilación, 9,7,1 y 2.

⁹⁹ De este modo dirá Donato (*Scholia sive dilucidationes eruditissimae in latinis plerosque Historiae Romanae Scriptores*, Venetia, 1640, p. 462) que en su tiempo solo el Rey puede conceder el *ius nundinarum* en Francia, añadiendo que lo mismo sucede en España (con cita de la ley de Partidas) y en Italia respecto al Sumo Pontífice y los Duces.

¹⁰⁰ Sobre este jurista, cfr. García Sánchez (1995, pp. 505-582).

¹⁰¹ Lib. I, cap. X, nº 6, p. 303. No obstante, en *La República* Platón se limita a recomendar que sean los comerciantes y no los campesinos quienes atiendan en los mercados, sin referirse a la seguridad de los mercaderes en los caminos de ida y vuelta al mercado.

¹⁰² Solo alude a las ferias y mercados el parr. 2º del art. 237, al autorizar a los comerciantes a contratar de palabra en ferias o mercados si los intereses no superaban los 3000 reales (fuera de estos lugares se limitaban a 1000).

la Corona. Pero con el triunfo del *laissez faire* la libertad de establecer ferias y mercados sin autorización del Gobierno se sancionó por R.D. en 1853. Tras diversas vicisitudes legislativas, el art. 67 de la Ley Municipal de 1870 declara la exclusiva competencia de los Ayuntamientos en todo lo relacionado con ferias y mercados¹⁰³; competencia refrendada en el Estatuto Municipal de 1924.

A fines del siglo XIX firmaba Huvelin el acta de defunción de ferias y mercados, sustituidos por el comercio permanente, motivo por el cual también habrían desaparecido, en su opinión, en los días de apogeo del Imperio Romano¹⁰⁴. No obstante, al día de hoy seguimos conociendo ambas instituciones, aunque con las lógicas modificaciones. Incluso en las ciudades se observa la presencia de mercados semanales. Y respecto a la feria, cabe observar que es precisamente en el siglo XIX cuando comienzan a desarrollarse las ferias de muestras. Hoy en día, la feria subsiste a través de la especialización (y así se habla de feria del libro, de ferias de muestras, agroalimentarias, etc.). Pese a la existencia de establecimientos permanentes en los centros urbanos, en los que poder encontrar dichos artículos, los compradores acuden a ellas por la mayor variedad de productos y por la presencia de comerciantes de otros lugares; a estos, a su vez, les favorece la publicidad y la posibilidad de analizar la competencia que facilita la feria¹⁰⁵.

Respecto a la autoridad competente para permitir la celebración de ferias y mercados, hoy en día hay que tener en cuenta el artículo 38 CE, que establece el deber de los poderes públicos de garantizar el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad¹⁰⁶; el 82 Ccom, que dispone que la autoridad anunciará el sitio y la época en que habrán de celebrarse las ferias y sus condiciones de policía; el 25.2.g) LBRL, que establece la competencia del Municipio en materia de “abastos, mataderos, ferias y mercados”; el R.D. 2.621/1983, de 29 de septiembre, de Regulación de las Ferias Comerciales Internacionales y las leyes específicas de cada Comunidad Autónoma, al amparo de la competencia que les confiere el art. 148.1.12 en materia de ferias interiores¹⁰⁷.

La normativa privada sobre contratación en ferias o mercados se reduce a unas pocas normas del Código Civil y el de Comercio (además de las normas sobre venta ambulante de la

¹⁰³ Escriche (1874, p. 979). La L. de 25 de septiembre de 1863 limita esta libertad, al conceder a las Diputaciones la facultad de acordar el establecimiento de ferias y mercados con aprobación del gobernador. La Ley municipal de 21 de octubre de 1868 devolvería esta facultad a los Ayuntamientos, aunque sujeta a la aprobación de la Diputación y ésta a la del gobernador.

¹⁰⁴ También Garrigues (1947, p. 69), defendía su significación puramente histórica, afirmando que la feria y el mercado eran instituciones nacidas y desarrolladas “en la infancia del comercio”.

¹⁰⁵ Destacan Espejo y Paz (2003, p. 1) el papel de dirección del gusto público de las ferias. Sobre su revitalización en los últimos años, pese al desarrollo del transporte y los sistemas electrónicos de venta, *vid.* Díaz Ruiz (1999, p. 1.117).

¹⁰⁶ Nuestro TC ha destacado la relevancia que para el funcionamiento de la economía de mercado tiene la actividad de promoción, organización y celebración de las ferias comerciales (S.T.C. 84/1993 de 8 marzo, RTC 1993\84).

¹⁰⁷ En la STC. 84/1993 de 8 de marzo, decidía el TC sobre la constitucionalidad de la L. catalana 9/84, de 5 de marzo, de Regulación de Ferias Comerciales (derogada por L. 8/94 de Actividades Feriales de Cataluña). Se impugnaba, entre otros, el art. 5 que prohibía a los organizadores de ferias oficiales la obtención de lucro. Para el Tribunal no se vulnera la libertad de empresa al regir la prohibición sólo para ferias oficiales (que permiten a sus organizadores la obtención de subvenciones y otras ventajas). Destaca la argumentación del Tribunal en favor de la promoción del comercio: “el legislador catalán ha querido que la organización de las ferias comerciales que regula dicha Ley, por su indudable interés público, sea lo más abierta y lo menos gravosa posible. Y en correspondencia con estas finalidades, ha excluido el eventual beneficio de todos (instituciones feriales y «otras entidades organizadoras») cuantos quieran promover las ferias comerciales; pues no parece discutible que si se admite un margen de lucro empresarial por parte de las entidades organizadoras de los certámenes, ello puede condicionar no sólo el mismo proyecto de la organización ferial, sino también el acceso a las ferias por parte de los expositores y de los visitantes, al hacerlo más gravoso”. La prohibición de lucro para los organizadores, recuerda la del C. 4,60,1 para los concesionarios del *ius nundinarum* de realizar cualquier exacción sobre los mercaderes por razón del mercado o la colocación de sus puestos.

Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista). Este último Código tiene una rúbrica específica, “De los demás lugares públicos de contratación, de las ferias, mercados y tiendas” (lib. I, tit. 5, sec. 3ª)¹⁰⁸, ocupándose los artículos 82 a 84 de las compraventas en feria o mercado¹⁰⁹. No es pacífica la aplicación a estas adquisiciones del régimen de irreivindicabilidad de los artículos 85 y 86 Ccom, que supone una excepción respecto al principio del 464 CC¹¹⁰. Por su parte, el Código Civil se refiere a las ferias en el art. 1955 (precepto que, junto al 464 parr. 3º del mismo cuerpo legal, realiza una remisión a la normativa mercantil sobre reivindicabilidad de cosas adquiridas en feria o mercado) y en el 1493, que exceptúa de la obligación de saneamiento por vicios ocultos, las ventas de animales y ganados realizadas en feria.

CONCLUSIONES

En Roma coexistieron desde antiguo ferias y mercados, tanto en las ciudades como en propiedades particulares, presentando una tipología distinta en las diferentes regiones del Imperio. Está documentada la existencia de ferias propiamente dichas principalmente en la Península Itálica y en la parte oriental del Imperio, aunque no llegaron a representar para el conjunto del comercio un papel comparable al que desempeñarían posteriormente en la Edad Media.

El Derecho Romano tuvo en cuenta las ferias y los mercados, además de para asegurar la publicidad de determinadas cuestiones del proceso legislativo o electoral, para la percepción de impuestos por las actividades allí desarrolladas y para dejar su policía a magistrados específicos, los ediles curules. En el periodo postclásico el comercio queda constreñido al lugar del mercado, para facilitar la recaudación de impuestos. La celebración de este precisaba permiso de la autoridad competente, que debía ser el propio emperador cuando el solicitante era un particular o cuando se pidiese una exención de impuestos, cesando el privilegio por no uso durante diez años. Paralelamente se trató de facilitar el normal desenvolvimiento de ferias y mercados, con la prohibición de demandar a los que allí acudieran o de establecer exacciones privadas.

La recepción en España de este Derecho Romano del Mercado se realiza fundamentalmente a través de las Partidas, tomándose de este fundamentalmente el aspecto público (confiamiento del comercio a ferias y mercados; necesidad de autorización real -de modo paralelo al fortalecimiento del poder regio experimentado a partir del siglo XIII- para el establecimiento de ferias y mercados francos, salvo los ya existentes en virtud de costumbre inmemorial; prescripción decenal por no uso del *ius nundinarum* durante diez años) y algunas medidas para facilitar

¹⁰⁸ Según la Exposición de Motivos del Proyecto de 1882, las normas de contratación en ferias y mercados deben quedar dentro del C. Com. con preferencia al Derecho administrativo, pues “consideradas las ferias y mercados como reuniones públicas en donde los negociantes pueden dar fácil salida a sus mercancías y los consumidores hallar las que no les ofrece el comercio sedentario, es incuestionable que constituyen unos centros de contratación mercantil”.

¹⁰⁹ Pueden celebrarse al contado o a plazo; en el primer caso el contrato se cumplirá el mismo día de su celebración o en las 24 horas siguientes, de lo contrario se considerará nulo, y los gajes, señales o arras quedarán a favor del que los hubiere recibido (art. 83). El artículo 84 establece la competencia del Juez municipal del pueblo en el que se verifique la feria para conocer de los contratos celebrados en ellas, si su cuantía no supera las 1.500 ptas. La jurisprudencia ha entendido que la referencia del art. 82 al “sitio y época en que haya de celebrarse la feria” excluye la extensión de las normas excepcionales aplicables en las ferias a contratos celebrados fuera del recinto y tiempo de las mismas (VILA FLORENSA, 2002, p. 535).

¹¹⁰ La Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1882 justificaba esta disposición en la falta de consideración de las leyes de Partida hacia los intereses del comercio, que precisa que los compradores puedan adquirir las mercancías que el vendedor tiene en su poder, con la seguridad de disfrutarlas tranquilamente, sin temor reclamaciones de un tercero. En efecto, la legislación histórica mantenía la inseguridad de todo comprador, si es de buena fe y con justo título, durante tres años de legítima y pacífica posesión, y si carecía de tales requisitos o la cosa fuere hurtada o robada, durante treinta años. Sobre esta cuestión, cfr. Díaz Ruiz (1999, pp. 1.117-1.138), quien, en general, se inclina por otorgar a las ventas realizadas en ferias y mercados no ocasionales y desde luego en los permanentes el referido privilegio, siempre que el vendedor se dedique habitual y profesionalmente a este comercio.

su desarrollo, como la prohibición de demandar a mercaderes por el tiempo que dure la feria o mercado. Tales prescripciones son recogidas por cuerpos legales posteriores, como la Nueva y la Novísima Recopilación.

Aunque las codificaciones del siglo XIX reflejan la pérdida de importancia de las ferias en el conjunto del comercio con una escasa normativa aplicable a las mismas, puede constatarse como aún a día de hoy aún subsisten, junto a los mercados, siendo precisamente el mecanismo de la especialización el medio a través del cual la feria mantiene su presencia, habiendo registrado un incremento de su importancia en los últimos años.

REFERENCIAS

ABBOT, F.F.; JOHNSON, A.C. **Municipal Administration in the Roman Empire**, Princeton, 1926.

ACCURSIO, F. *Glossa in Digestum Novum*, **Corpus Glossatorum Juris Civilis**, IX, Iuris Italici Historiae Instituta Taurinensis Universitatis, 1968.

ALCIATO, A. **Responsa**, Vico, Frankfurt am Main, 2005

APARICIO PÉREZ, A. **Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (Reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)**, Universidad de Oviedo, 2006.

ALVAREZ DEL MANZANO, **Códigos de Comercio españoles y extranjeros comentados, concordados y anotados**, VI, Madrid, 1914.

BESNIER, M., voz *Nundinae*, **Dictionnaire de antiquités grecques et romaines**, IV.1, DAREMBERG-SAGLIO (Coord.), Akademische Druck-Verlaganstalt, Graz, 1969.

BLÁZQUEZ, J.M. **Historia económica de la Hispania Romana**, Cristiandad, Madrid, 1978.

BODIN, J., **Los seis libros de la República**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

BORRELL, C. **De regis catholici praestantia**, Hieronymum Bordonum, Mediolani, 1611.

BOWMAN, A.K., CHAMPLIN, E. y LINTOTT, A. **The Cambridge Ancient History**, X, 2. ed., Cambridge, 1996.

BRÜGGEMANN, T., *Nundinae als Bindeglied zwischen römischer Administration und indigenen Gesellschaften im antiken Nordafrika*, **Differenz und Integration**, VI-4, No 1, 2004.

CABILLO, C. Los fora de la época imperial: los ejemplos alpinos y sardos, **VELEIA**, 26, 2009

CAGNAT, R. **Studio storico sulle imposte indirette presso i romani, sino alle invasioni dei barbari, secondo i documenti letterari ed epigrafici**, trad. D'Errico, Arnaldo Forni, Bologna, 1977.

CAGNAT; BESNIER. voz *mercatura*. **Dictionnaires de antiquités grecques et romaines**, t. III-2. DAREMBERG-SAGLIO (Coord.), Akademische Druck-Verlaganstalt, Graz, 1969.

CAPONI, I., **Discreptionum forensium**, II, Lugduni, 1677.

CHAQUALI, M. Les nundinae dans les grands domaines en Afrique du Nord à l'époque romaine, **Antiquités africaines**, 38-39, 2002.

CERAMI, P; PETRUCCI, A. **Diritto Commerciale Romano. Profilo Storico**. 3. ed., Giappichelli ed., Torino, 2010.

- COLMEIRO, **Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla**, II, Madrid, 1884.
- CUIACIO, J., **Opera omnia, in decem tomos distributa**, I, Vincentium Pauia, Neapoli, 1758.
- DE NEEVE, Ancient periodic markets: festivals and fairs, **Athenaeum**, 66, 1988.
- DE LIGT, L. **Fairs and Markets in the Roman Empire**, Gieben, Amsterdam, 1993
- DÍAZ RUIZ, E. Irrevindicabilidad de los bienes adquiridos en ferias y mercados, **RDM**, 233, 1999
- DONATO. **Scholia sive dilucidationes eruditissimae in latinis plerosque Historiae Romanae Scriptores**, Venetia, 1640.
- ESCRICHE. **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**, IV. Madrid, 1874.
- ESPEJO, C.; PAZ, J. **Las antiguas ferias de Medina del Campo**, Valladolid, 2003
- GABBA, E. Mercati e fiere nell'Italia romana, **Studi Classici e Orientale**, vol. 24, 1975
- GARCÍA MORCILLO, M. El Macellum Magnum y la Roma de Nerón, **IBERIA**, 3, 2000.
- _____. **Las ventas por subasta en el mundo romano: la esfera privada**, Universidad de Barcelona, 2005
- GARCÍA SÁNCHEZ, J., Juan de Hevia Bolaño: asturiano, autor de la Curia Filípica y del Laberinto de Mercaderes, **Boletín del RIDEA**, 49, nº 146, 1995.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L. G. **Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media**, Revista de Occidente, Madrid, 1975
- _____. **El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media**, 2. ed., Universidad de Sevilla, 1975.
- GARRIGUES, J., **Tratado de Derecho Mercantil**, II, 1947.
- GAUDEMET, J. L'Empire Romain a-t-il connu les foires?, **La Foire**, Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1953.
- GILISEN, J. La notion de la foire à la lumière de la methode comparative, **La Foire**, Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1953.
- GIRARD-SENN, **Les lois des Romains**, 7. ed., Jovene ed., Camerino, 1977.
- GLÜCK, **Commentario alle Pandette**, I, trad. Ferrini, Leonardo Vallardi, Milano, 1888.
- GOLDSCHMIDT, L. **Storia Universale del Diritto Commerciale**, trad. Pouchain-Scialoja, Unión Tipografico-Editrice Torinese, Milano-Napoli-Palermo-Roma, 1913.
- GROCIO, H. **Del Derecho de la guerra y de la Paz**, II, trad. Torrubiano Ripoll, Reus, Madrid, 1925.
- GUILLÉN, J. **Urbs Romana: vida y costumbres de los romanos**, I, Salamanca, 1977.
- HEVIA BOLAÑOS, J. **Laberinto del comercio terrestre y naval**, Imprenta Ulloa, Madrid, 1797.
- HUMBERT, voz «*ansarium*». **Dictionnaires de antiquités grecques et romaines**, t. 1. DAREMBERG-SAGLIO (Coord.), Akademische Druck-Verlaganstalt, Graz, 1969.
- HUVELIN, P. **Essai historique sur le Droit des marches & des foires**. Arthur Rousseau, Paris, 1897.

IMPALLOMENTI, G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, Cedam, 1955.

LAET, S. J., *Portorium. Étude sur l'organisation douanière chez les romains, surtout a l'époque du haut-Empire*, De Tempel, Brugge, 1949.

LAYA, A., *Lois romaines sous la République*, C.H. Gruaz, Genève, 1854.

LISÓN TOLOSANA, C. *Antropología cultural de Galicia*, 4ª ed, Akal, Madrid, 2004

MACMULLEN, R. Rural romanization, *Phoenix*, 22, nº 4, 1968.

MANRIQUE DE LARA. *Constituciones Sinodales del Obispado de Orense*, Consello de Cultura Gallega, Lugo, 1994.

MARCO SIMÓN, F., Ante dies novem: sobre un cómputo temporal mencionado en algunos textos mágico-religiosos, *Pal. Hisp.*, 10, 2010

MOMMSEN, T. *Droit Public Romain*, IV y VI-1, trad. Girard, E. Thorin, Paris, 1894 y 1889.

MUÑIZ COELLO, J. *El sistema fiscal en la España Romana, República y Alto Imperio*, Huelva, 1980.

MUÑOZ ROMERO, T. *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid, 1970.

NOLLÉ, J. *Nundinas instituere et habere*. Epigraphische Zeugnisse zur Einrichtung und Gestaltung von ländlichen Märkten in Afrika und der Provinz Asia. Hildesheim 1982.

ORTALLI, J. *I Campi Macri. Un mercato panitalico sulla via della lana*, "La lana nella Cisalpina Roma. Economia e Società. Studi in onore di Stefania Pesavento Mattiali (Atti del Convegno Padova-Verona, 18-20 Mayo 2011), Padova, 2012

PUGLIESE, G. *Il proceso civile romano. II- Il proceso formulare*, I, Giuffré, Milano, 1963

REA, J.R., P. Lond. Inv. 1562 verso. Market taxes in Oxyrrhyncus, *ZPE*, 46, 1982

REHME, P., *Historia del Derecho Mercantil*, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1941.

RIPERT, G.; ROBLLOT, R., *Traité de Droit Commercial*, II, 15^e ed., L.G.D.J., Paris, 1994.

ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1960.

SÁNCHEZ-APELLANIZ, M., Sobre las ferias y en especial las de muestras, *RDM*, 76, 1960.

SANCHO DE SOPRANIS, H., *Historia social de Jerez de la Frontera al fin de la Edad Media*, I, La vida material, Centro de Estudios Jerezanos, Jerez de la Frontera, 1959.

SHAW, B. E. Rural markets in North Africa and the political economy of the Roman Empire, *Antiquités africaines*, 17, 1981.

STRABON, *Géographie*, I. III-IV, trad. Laserre, ed. Les Belles Letres, Paris, 1966.

SUGLIANI, A. Komai e katoikiai in Asia Minore fra Republica e Imperio, *Provinciae Imperii Romani Inscriptionibus descriptae*, Barcelona, 2007.

VICENTE Y GELLA, A., *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 4. ed., La Académica, Zaragoza, 1960.

VILA FLORENSA, *Comentarios al Código de Comercio*, I, coor. Baldo del Castaño-Rueda Martínez, Atelier, Barcelona, 2002.

WINDSCHEID, B. *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda-Bensa, UTE, Torino, 1930.

ZAMORA MANZANO, J. L. **Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el Derecho Romano**, Dykinson, Madrid, 2009.

IL DANNO DA “PRODOTTO CONFORME”: LE SOLUZIONI EUROPEE E STATUNITENSI NELLA PROSPETTIVA DEL *TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP* (T.T.I.P.)

Enrico Al Mureden

Professore Assistente dell'Università di Bologna.
enrico.almureden@unibo.it

RIASSUNTO: Nel contesto della responsabilità civile degli rapporti di consumo, è analizzata l'armonizzazione di parametri giuridici di responsabilità per “prodotto conforme” ma dannoso tra i sistemi europei e americani e, in vista del *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, si propone un'interpretazione unitaria delle norme applicabili. Pertanto, gli standard legali in materia di sicurezza dei prodotti e responsabilità del fabbricante nell'Unione europea e gli Stati Uniti, la distinzione tra prodotto difettoso e il “prodotto conforme” ma dannoso sono esaminati. I risultati hanno confermato la necessità di uniformizzazione delle regole nell'Unione europea a definire un prodotto “ragionevolmente sicuro”, così come la responsabilità del produttore secondo la decisione del legislatore sul livello minimo di stabilimento di sicurezza o sui limiti massimi, nel qual caso non c'è responsabilità.

PAROLE CHIAVE: Diritti dei consumatori; Responsabilità del produttore; Prodotto conforme; *Transatlantic Trade and Investment Partnership*.

O dano do “produto conforme”: as soluções europeias e estadunidenses na perspectiva do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (ATP)

RESUMO: No contexto da responsabilidade civil das relações de consumo, analisa-se a harmonização dos parâmetros de responsabilidade por produto conforme, mas danoso, entre os sistemas europeu e americano e, na perspectiva do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (ATP), propõe-se uma interpretação unificada das regras aplicáveis. Para tanto, são examinados os padrões jurídicos relativos à segurança do produto e à responsabilidade do fabricante na União Europeia e nos Estados Unidos, a distinção entre produto defeituoso e o produto conforme, porém danoso. Conclui-se pela necessidade de uniformização de regras nos países da União Europeia para definição de um produto “razoavelmente seguro”, assim como para a responsabilidade do fabricante segundo a opção do legislador pelo estabelecimento de nível mínimo de segurança, ou de um limite máximo, caso em que não haverá responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor; Responsabilidade do fabricante; Produto conforme; Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento.

The damage from “compliant product”: European and US solutions from the perspective of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

ABSTRACT: In the context of the liability of consumer relations, it analyzes the harmonization of legal parameters of liability for harmful, “compliant product” among the European and

Recebido em: 1 set. 2016. Avaliado em: 22 nov. 2016.

Il danno da “prodotto conforme”: le soluzioni europee e statunitensi nella prospettiva del Transatlantic Trade and Investment Partnership (T.T.I.P.)

American systems, and, in view of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), proposes a unified interpretation of the applicable rules. To this end, the legal standards regarding product safety and manufacturer liability in the European Union and the United States, and the distinction between the defective product and the harmful, “compliant product” are examined. The results confirm the necessity of standardization of rules in the European Union to define a product “reasonably safe”, as well as the responsibility of the manufacturer according to the decision of the legislature on the minimum level of security establishment or the maximum limits, in which case there will be no liability.

KEYWORDS: *Consumer Law; Manufacturer liability; Compliant product; Transatlantic Trade and Investment Partnership.*

1 LA SICUREZZA DEI PRODOTTI E LA RESPONSABILITÀ DEL FABBRICANTE NELLA PROSPETTIVA DEL TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP (T.T.I.P.)

A trent'anni dall'adozione della dir. 85/374/CEE, che ha introdotto nei Paesi dell'Unione Europea una disciplina armonizzata della responsabilità del produttore, e a trentadue dall'avvio del c.d. “nuovo approccio”¹ (dir. 83/189/CEE), mediante il quale è stato avviato quel processo di armonizzazione degli *standards* di sicurezza attualmente oggetto di un processo di un'ulteriore implementazione e razionalizzazione (*New Legislative Framework*) di cui dà ampio conto *The Blu Guide on the Implementation of EU Product Rules*, pubblicata dalla Commissione Europea nel 2014, il tema della sicurezza dei prodotti e della responsabilità del fabbricante non sembrano aver conosciuto negli ordinamenti europei e, in particolare in quello italiano, quella rilevanza che, da ormai cinque decenni caratterizza l'esperienza giuridica nordamericana². Cionondimeno, l'imminente conclusione del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T.T.I.P.) o *Partenariato Transatlantico per il commercio e gli investimenti*³, mediante il quale Unione Europea e Stati Uniti mirano ad armonizzare i reciproci *standards* di sicurezza dei prodotti e a creare uno spazio economico comune, impone all'interprete l'esigenza di una rinnovata attenzione nei riguardi di articolati sistemi di norme (quello sulla responsabilità del fabbricante e quello che può sinteticamente indicarsi con il termine di legislazione sulla sicurezza dei prodotti) tra loro profondamente interconnessi⁴ e destinati ad essere interessati da modificazioni riconducibili in via diretta o indiretta proprio dalla annunciata soppressione delle cosiddette barriere non tariffarie, ossia di quelle disomogeneità ed incongruenze che tuttora caratterizzano i diversi *standards* di sicurezza dei prodotti negli ordinamenti.

¹ La Commissione nella sua comunicazione «Armonizzazione tecnica e normalizzazione: un nuovo approccio» ha proposto una revisione dei metodi e delle procedure secondo un nuovo approccio in materia di armonizzazione tecnica e di utilizzazione della normalizzazione. In definitiva l'attuazione dell'armonizzazione tecnica – perseguita in un primo momento mediante direttive specifiche molto tecniche e dettagliate, prodotto per prodotto – avrebbe dovuto essere realizzata attraverso disposizioni regolamentari generali applicabili a settori o famiglie di prodotti nonché a tipi di rischio. Sulla base di questa proposta della Commissione e delle sue conclusioni in materia di normalizzazione del 16 luglio 1984 il Consiglio adottò la Risoluzione 7 maggio 1985, relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione (Risoluzione del Consiglio 85/C 136/01, G.U. C.e., C 136, 4 giugno 1985) con la quale ha preso avvio il c.d. nuovo approccio. Sul punto si veda Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 5.

² Ponzanelli, *Introduzione*, R. Pardolesi e Ponzanelli (a cura di), “*I 25 anni di products liability*”, in *Danno e resp.*, 2012, p. 5.

³ Per una diffusa illustrazione si rinvia al sito ufficiale della Comm. <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>.

⁴ V. *The Blu Guide on the Implementation of EU Product Rules*, pubblicata dalla Comm. nel 2014, p. 12.

In quest'ottica l'analisi comparatistica del sistema della sicurezza dei prodotti e della responsabilità del fabbricante nell'Unione Europea e negli Stati Uniti assume una valenza che va ben oltre la finalità di individuare elementi di differenziazione e punti di contatto; essa, nella prospettiva di una uniformazione degli *standards* di sicurezza richiesti ai fini dell'immissione in commercio dei prodotti in uno spazio economico comune, appare un imprescindibile presupposto per l'individuazione di questioni già da tempo emerse nell'ordinamento statunitense e non ancora compiutamente delineate nel nostro sistema legislativo e giurisprudenziale. Tra queste, merita sicuramente particolare attenzione quella della responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da un prodotto conforme a *standards* di sicurezza legislativi. La sua soluzione, infatti, impone all'interprete una lettura sistematica e coordinata delle regole che governano la responsabilità civile del fabbricante e di quelle che definiscono i requisiti di sicurezza dei prodotti, adottando un approccio consolidato nell'esperienza giuridica statunitense e reclamato con crescente intensità dal legislatore dell'Unione Europea. L'imminente conclusione del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T.T.I.P.) suggerisce, inoltre, di allargare l'ambito di osservazione ad una prospettiva ancor più ampia e complessa di quella che abbracciava il solo sistema giuridico dell'Unione Europea; una prospettiva nella quale diviene imprescindibile l'esigenza di dare vita ad un sistema di regole uniformi che consenta di superare la frammentazione statale delle discipline e fornire agli operatori economici un quadro normativo di riferimento unitario.

2 ORIGINI, MOTIVI E CARATTERI DEL “SISTEMA” DELLA SICUREZZA DEI PRODOTTI E DELLA RESPONSABILITÀ DEL FABBRICANTE

Il termine responsabilità del produttore evoca l'idea di un obbligo risarcitorio che scaturisce da un danno provocato a causa dell'utilizzo di un prodotto che presenti anomalie rispetto ad un ideale modello conforme alla regola dell'arte. Per lungo tempo questo genere di situazioni venivano ricondotte all'applicazione delle norme generali in materia di responsabilità civile⁵; la

⁵ Come noto, il problema della responsabilità del produttore nel nostro ordinamento è stato profondamente indagato già a partire dagli anni Settanta. Con riferimento al periodo precedente l'entra in vigore del d.p.r. 224/1988 si segnalano i contributi di Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1961; Ghidini, *La responsabilità del produttore di beni di consumo*, Milano, 1970, p. 82; Carnevali, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974; Alpa, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975; Id., *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979. Tra i numerosi contributi successivi all'entrata in vigore del d.p.r. 224/1988 si vedano Salvi, *Responsabilità extracontrattuale*, XXIX, Milano, 1988, p. 1229; Aa.Vv., *Il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica Federale di Germania, Svizzera* a cura di Patti, Padova, 1990; Gorassini, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990; Alpa, Carnevali, Di Giovanni, Ghidini, Ruffolo, Verardi, *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Milano, 1990; Ponzanelli, *Comm. alla responsabilità da prodotti difettosi* a cura di R. Pardolesi e Ponzanelli, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 1989, 3, p. 509; Id., *Responsabilità del produttore*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, p. 215 ss.; Id., *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 112; Alpa, Bin, Cendon, *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, XIII, Padova, 1989; Castronovo, voce *Danno da prodotti (dir. it. e straniero)*, in *Enc. giur.*, X, 1995, 11; Id., voce *Responsabilità oggettiva (dir. it. e straniero)* in *Enc. giur.*, XXVII, 1991, 11; Franzoni, *Dieci anni di responsabilità del produttore*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 823; Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, Torino, 2002, X, 2, p. 257; Cabella Pisu, *Cittadini e consumatori nel diritto dell'Unione Europea*, in *Contratto e impr. Europa*, 2007, II, p. 680; Ead., *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contratto e impr. Europa*, 2008, p. 617 ss; Carnevali, *“Produttore” e responsabilità per danno da prodotto difettoso nel codice del consumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, pp. 1938-1945; Cordiano, *sub art. 114*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di Capobianco, Perlingieri, Napoli, 2009, p. 645; Cafri, *sub art. 114*, in *Codice del consumo e norme collegate* a cura di Cuffaro, III ed., Milano, 2012, p. 603 ss; Franzoni, *L'illecito*, in *Tratt. responsabilità civ.*, Milano, 2010, II ed., I, p. 661 ss.; Thiene, *sub art. 114 c.cons.*, in

necessità di concepire un sistema di regole specificamente conformate in funzione delle peculiarità che caratterizzano il rapporto tra coloro che sono danneggiati da un prodotto ed il suo fabbricante costituisce il riflesso delle profonde trasformazioni che hanno interessato la progettazione, la fabbricazione e persino la commercializzazione dei prodotti a partire dall’inizio degli anni Sessanta, determinando in quasi tutti i settori merceologici un passaggio dalla dimensione individuale ed artigianale della produzione a quello della fabbricazione su larga scala, in serie e secondo procedimenti standardizzati⁶. Nel panorama attuale, infatti, è possibile individuare categorie di prodotti che scaturiscono necessariamente da un processo di progettazione, fabbricazione e commercializzazione su larga scala organizzato secondo modalità standardizzate, come, ad esempio, le automobili, i farmaci, i componenti elettronici ed i telefoni cellulari. Per altre tipologie di prodotti, invece, continuano a coesistere processi di fabbricazione artigianali accanto a quelli di fabbricazione su larga scala e standardizzati, che, in ogni caso, assumono una rilevanza preminente. È il caso, ad esempio, degli alimenti, degli indumenti, dei complementi di arredamento o di alcune tipologie di giocattoli, che, sebbene fabbricati in prevalenza mediante modalità industriali e standardizzate, continuano in parte a scaturire da attività individuali ed artigianali.

In prima approssimazione sembra possibile affermare che l’idea di concepire regole particolari che governano il risarcimento dei danni provocati dall’utilizzo di un prodotto costituiscono espressione di un’esigenza che matura necessariamente in un contesto nel quale progettazione, fabbricazione e commercializzazione di massa hanno trasformato profondamente il rapporto che l’utilizzatore instaura con il prodotto e con il suo fabbricante o con colui che lo immette sul mercato. Progettazione, fabbricazione e distribuzione in serie di un prodotto fanno sì che anche la presenza di un’anomalia assuma a sua volta carattere seriale e di larga scala conseguendo una diffusione proporzionale a quella del prodotto stesso. In altri termini, quel difetto di progettazione, fabbricazione ed informazione che in un sistema di produzione artigianale ed individuale era destinato a rimanere circoscritto alla dimensione limitata dei rapporti che il singolo fabbricante avesse instaurato con gli utilizzatori, appare oggi enormemente amplificato laddove la produzione di massa determina l’immissione in commercio di ingenti quantità di prodotti tutti dotati di analoghe caratteristiche e destinati ad una platea di utilizzatori assai vasta.

Proprio questo mutato contesto di fatto è alla base di quella istanza di modificazione del sistema giuridico che ha imposto di sottrarre il rapporto tra produttore e utilizzatore (o danneggiato) alle regole comuni che governano la responsabilità civile per disciplinarlo secondo regole speciali che tengano conto delle peculiarità che caratterizzano questo rapporto. Così, sia nell’Unione Europea, sia negli Stati Uniti, la responsabilità del produttore è stata regolata secondo modalità che hanno condotto all’abbandono della responsabilità per colpa in favore di sistemi di responsabilità oggettiva: la dir. 85/374/CEE sancisce la regola secondo cui la responsabilità del produttore si fonda sulla dimostrazione dell’esistenza di un nesso causale tra il danno subito e l’utilizzo del prodotto (artt.1e 4)⁷; in termini analoghi si esprimono sia la section 402 A

Comm. breve al Diritto dei consumatori diretto da De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, p. 732; Albanese, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, pp. 977-1012; R. Pardolesi e Ponzanelli (a cura di), “*I 25 anni di products liability*”, in *Danno e resp.*, 2012.

⁶ Sul punto v. R. Pardolesi e Caruso, *Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE*, in *Danno e resp.*, 2012; si veda anche *The Blu Guide on the Implementation of EU Product Rules*, pubblicata dalla Comm. nel 2014, p. 6. Per una esaustiva illustrazione riferita al contesto statunitense v. Owen, Montgomery and Davis, *Product Liability and Safety*, IV ed., New York, 2010, p. 2.

⁷ Con particolare riferimento alla responsabilità del produttore Tassone, *Responsabilità da prodotto e nesso di causa*, “*I 25 anni di products liability*”, in *Danno e resp.*, 2012, p. 21. Più in generale, sul problema della causalità, Franzoni, *L’illecito*, I, II ed., Milano, 2010, p. 61; Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; Nocco, *Il “sincretismo causale” e la politica del diritto: spunti dalla responsabilità sanitaria*, Torino, 2010; Capecchi, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012.

del Restatement Second del 1965 il Chapter I del Restatement (Third) of Torts del 1998, nei quali sono individuate le linee guida ed i principi generali che emergono del diritto statunitense.

Nei sistemi di norme concepiti al fine di regolare il problema dell'allocazione dei costi derivanti dai danni provocati da prodotti di larga diffusione si compendiano due esigenze distinte, ma strettamente correlate: quella di offrire una adeguata tutela agli utilizzatori e quella di promuovere un'efficiente funzionamento del mercato ed una equilibrata competizione tra gli imprenditori che operano in uno spazio economico comune⁸. Sotto il primo profilo la maggiore rispondenza della disciplina alle esigenze di tutela del danneggiato emerge laddove ad esso non è richiesto di provare una colpa in capo al danneggiante, ma solamente il carattere difettoso del prodotto, ossia la circostanza che questo non possieda la "sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze" (art. 6, dir. 85/374/CEE) o, secondo una formula propria del diritto statunitense, che il prodotto risulti unreasonably dangerous (section 402 A, 1 del Restatement Second). In una simile prospettiva al danneggiato è sufficiente provare il difetto, il danno e l'esistenza di un rapporto causale tra di essi, mentre grava sul produttore l'onere di provare i fatti che possono escludere la sua responsabilità per i danni causalmente riconducibili all'utilizzo del prodotto. Il fabbricante, quindi, è chiamato a dimostrare la non difettosità del prodotto, fornendo una prova che nel sistema statunitense si risolve nella dimostrazione della conformità del prodotto stesso alle regole comunemente riconosciute ed adottate dai fabbricanti (state of the art defense)⁹ e, in quello ideato dalla dir. 85/374/CEE impone di provare la sussistenza di quelle cause di esclusione della responsabilità tassativamente indicate dall'art. 6, dir. 85/374/CEE.

È evidente che in un sistema nel quale la responsabilità del fabbricante presuppone l'accertamento della difettosità del prodotto e quindi della sua non rispondenza ai requisiti di sicurezza che dovrebbero essere presenti in un modello ideale di prodotto ragionevolmente sicuro si impone l'esigenza di individuare criteri oggettivi e condivisi che consentano di circostanziare nella misura più stringente possibile il generico riferimento alla "sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze" a cui si riferisce il legislatore dell'Unione Europea o alla irragionevole pericolosità (*unreasonably dangerous*) che costituisce il parametro di riferimento assunto dal "diritto vivente" nordamericano. In altri termini, quelle esigenze di armonizzazione giuridica che costituiscono il presupposto indispensabile per un efficiente funzionamento del mercato e un equilibrato svolgimento della competizione tra gli operatori economici postulano la creazione e la diffusione di "regole tecniche" nelle quali il legislatore trasfonda il concetto di stato dell'arte delineando con dettaglio e precisione quel modello ideale di prodotto che costituisce il parametro per valutare in concreto la difettosità dei singoli prodotti dal cui utilizzo derivi un danno. Ciò dovrebbe comportare una correlativa riduzione del potere discrezionale del giudice, il quale, in linea di principio, dovrebbe essere chiamato ad allinearsi alle valutazioni espresse dal legislatore e compiutamente definite negli standards tecnici.

⁸ Nel primo Considerando della dir. 85/374/CEE si osserva che "il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei prodotti è necessario perché le disparità esistenti fra tali legislazioni possono falsare il gioco della concorrenza e pregiudicare la libera circolazione delle merci all'interno del Mercato comune determinando disparità nel grado di protezione del consumatore contro i danni causati alla salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso". Sul punto v. Alpa, *L'attuazione della direttiva nei paesi della CEE*, in *La responsabilità del produttore* a cura di Alpa, Bin, Cendon, XIII, in *Tratt. dir. comm. edir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, cit., p. 17 ss.

⁹ Nella *Illustration 2* del *Restatement Third, Torts: Products Liability section 2*, p. 20, si mette in luce che le molteplici definizioni del c.d. stato dell'arte (la tecnologia più avanzata, il livello più evoluto di conoscenze scientifiche, lo *standard* di qualità media adottato dalla produzione industriale) portano a concludere che si tratti di un concetto vago, che si presta ad interpretazioni discrezionali e caratterizzate da un elevato grado di approssimazione.

Nel contesto normativo attuale, in effetti, risulta sempre più diffusa una “normazione tecnica” che definisce compiutamente le caratteristiche strutturali e gli standards di sicurezza dei prodotti e rappresenta un punto di riferimento imprescindibile al fine di valutarne la sicurezza. Proprio le regole che governano la sicurezza dei prodotti, pertanto, risultano determinanti al fine di promuovere quegli obiettivi di efficiente funzionamento del mercato ed equilibrata competizione tra gli imprenditori che operano in uno spazio economico comune; obiettivi che, tanto il legislatore europeo quanto quello statunitense, dichiarano esplicitamente di perseguire¹⁰.

3 GLI STANDARDS ARMONIZZATI DI SICUREZZA DEI PRODOTTI NELL’UNIONE EUROPEA E NEGLI STATI UNITI

Sia nella legislazione dell’Unione Europea, sia in quella statunitense, occorre operare una netta distinzione tra prodotti che sono stati interessati dal fenomeno della normazione tecnica e quelli che, invece, ne sono rimasti estranei. In quest’ultima categoria ricadono, ad esempio, i vestiti¹¹, le scarpe¹², larga parte dei complementi d’arredamento¹³, alcuni oggetti di cancelleria. Per questi prodotti il legislatore non detta norme che impongano l’adozione di particolari caratteristiche tecniche e costruttive; il fatto che il prodotto offra un livello di sicurezza ragionevole, quindi, può essere ricavato facendo riferimento alle ragionevoli aspettative del consumatore ed alle regole dell’arte.

Per altre categorie di beni, invece, la regola generale secondo cui deve considerarsi difettoso il prodotto che non garantisca la sicurezza che il consumatore può “legittimamente attendere” è stata rigorosamente circostanziata: infatti nell’Unione Europea e, ancor prima, negli Stati Uniti, il legislatore ha predisposto complessi sistemi di regole che definiscono dettagliatamente le caratteristiche che determinati prodotti debbono possedere per poter essere considerati sicuri. A questo proposito gli interpreti statunitensi hanno utilizzato l’espressione particolarmente incisiva di “intrusione” di regole tecniche nelle norme giuridiche proprio per evidenziare come, con riferimento a determinate categorie di prodotti, le regole dell’arte siano state trasfuse direttamente in norme di legge che contengono dati tecnici o che rinviano a *standards* predisposti da enti di normalizzazione accreditati. Queste previsioni costituiscono un fondamentale elemento unificante che consente di realizzare l’armonizzazione della responsabilità del produttore in un sistema giuridico unitario composto da differenti ordinamenti statali; esse, infatti contengono “pre-valutazioni” tecniche che incidono profondamente sull’applicazione delle norme in tema di responsabilità civile¹⁴

¹⁰ Nel primo considerando della direttiva si osserva che “il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di responsabilità del produttore per i danni causati dal carattere difettoso dei prodotti è necessario perché le disparità esistenti fra tali legislazioni possono falsare il gioco della concorrenza e pregiudicare la libera circolazione delle merci all’interno del Mercato comune determinando disparità nel grado di protezione del consumatore contro i danni causati alla salute e ai suoi beni da un prodotto difettoso”. Sul punto v. Alpa, *L’attuazione della direttiva nei paesi della CEE*, cit., p. 17 ss.

¹¹ Trib. Roma 12 maggio 2004, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 217, con nota di Della Bella, *La responsabilità del produttore di tute sportive*.

¹² Tra le decisioni che hanno sancito la responsabilità del produttore di indumenti e, opportunamente, non hanno fatto riferimento a particolari discipline tecniche in materia di sicurezza si vedano Trib. Roma 12 maggio 2004, cit., relativa ai danni provocati da una tuta realizzata con materiali infiammabili; Trib. La Spezia 27 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 3500; in *Corr. merito*, 2006, 2, p. 177, con nota di Cabella Pisu, *Il costo di una caduta ... dagli stivali*, in materia di danni provocati da una calzatura che presentava un difetto di fabbricazione tale da cagionare la caduta della persona che la indossava.

¹³ Sul punto v. Trib. Milano 13 aprile 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 381, con nota di Ponzanelli, *Crollo di un letto a castello: responsabilità del produttore-progettista e del montatore*.

¹⁴ Come si osserverà diffusamente, le caratteristiche dei prodotti e le modalità di svolgimento delle attività sono sempre più di frequente regolate da disposizioni che incorporano valutazioni tecniche assai complesse, oppure

in quanto forniscono uno *standard* unico sulla base del quale valutare la difettosità del prodotto delle diverse giurisdizioni statali.

Nell'Unione Europea l'obbligo di immettere sul mercato prodotti sicuri viene sancito in termini generali, per tutte le tipologie di prodotto, dalla dir. 2001/95/CE (artt. 1, 2 e 3) (c.d. legislazione orizzontale) ed è costantemente ribadito nella c.d. legislazione verticale¹⁵, ossia nelle singole direttive specificamente riferite a determinate categorie di beni, come, ad esempio, i farmaci (dir. 2001/83/CE)¹⁶, i presidi medico-chirurgici (dir. 2007/47/CE)¹⁷, i cosmetici (dir. 76/768/CEE)¹⁸, il materiale elettrico (dir. 2006/95/CE)¹⁹, le bombole a gas, gli autoveicoli (dir. 2007/46/CE), i motoveicoli a due e tre ruote (dir. 2002/24/CE), gli pneumatici (dir. 1992/ 23/CE; dir. 2001/43/CE; 2005/11/CE) ed i giocattoli (dir. 2009/48/CE)²⁰. L'obbligo di sicurezza enunciato in termini generali dalla legislazione "verticale" e dalla legislazione "orizzontale" (dir. 2001/95/CE) è assai di frequente circostanziato da "norme tecniche armonizzate". Proprio mediante questo strumento si realizza la c.d. armonizzazione giuridica che il legislatore dell'Unione Europea ha inaugurato a partire dalla c.d. "direttiva bassa tensione" (dir. 73/ 23/CEE del 19 febbraio 1973)²¹ e ulteriormente sviluppato con il

rinvio a vere e proprie "regole tecniche" predisposte da enti accreditati e costantemente aggiornate in armonia con il progresso scientifico e tecnologico. Solo per fare alcuni esempi, basti pensare all'elenco delle "sostanze ammesse" per la produzione dei cosmetici, ai requisiti di omologazione richiesti per la immissione in commercio degli autoveicoli, alle regole che fissano soglie di esposizione alle onde elettromagnetiche emesse dai telefoni cellulari, alle norme tecniche imposte per la sicurezza di prodotti come le biciclette, le scale, gli accendini, le bombole a gas (Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, cit., p. 11). Anche le norme pubblicistiche sulla produzione e la manipolazione degli alimenti risultano talvolta estremamente dettagliate e indicano con precisione a quali *standards* qualitativi sia necessario adeguarsi. Solo per fare alcuni esempi, per quanto concerne gli integratori alimentari il principio della "lista positiva" impone l'obbligo di utilizzare per la fabbricazione di integratori alimentari solo vitamine e minerali elencati negli allegati al d. lgs. n. 169/2004; con riferimento al latte il d.p.r. 54/1997 enuncia dettagliati requisiti che disciplinano le procedure di pastorizzazione e fissano le qualità organolettiche del prodotto (sul punto cfr. Al Mureden, *I danni dal consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione responsabilità civile, in questa rivista*, 2011, p. 1495 ss.). A queste regole occorre aggiungere, da ultimo, quelle relative all'etichettatura dei prodotti alimentari contenute nel reg. Reg. (UE) 1169/2011, applicabile a decorrere dal 13 dicembre 2014.

¹⁵ Le regole sulla sicurezza generale dei prodotti costituiscono una normativa "orizzontale" che si affianca a quelle più specifiche (c.d. norme verticali). I rapporti tra legislazione orizzontale e legislazione verticale sono regolati dai criteri della sussidiarietà e complementarietà. Pertanto la disciplina generale sulla sicurezza dei prodotti non si applica ove sia presente una disciplina specifica (sul punto v. Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, cit., p. 11; Cavallo, *sub art. 102*, in *Codice del consumo e norme collegate a cura di Cuffaro*, III ed., Milano, 2012, p. 575; Cordiano, *Sicurezza dei prodotti e tutela preventiva dei consumatori*, Padova, 2005, p. 43 ss.).

¹⁶ La Direttiva è stata attuata in Italia dal d. lgs. n. 219/2006.

¹⁷ Per un'analitica illustrazione delle discipline di settore previste in tema di presidi medico chirurgici (come ad esempio le protesi mammarie, le lenti a contatto, ecc.) Querci, *Protesi mediche tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità da prodotto: l'onere della prova tutela il consumatore*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 290; Di Loreto, *I dispositivi medici tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 193.

¹⁸ La Direttiva è stata attuata in Italia dalla l. n. 713/1986. L'intera disciplina dei cosmetici è stata completamente rinnovata dal Reg. (Ce) n. 1223/2009, in vigore dal 11 luglio 2013.

¹⁹ La direttiva ha sostituito la precedente dir. 73/23/CEE; l. n. 791/1977.

²⁰ In precedenza la materia era regolata dalla dir. 88/378/CEE attuata mediante d. lgs. n. 313/1991.

²¹ In questa direttiva l'uniformazione delle normative tecniche nazionali fu attuata mediante una sinergia tra la legge – che disciplinava direttamente soltanto gli obiettivi di sicurezza da raggiungere – e le cosiddette specifiche tecniche mediante le quali gli obiettivi indicati dal legislatore venivano messi a fuoco attraverso il rinvio ad una normazione tecnica di natura consensuale, la cui elaborazione era affidata al CENELEC, un'associazione di natura privatistica costituita nel 1973, che emanava *standards* validi a livello europeo. La decisione di aderire alle specifiche tecniche del CENELEC e fabbricare prodotti ad esse conformi assicurava una presunzione di conformità agli obiettivi di sicurezza sanciti dalla dir. 73/23/CEE e consentiva ai costruttori di risultare esonerati dall'onere della prova circa la sicurezza del prodotto Cagli, *Organizzazione procedure dell'attività amministrativa tecnica nel settore dei prodotti industriali*, in Aa.Vv., *La normativa tecnica industriale: amministrazione e privati nella normativa tecnica e nella certificazione dei prodotti industriali* a cura di Andreini, Bologna, 1995, p. 171, osserva che, in assenza di norme armonizzate elaborate dal CENELEC, era consentito adottare modalità

c.d. “nuovo approccio”²² (dir. 83/189/CEE), dando vita ad un articolato sistema di direttive settoriali riguardanti determinate tipologie di prodotti e particolari fattispecie di rischio. Così, per ogni categoria di prodotti regolati da una direttiva, la Commissione europea conferisce un mandato agli Enti europei di Normazione (ossia al CEN (Comitato europeo di normalizzazione), al CENELEC (Comitato europeo di normalizzazione elettrotecnica)²³, o all’ETSI (Istituto europeo norme e telecomunicazioni)²⁴ che operano di concerto con il Comitato permanente (artt. 5 e 6, dir. 34/98/CE). Le norme tecniche elaborate ed approvate dagli organismi europei di normalizzazione vengono pubblicate, in seguito, sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea (G.U.C.E.) e nella Gazzetta Ufficiale di ogni Paese aderente²⁵.

Da questo momento la loro adozione come norme tecniche nazionali è obbligatoria per gli enti di normalizzazione istituiti in ciascuno degli Stati membri che dovranno riprodurre a livello nazionale le norme tecniche corrispondenti a quelle emanate dagli enti di normazione europei²⁶. Così, ad esempio, nel nostro ordinamento gli enti di normalizzazione

produttive che corrispondevano alla buona tecnica secondo i criteri elaborati in campo internazionale. Con la direttiva “bassa tensione”, invece, si è dato vita per la prima volta ad un approccio mediante il quale la Comunità Europea ha imposto ai produttori solamente l’obiettivo di immettere sul mercato prodotti conformi “alla regola dell’arte CEE”, offrendo, nel contempo, un ventaglio di possibilità per consentire agli stessi produttori di provare la conformità dei loro prodotti a tale regola.

²² Osserva Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, cit., pp. 5-6, che l’utilizzo delle norme tecniche da parte della Comunità ha avuto inizio con la Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985. Il c.d. nuovo approccio è retto da quattro principi fondamentali sanciti dal Consiglio: l’armonizzazione legislativa deve limitarsi ai requisiti fondamentali in materia di sicurezza (o ad altri requisiti di interesse collettivo) che i prodotti commercializzati devono soddisfare per essere messi in libera circolazione nella Comunità; il compito di elaborare specifiche tecniche armonizzate deve essere affidato a organismi competenti per la normalizzazione industriale e accreditati dalla dir. 83/189/CE; le specifiche tecniche non debbono avere carattere obbligatorio e rivestono carattere volontario; le amministrazioni sono tenute a riconoscere ai prodotti fabbricati conformemente alle norme armonizzate una presunzione di conformità ai requisiti fondamentali stabiliti dalla direttiva. Qualora il produttore non fabbrichi attenendosi a tali norme, incomberà su di lui un dovere di dimostrare la conformità di tali prodotti ai requisiti fondamentali (sul punto si vedano le indicazioni riportate all’indirizzo http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_for_goods/technical_harmonisation/121001a_it.htm). Si vedano, inoltre, le osservazioni di Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 326, la quale precisa che le direttive prevedono come regola un’armonizzazione totale: quindi solamente i prodotti conformi possono essere commercializzati. In definitiva le direttive fissano i requisiti essenziali di sicurezza e le norme armonizzate impongono le specifiche tecniche secondo un modello definito di “rinvio agli standards”.

²³ Il CENELEC (<http://www.cenelec.eu>) è il Comitato europeo per la normalizzazione elettrotecnica; a questo ente è affidato il compito di predisporre gli *standards* tecnici mediante i quali viene definita la sicurezza ragionevole dei prodotti elettrotecnici.

²⁴ Il CEN (<http://www.cen.eu/cen/AboutUs/Pages/default.aspx>) è l’organismo che, in virtù dei poteri conferiti dalla dir. 98/34/CE, emana gli *standards* tecnici a livello europeo con riferimento a tutte le attività produttive eccetto quella della tecnologia elettronica la cui competenza è riservata al CENELEC (<http://www.cenelec.eu>) e quella delle telecomunicazioni, di competenza dell’ETSI (<http://www.etsi.org>).

²⁵ In Europa il legislatore ha ritenuto che le norme tecniche potessero costituire uno strumento di grande utilità economica e sociale. Tali norme, elaborate su richiesta della Commissione Europea e citate in appositi elenchi nella G.U.C.E., vengono dette “armonizzate”. Al riguardo si vedano le indicazioni riportate nel sito ufficiale dell’U.N.I. (<http://www.uni.com/>) e le osservazioni di Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 326; Cagli, *Organizzazione procedure*, cit., p. 175; Bellisario, *sub artt. 101-113*, in *Codice del consumatore-Comm.* a cura di Alpa, Rossi Carleo, Napoli, 2005, pp. 696-697.

²⁶ In un primo momento le norme tecniche armonizzate si svilupparono per assecondare la necessità – connaturata allo sviluppo della produzione industriale in serie – di circoscrivere il vago riferimento allo stato dell’arte dando vita a regole tecniche standardizzate ed uniformi. Tale esigenza si è manifestata nei diversi ordinamenti europei a partire dai primi anni del Novecento. Anche solo in una prospettiva nazionale, l’esigenza di produrre beni ed erogare servizi secondo *standards* qualitativi uniformi fu assecondata, inizialmente, attraverso la creazione di enti deputati alla produzione di norme tecniche uniformi e armonizzate. Il Comitato Elettrotecnico Italiano (C.E.I.), fondato nel 1909, ha elaborato norme che definivano la buona tecnica per i prodotti, per i processi e per gli impianti produttivi, costituendo il riferimento per la presunzione di conformità alla “regola dell’arte”. In seguito per svolgere attività normativa tecnica in tutti i settori esclusi quelli elettromagnetico ed elettronico (che ricadono

nazionali quali l'U.N.I. (Ente Nazionale Italiano di Unificazione)²⁷ ed il C.E.I. (Comitato Elettrotecnico Italiano) sono tenuti a riprodurre le regole tecniche armonizzate elaborate dagli enti di normalizzazione europei; lo stesso accade negli altri ordinamenti che aderiscono all'Unione Europea e nei quali gli enti di normalizzazione nazionali riproducono il contenuto delle norme tecniche elaborate dal CEN o dal CENELEC²⁸.

In questo modo la sicurezza dei prodotti viene definita secondo uno *standard* comune a tutti i paesi che fanno parte dell'Unione Europea.

La situazione appena descritta con riferimento all'Unione Europea si presenta in termini analoghi nel contesto statunitense. Anche in quell'ordinamento, infatti, l'obiettivo di garantire ai consumatori una protezione contro i rischi irragionevoli associati all'utilizzo dei prodotti è stato perseguito in termini generali attraverso l'introduzione del *Consumer Product Safety Act* (1972); al tempo stesso, con riferimento a categorie di prodotti particolari, il legislatore federale è intervenuto con discipline specifiche: è il caso, ad esempio, del *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act* (1906), con il quale è stata regolamentata la sicurezza dei farmaci, degli alimenti e di altre categorie di prodotti dai quali possono scaturire pericoli per la salute²⁹, dell'*Highway Safety Act* (1966), che è intervenuto a regolare la sicurezza della circolazione stradale e le caratteristiche costruttive degli autoveicoli, del *Communications Act*

nella competenza del C.E.I.) è stato istituito l'U.N.I. (Ente Nazionale Italiano di Unificazione), un'associazione privata senza fine di lucro fondata nel 1921 e riconosciuta dallo Stato e dall'Unione Europea, che studia, elabora, approva e pubblica le norme tecniche volontarie – le cosiddette “norme U.N.I.” – in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario (tranne in quelli elettrico ed elettrotecnico). Il percorso brevemente descritto si è sviluppato parallelamente in molti altri Stati. Così, nei diversi Paesi europei, anche successivamente all'istituzione della Comunità Economica Europea operavano enti di normazione che predisponavano regole non necessariamente armonizzate con quelle di altri Stati. Per un lungo periodo, quindi, le norme tecniche emanate dagli enti di normazione sono state concepite principalmente in un'ottica nazionale ed hanno rivestito un'importanza decisamente marginale sotto il profilo dei riflessi sui rapporti privatistici. In altre parole ogni ordinamento disponeva di enti di normalizzazione che in modo autonomo specificavano il concetto di stato dell'arte (Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 228).

²⁷ Nel sito ufficiale dell'U.N.I.-Ente Nazionale Italiano di Unificazione (<http://www.uni.com/it>) si legge che esso “è un'associazione privata senza scopo di lucro” che “svolge attività normativa in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario ad esclusione di quello elettrico ed elettrotecnico di competenza del C.E.I.-Comitato Elettrotecnico Italiano”. “Il ruolo dell'U.N.I. quale Organismo nazionale italiano di normazione”, continua la pagina di presentazione, “è stato riconosciuto dalla dir. 83/189/CEE del marzo 1983, recepita dal Governo Italiano con la l. n. 317 del 21 giugno 1986”. L'U.N.I. partecipa, in rappresentanza dell'Italia, all'attività normativa degli organismi sovranazionali di normazione: I.S.O. (*International Organization for Standardization*) e C.E.N. (*Comité Européen de Normalisation*). Le norme armonizzate europee assumono un ruolo di preminenza e confinano l'operatività delle regole nazionali ad una funzione residuale e sussidiaria che viene in considerazione solo laddove la regola europea sia assente. Pertanto gli enti di normalizzazione nazionali (U.N.I. e C.E.I.) – il cui riconoscimento ufficiale nei settori di rispettiva competenza era già stato sancito (l. n. 317/1986, attuativa della dir. 83/189/CEE) – conservano il loro ruolo, ma assumono una posizione subordinata rispetto a quelli europei: essi, infatti, sono tenuti a trasporre nel contesto nazionale gli *standards* tecnici elaborati dagli enti di normalizzazione europei. Ciò non esclude l'esistenza di ambiti nei quali gli enti di normalizzazione nazionali possono predisporre regole tecniche con una valenza limitata al contesto interno; tali regole, in ogni caso, dovranno essere verificate sulla base di una procedura a livello comunitario, gestita dalla Commissione e assistita da un comitato permanente di responsabili delle amministrazioni nazionali.

²⁸ Sul problema della certificazione di conformità Bugiolacchi, *Sicurezza dei prodotti e certificazione: la responsabilità contrattuale degli organismi di valutazione della conformità* – [Product safety and certification: the contractual liability of the conformity assessment parties], in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 610 ss.

²⁹ L'articolata disciplina in materia di sicurezza alimentare è stata ulteriormente incrementata a seguito della approvazione nel 2011 del *Food Safety Modernization Act* (F.S.M.A.), con il quale sono state implementate le misure di sicurezza funzionali a garantire che il cibo importato dall'estero negli Stati Uniti presenti le caratteristiche di qualità richieste dalla legislazione federale e dai regolamenti emanati dalla F.D.A. (cfr. *amplius* in <http://www.fda.gov/downloads/Food/FoodSafety/FSMA/UCM277713.pdf>). In argomento v. Magli, *La sicurezza alimentare tra norme preventive, obblighi risarcitori ed autoreponsabilità del consumatore. Sistema italiano e modello statunitense a confronto*, Bologna, 2013.

del 1934, nel quale sono contenute importanti disposizioni connesse alla protezione della salute ed al pericolo dell’esposizione a campi elettromagnetici.

Per ciascuna delle legislazioni indicate è stata istituita una particolare *Agency* legittimata ad emanare *regulations* che specificano i generici obblighi di sicurezza sanciti nelle fonti legislative “di primo livello”, definendo le caratteristiche tecniche necessarie per conseguire un grado di sicurezza ragionevole. Così la *Consumer Product Safety Commission*³⁰ definisce gli *standards* di sicurezza di diversi prodotti soggetti alla disciplina generale sulla sicurezza prevista dal *Consumer Product Safety Act*; la *Food and Drug Administration* (F.D.A.)³¹ emana gli *standards* tecnici che circostanziano le previsioni contenute nel *Federal Food, Drug, and Cosmetic Act*; la *National Highway Traffic Safety Agency* (N.H.T.S.A.)³² definisce i requisiti di sicurezza degli autoveicoli specificando i principi sanciti nell’*Highway Safety Act*. Ciascuna delle *Agencies* indicate emana a cadenza annuale *regulations* che definiscono le caratteristiche di sicurezza relative alle differenti tipologie di prodotti che rientrano nella loro competenza. Tali *regulations* vengono pubblicati sul *Federal Register*, che assolve una funzione assimilabile a quella della Gazzetta ufficiale³³; essi, inoltre, sono compendati in un testo unico federale: il *Code of Federal Regulations* (C.F.R.)³⁴, che presenta una struttura corrispondente a quella dello *United States Code* (U.S.C.). Anch’esso, pertanto, è suddiviso in 51 *titles*, che corrispondono alle medesime aree tematiche secondo le quali è organizzato lo *United States Code* (U.S.C.) e sono a loro volta suddivisi in *subtitles* e *chapters*³⁵.

Proprio la previsione di *standards* di sicurezza armonizzati a livello federale costituisce l’elemento di aggregazione ed armonizzazione intorno al quale in larga misura si ricompongono le diversità di disciplina che caratterizzano la legislazione dei singoli Stati. Come osservato, il legislatore federale, infatti, fissa requisiti generali di sicurezza con riferimento alle diverse categorie di prodotti ed istituisce Agenzie federali (*Agencies*) legittimate ad emanare periodicamente complesse normative tecniche che specificano nel dettaglio le caratteristiche necessarie affinché i prodotti possono essere considerati sicuri. Lo stesso legislatore federale, poi, attraverso le cosiddette clausole di *preemption*³⁶ sancisce la prevalenza degli

³⁰ Le funzioni della *Consumer Product Safety Commission* sono incisivamente illustrate nel sito ufficiale (<http://www.cpsc.gov/about/about.html>) in cui viene chiarito che “The U.S. *Consumer Product Safety Commission* is charged with protecting the public from unreasonable risks of injury or death from thousands of types of consumer products under the agency’s jurisdiction. The CPSC is committed to protecting consumers and families from products that pose a fire, electrical, chemical, or mechanical hazard or can injure children. The CPSC’s work to ensure the safety of consumer products – such as toys, cribs, power tools, cigarette lighters, and household chemicals – contributed significantly to the 30 percent decline in the rate of deaths and injuries associated with consumer products over the past 30 years”.

³¹ Per un’analitica illustrazione delle origini, della struttura e delle funzioni dell’*Agency* si rinvia al sito ufficiale <http://www.fda.gov/default.htm>.

³² Origini, struttura e funzioni dell’*Agency* sono diffusamente illustrate nel sito ufficiale <http://www.nhtsa.gov/>.

³³ Cfr. il sito ufficiale <http://www.archives.gov/federal-register/the-federal-register/>.

³⁴ Cfr. il sito ufficiale <http://www.archives.gov/federal-register/cfr/>.

³⁵ Cfr. il sito ufficiale <http://www.gpo.gov/fdsys/browse/collectionCfr.action?collectionCode=CFR>.

³⁶ Con questa espressione si indica la prevalenza delle leggi costituzionali e federali su quelle statali. Nello specifico contesto della responsabilità del produttore la *preemption doctrine* è stata applicata al fine di sancire la prevalenza degli *standards* federali su quelli previsti dalle singole giurisdizioni e costituisce uno strumento fondamentale per perseguire l’obiettivo della armonizzazione degli *standards* di sicurezza nei diversi stati. In argomento v. McGarity, *The Preemption War: When Federal Bureaucracies Trump Local Juries*, *New Haven London*, 2008; Untereiner, *The preemption defense in tort actions: Law Strategy and Practice* Washington D.C., 2008; O’Reilly, *Federal Preemption of State and Local Law*, Chicago, 2006; Dinh, *Rassessing the law of Preemption*, 88 *Geo L.J.* 2085 (2000); Goldsmith, *Stutory Foreign Affairs Preemption*, *Sup. Ct. Rev.* 175 (2000); Sharkey, *Products Liability Preemption: an Institutional Approach*, 76 *Geo. Wash. Law Rev.*, 449 (2008); Davis, *On Restating Products Liability Preemption*, 74 *Brooklyn Law Rev.* 759 (2009). Per un’esaustiva illustrazione in lingua italiana Querci, *Responsabilità da prodotto negli Usa e in Europa. Le ragioni di un revirement “globale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 118.

standards federali su quelli statali, chiarisce in modo esplicito (*express preemption*) o implicito (*implied preemption*) se lo *standard* federale assume la valenza di limite massimo di sicurezza (c.d. *ceiling*), rispettato il quale non è possibile configurare un'azione di responsabilità, ovvero se esso costituisce solo un limite minimo (c.d. *floor*), il cui rispetto non esime il produttore dalla responsabilità per i danni riconducibili all'utilizzo del prodotto.

In un sistema così congegnato, il giudice chiamato a decidere riguardo alla responsabilità del produttore è tenuto ad "allinearsi" alle indicazioni fornite dal legislatore federale con riferimento alla sicurezza dei prodotti e, in definitiva, ad emettere una decisione che risulti coerente con le scelte operate da quest'ultimo. Proprio il rigoroso rispetto del "percorso predefinito" tracciato dalla legislazione federale sulla sicurezza dei prodotti costituisce il presupposto per addivenire ad un elevato grado di armonizzazione, pur in presenza di una evidente frammentazione delle regole che governano la responsabilità del produttore, di quelle in materia di *class action* e di quelle che regolano i c.d. *punitive damages* nei diversi ordinamenti statali.

Anche il sistema delineato dal legislatore nell'Unione Europea si caratterizza per la presenza di un "anello di congiunzione"³⁷ tra la disciplina della sicurezza dei prodotti e quella della responsabilità del produttore che può essere colta con evidenza proprio con riferimento a quelle categorie di beni interessate dalla normazione tecnica standardizzata.

4 IL PROBLEMA DEL DANNO DA PRODOTTO CONFORME E LA DISTINZIONE TRA PRODOTTO DANNOSO E PRODOTTO DIFETTOSO

Il problema dell'allocatione dei costi derivanti dai danni provocati dall'utilizzo di prodotti fabbricati in serie presenta una specificità assai più ampia rispetto a quello del risarcimento dei danni provocati da prodotti difettosi al quale sia la disciplina legislativa, sia l'interprete hanno riservato un'attenzione preminente e, sotto alcuni profili, assorbente. Il carattere insicuro, e quindi difettoso, del prodotto che cagiona un danno è assunto quale presupposto indefettibile della responsabilità del fabbricante; sembra, pertanto, che tale responsabilità possa scaturire solo laddove una "anomalia" che si manifesta nell'ambito della progettazione, della fabbricazione o del corredo di informazioni che dovrebbero accompagnare il prodotto determini una irragionevole insicurezza dalla quale scaturisce un danno. Cionondimeno, è emersa da tempo una piena consapevolezza circa la sussistenza dei rilevanti pericoli che possono derivare dall'utilizzo di prodotti pienamente conformi agli *standards* di sicurezza individuati dal legislatore al fine della loro immissione in commercio. Così, il consumo di prodotti derivati dal tabacco, l'utilizzo di autoveicoli, l'esposizione alle onde elettromagnetiche emesse dal telefono cellulare, l'ingestione di alimenti la cui conservazione ed igiene è conseguita anche attraverso la presenza al loro interno di sostanze chimiche potenzialmente dannose per la salute, infine l'assunzione di farmaci che, seppur indispensabili, contengono sostanze capaci di scatenare rilevanti effetti collaterali, costituiscono solo alcuni esempi di prodotti che conservano un ampio margine di dannosità, pur risultando pienamente conformi alle prescrizioni legali che ne regolano la sicurezza e, in un certo senso, possono essere considerati dannosi proprio perché perfettamente conformi e funzionali alle finalità per le quali vengono utilizzati.

³⁷ L'espressione è di Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, cit., p. 12.

Sotto questo profilo emerge la fondamentale importanza assunta dalla distinzione tra prodotto difettoso e prodotto dannoso. Nella prima categoria ricadono i prodotti che risultino difformi rispetto alle caratteristiche delineate dalle norme tecniche standardizzate o, ove queste non siano presenti, definite dallo stato dell'arte; nella seconda, invece, rientrano i prodotti dai quali possano scaturire rilevanti danni per coloro che li utilizzano o vengono a contatto con essi. Le due categorie coincidono solo occasionalmente: il prodotto non conforme rispetto alle caratteristiche tecniche prescritte dal legislatore, e quindi difettoso, può sicuramente assumere in alcune circostanze un carattere dannoso (si pensi, ad esempio, all'automobile il cui difetto provochi un incidente o al telefono cellulare difettoso che, per ipotesi, esplode durante il funzionamento), ma potrebbe, in altre, risultare — quasi paradossalmente — completamente privo di rischi (si pensi, ad esempio, all'automobile o al telefono cellulare non funzionante e per questo motivo assolutamente privi di rischi); al tempo stesso il prodotto conforme alle caratteristiche tecniche prescritte dalla legislazione sulla sicurezza potrebbe conservare significativi margini di dannosità proprio perché perfettamente funzionante. In quest'ultimo caso l'utilizzatore o colui che entra in contatto con il prodotto si troverebbe a subire un danno derivante da un prodotto pienamente conforme agli *standards* legislativi di sicurezza ed utilizzato secondo modalità appropriate, ma, cionondimeno, caratterizzato da una elevata capacità di produrre danni.

Nel nostro ordinamento giuridico il problema della allocazione dei costi derivanti dai danni provocati da prodotti conformi agli *standards* di sicurezza non sembra emergere con una sufficiente chiarezza né nell'analisi della casistica giurisprudenziale, né nelle ricostruzioni interpretative, che tendono a polarizzarsi intorno al problema dei danni cagionati dal prodotto difettoso.

La questione è stata individuata con maggiore lucidità nel sistema giuridico statunitense, ove, anche grazie al decisivo apporto fornito dall'analisi economica del diritto³⁸, il problema dell'allocazione del *residue of unavoidable risk* connessi all'utilizzo di prodotti conformi a *standards* legislativi costituisce da tempo oggetto di una importante elaborazione interpretativa condotta in sede legislativa e giurisprudenziale. Il sistema giuridico statunitense, quindi, costituisce un modello da osservare con estremo interesse in quanto fornisce una significativa conferma riguardo alla necessità di adottare una lettura rigorosamente coordinata delle regole che governano la responsabilità del produttore e di quelle che individuano *standards* uniformi di sicurezza dei prodotti e consente di risolvere i delicati problemi relativi alla responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti conformi agli *standards* di sicurezza federali secondo un disegno sistematico che in linea di principio riflette le scelte operate in termini generali dal legislatore. Per questa ragione sembra opportuno far precedere la rilettura critica degli orientamenti giurisprudenziali formati nel nostro ordinamento dall'illustrazione delle linee guida che emergono dalla casistica giurisprudenziale statunitense in materia di responsabilità per i danni cagionati dai prodotti conformi agli *standards* di sicurezza, ma inevitabilmente dannosi.

³⁸ Il decisivo apporto fornito alla elaborazione interpretativa in materia di *product liability* statunitense da Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970 emerge chiaramente in molti passi del *Restatement Third*.

5 LA RESPONSABILITÀ DEL FABBRICANTE PER IL DANNO DA PRODOTTO CONFORME. LE SOLUZIONI DEL DIRITTO STATUNITENSE

Nel contesto statunitense la distinzione tra il problema del danno cagionato da un prodotto difettoso e quello del danno derivante da prodotto conforme, ossia non difettoso, ma inevitabilmente dannoso, emerge, anzitutto, dalle regole sistematizzate nei *Restatement Second e Third*, dedicati alla materia dei *Torts*. L'elaborazione giurisprudenziale, infatti, aveva condotto nella prima metà degli anni Sessanta a ritenere che il prodotto potesse essere considerato difettoso quando risultava *unreasonably dangerous*; il che portava ad escludere, in termini speculari, una responsabilità del produttore nel caso in cui si verificassero danni in ragione dell'utilizzo "normale" di un prodotto ragionevolmente sicuro³⁹.

Sotto questo profilo già le note illustrative della *section 402 A* del *Restatement Second* sottolineavano la rilevante distinzione — poi ribadita dal *Restatement Third* — tra prodotto difettoso e prodotto sicuro che, inevitabilmente, conserva margini di dannosità "accettabili". Prendendo come esempio le bevande alcoliche, si specifica che è da considerare *unreasonably dangerous* una bevanda alcolica che contiene sostanze capaci di arrecare danni anche in caso di uso appropriato⁴⁰; al tempo stesso non si dubita che non possa considerarsi *unreasonably dangerous*, e quindi difettoso, il prodotto alcolico di buona qualità solo perché il suo consumo può provocare gravi danni in caso di uso inappropriato o eccessivo. Del resto, continua il commento illustrativo, questo genere di considerazioni possono essere ripetute anche con riferimento a molteplici tipologie di prodotti tradizionali di uso comune come, ad esempio, il tabacco, il sale, lo zucchero, il burro, di per sé non *unreasonably dangerous*, ma estremamente dannosi se consumati in modo inappropriato. Le osservazioni appena svolte conducono ad individuare con maggiore precisione la categoria dei c.d. *unavoidable unsafe products*, ossia a quei prodotti che, anche nell'ambito del loro uso normale, conservano significativi margini di dannosità che allo stato delle conoscenze non è possibile eliminare quantomeno sostenendo costi di fabbricazione ragionevoli. A tale riguardo vengono portati ad esempio i prodotti farmaceutici e, in particolare il caso di alcuni vaccini che, pur comportando il rischio di gravi effetti collaterali, non possono essere considerati difettosi, né *unreasonably dangerous*. Le stesse automobili, del resto, presentano caratteristiche costruttive che consentono di raggiungere un livello di sicurezza solamente ragionevole, assai lontano da quella assoluta. Proprio con riferimento a quest'ultima tipologia di prodotti le *illustrations* del *Restatement* precisano che il livello di sicurezza ragionevole richiesto dall'ordinamento deve essere individuato anche tenendo conto dei costi produttivi. Pertanto, se da un lato può considerarsi irragionevole un livello di sicurezza troppo basso, dall'altro può apparire non appropriato anche il conseguimento di un livello di sicurezza molto elevato o assoluto che comporti costi produttivi eccessivi e limiti irragionevolmente la diffusione di un prodotto circoscrivendo la possibilità di accesso al suo utilizzo ai soli consumatori dotati di un ingente disponibilità economica⁴¹.

³⁹ Restatement (Second) of Torts, Chapter 14, section 402 A, comment i, p. 353.

⁴⁰ Cfr. Restatement (Second) of Torts, Chapter 14, section 402 A, comment i, p. 353.

⁴¹ Sotto questo profilo emerge il problema di contemperare i benefici connessi alla diffusione di determinati prodotti ed i rischi che la stessa diffusione di quei prodotti può comportare in termini di pericoli per l'integrità e la salute delle persone. In proposito il *Restatement Third, Torts: Products Liability, Chapter 1, section 2, comment a*, p. 16, chiarisce che la società, nel suo complesso, non trae un beneficio dalla diffusione di *excessively safe products*. In tal senso viene indicato l'esempio di automobili progettate per raggiungere una velocità massima di 20 miglia orarie. Secondo quanto si afferma nel *comment a* del *Restatement Third, Torts: Products Liability, Chapter 1*,

La distinzione tra prodotto difettoso e prodotto conforme, ma comunque dannoso emerge chiaramente nei settori — ormai sempre più numerosi — in cui la definizione dello stato dell’arte è stata trasfusa in specifiche disposizioni di legge o in “*standards tecnici*” predisposti da agenzie governative (*Agencies*).

In termini generali, si può affermare che il mancato rispetto degli *standards* imposti dalla legge indichi la difettosità del prodotto⁴². Sotto questo profilo la *section 4* del *Restatement Third*, intitolata *Noncompliance and Compliance with Product Safety Statutes or Regulations*, fornisce spunti di estremo interesse ai fini dell’analisi dei rapporti tra regole “preventive” e norme risarcitorie. In essa infatti è chiaramente enunciato il principio secondo cui in relazione alla responsabilità per difetto di progettazione o inadeguata informazione il prodotto si deve considerare difettoso qualora risulti non conforme (*noncompliance*) alle previsioni sulla sicurezza disposte dalla legge o da regolamenti (*Restatement Third, Torts: Products Liability § 3, (a)*)⁴³.

Se, da un lato, la mancata conformità si risolve automaticamente in un giudizio di difettosità del prodotto, non può affermarsi che, reciprocamente, il prodotto conforme sia di

section 2, infatti, questo livello di sicurezza così elevato comporterebbe costi eccessivi e limiterebbe sensibilmente il livello di utilità sociale dell’automobile. Se ciò accadesse, si determinerebbe, di fatto, l’esclusione dall’utilizzo di questa categoria di beni delle fasce di consumatori economicamente più deboli. Questo fenomeno è stato intuito e profondamente indagato già nei primi anni Settanta dagli studi statunitensi che, attraverso l’analisi economica del diritto, misero in luce il problema di adottare scelte di politica del diritto capaci di assicurare una razionale sopportazione dei costi connessi alla diffusione di attività e prodotti indispensabili ma, al tempo stesso inevitabilmente portatori di fattori di rischio per la salute delle persone (Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970). Così, nello studio che rappresenta tuttora un imprescindibile punto di riferimento, Guido Calabresi sottolineava che “ogni scelta relativa ad un prodotto, o all’uso di un prodotto, comporta, più o meno implicitamente, una decisione in termini di sicurezza e di costo” (Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, traduzione di De Vita, Varano, Vigoriti, *Presentazione* di S. Rodotà, Milano, 1975, ristampa inalterata con *Presentazione* di Al Mureden, Milano, 2015, p. 40). Sotto questo profilo risulta estremamente incisivo l’esempio considerato da Calabresi proprio riguardo alle scelte adottate in materia di sicurezza delle automobili. Egli notava, già negli anni Settanta, che da molto tempo la tecnica consentiva di costruire automobili assolutamente sicure e quindi di ridurre drasticamente gli incidenti a cui conseguono lesioni serie o letali per gli occupanti. La sicurezza, tuttavia, sottolinea Calabresi, “costa” e la scelta di costruire auto che offrano un livello di sicurezza solamente ragionevole, ma assai lontano da quello appena indicato, costituisce un’emblematica dimostrazione di come l’ordinamento adotti scelte di compromesso che consentano di contemperare le esigenze di tutela della vita della salute umana con altre esigenze antagonistiche. In termini più generali, ed ancora più espliciti, lo stesso Calabresi osserva che le lesioni e gli incidenti letali inevitabilmente correlati alla circolazione stradale ed alla diffusione di altri prodotti può essere osservata come “un insignificante peso da pagare per una società in progresso tecnologico che, poiché si è affidata ad un progresso di questo tipo, può curare la differite, la polmonite e tutta una serie di malattie del passato” (Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, Milano, 1996, traduzione di C. Rodotà, con *Presentazione* di Mazzoni, p. 20). Con riferimento all’ordinamento italiano Carnevali, *Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti*, cit., p. 15 osserva che « gli *standards* stabiliti dalle direttive sulla sicurezza rappresentano un equilibrato punto di incontro tra le esigenze dell’industria a programmare e le legittime aspettative degli utenti e consumatori sulla sicurezza d’uso di un prodotto che non può essere assoluta » (sul punto si veda anche Carnevali, voce *Nuovi prodotti dannosi*, in *XXI Secolo, Enc. giur. Treccani*, Roma, 2009, p. 347 ss.). Nel contesto europeo considerazioni analoghe riecheggiano in un importante studio della metà degli anni Ottanta (Beck, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, edizione italiana a cura di Privitera, Roma, 2000, pp. 84-92) nel quale, con un’espressione particolarmente incisiva e carica di giudizi decisamente critici, si è messo in luce il cd. “imbroglio dei valori massimi consentiti” proprio per indicare che il riferimento a soglie “accettabili” di esposizione a fattori di rischio finisce per rendere possibile “una razione permanente di avvelenamento collettivo standardizzato”.

⁴² Il *comment e* del *Restatement Third, Torts: Products Liability section 4*, chiarisce che “when a product design is in violation of a safety statute or regulation, there is no necessity to prove an alternative design in order to establish defect. Section 4 makes it clear that a product design that is in violation of safety standards is defective *per se*”.

⁴³ Il *comment e Restatement Third, Torts: Products Liability section 4*, p. 121, precisa che occorre che la regola violata sia chiara e che essa imponga l’adozione di determinati *standards*; dunque ove la regola abbia una valenza facoltativa e nei casi in cui non sia univoca, non è possibile addivenire ad un giudizio di difettosità rispetto al prodotto che non si allinei ad essa.

per sé sicuro. Il *comment e*, infatti, chiarisce che il prodotto conforme alle leggi o ai regolamenti (*regulations*) emanati delle agenzie statali e federali in materia di sicurezza può conservare significativi margini di dannosità e, pertanto, essere considerato difettoso. Ciò consente di affermare che le norme sulla sicurezza dei prodotti — siano esse statali o federali — devono essere intese, in linea di massima, come *minimum standards*⁴⁴. In altri termini, esse stabiliscono solamente una soglia minima di sicurezza (*floor*) al di sotto della quale il produttore deve considerarsi sicuramente responsabile; il che, tuttavia, non esclude di operare valutazioni circa l'opportunità di adottare livelli di sicurezza più elevati e, in ultima analisi, di affermare la responsabilità del produttore che abbia ommesso di adottarli⁴⁵.

Proprio con riferimento ai c.d. *dangerous though not defective products*, ossia per quei prodotti che, sebbene fabbricati secondo le regole dell'arte, conservano, inevitabilmente, elevati margini di dannosità⁴⁶ è emersa l'esigenza di condurre i giudizi relativi alla responsabilità del produttore sulla base di un rigoroso raffronto tra le caratteristiche del bene da cui è scaturito il danno e quelle prescritte negli *standards* legislativi che governano la sicurezza di quella particolare tipologia di prodotto.

L'analisi complessiva delle decisioni riferite a diverse tipologie di prodotti evidenzia, in prima approssimazione, una certa disomogeneità per quanto concerne la valenza attribuita alla conformità del prodotto rispetto agli *standards* di sicurezza sanciti dalle agenzie federali. Nel contesto automobilistico, ad esempio, gli *standards* federali sulla sicurezza assumono, in linea di principio, la valenza di requisiti minimi (*floor*). Il loro rispetto è necessario al fine di conseguire l'omologazione da parte della *National Highway Traffic Safety Agency* (N.H.T.S.A.), ma non costituisce, in linea di massima, una causa di esonero di responsabilità per il produttore; occorre considerare, tuttavia, che questo principio — valido in termini generali — ha subito significative smentite anche in decisioni di rilevante importanza⁴⁷. Anche con riferimento alla responsabilità del produttore di farmaci possono

⁴⁴ In questo senso si veda la decisione *Feldman v. Lederle Labs.*, 132 N.J. 339, 625 A.2d 1066 (1993), relativa ad un danno permanente cagionato a seguito dell'utilizzo di un farmaco in età infantile. Il rispetto delle regole federali in materia di istruzioni sull'impiego del farmaco non fu ritenuto sufficiente ad escludere una responsabilità del fabbricante, che avrebbe dovuto adottare precauzioni aggiuntive ed informare il consumatore anche sotto questo specifico profilo.

⁴⁵ Il *comment e Restatement Third, Torts: Products Liability section 4*, p. 123, chiarisce che questa è la regola seguita nella maggior parte dei precedenti. In linea di principio le regole recenti, che non siano rese obsolete da innovazioni tecnologiche e che siano state formulate a seguito di un procedimento completo, trasparente e supportato da studi scientifici condivisi vengono ampiamente considerate. Così nella decisione *Miller v. Lee Apparel CO.* 11/8/1994, è stato negato il risarcimento del danno subito da un indumento in poliestere che aveva preso fuoco in una situazione particolarmente critica. L'indumento in questione, infatti, risultava rispettoso degli *standards* federali in materia di infiammabilità. Occorre rilevare, peraltro, che in dottrina è stato posto in evidenza il problema dei conflitti di interesse e delle pressioni esercitate dalle *lobbies* sull'attività di *roulemaking* delle *Agencies* ed è stata suggerita l'adozione di un approccio interpretativo secondo il quale — ove lo *standard* legislativo risulti obsoleto o comunque inadeguato a fornire un ragionevole livello di protezione — sarebbe opportuno che la Corte attribuisse un rilievo assai limitato alla *compliance defense* e potesse considerare il prodotto difettoso anche qualora esso sia conforme agli *standards* legali (in tal senso v. Johnson, *Liberating Progress and the Free Market from the Specter of Tort Liability*, 83 Nw. U.L. Rev. 1026, 1048-54 (1989)). Cfr. il *comment e Restatement Third, Torts: Products Liability section 4*, p. 123.

⁴⁶ Il *Restatement (Second) of Torts, Chapter 14, section 402 A, comment k*, p. 353, menziona a tale proposito l'es. dei vaccini, delle bevande alcoliche e dei farmaci.

⁴⁷ Nella *leading decision Geierv. American Honda Company*, 529 U.S. 861 (2000), riguardante il danno subito dal conducente a causa della mancata installazione dell'*air bag* sulla sua auto, la Corte Suprema ha escluso la responsabilità del produttore affermando il principio secondo cui detta responsabilità è esclusa ove sia riscontrabile un'indicazione del legislatore federale che attribuisce agli *standards* di sicurezza la valenza di "limite massimo" di sicurezza (*implied preemption*), conseguito il quale non è configurabile un danno ingiusto meritevole di essere risarcito. Tale principio è stato ulteriormente ribadito nella successiva decisione *Morgan v. Ford Motor Co.*, No. 34139 (W.V. Sup. Jun. 18, 2009).

essere ripetute considerazioni analoghe. In questo ambito, infatti, sembra prevalere la regola secondo cui il rispetto degli *standards* sanciti dalla FDA costituisce solamente una soglia minima di sicurezza il cui conseguimento non esime in alcun modo il fabbricante dall'adozione di precauzioni addizionali e dalla responsabilità per i pregiudizi provocati dal prodotto conforme alla disciplina pubblicistica della sicurezza, ma comunque caratterizzato da una persistente attitudine a provocare danni⁴⁸.

Occorre tenere conto, peraltro, che trova significative conferme anche l'assunto secondo cui il rispetto degli *standards* sanciti dalle agenzie federali può costituire un limite massimo di sicurezza, conseguito il quale non è possibile configurare una responsabilità per i pregiudizi cagionati dal prodotto “inevitabilmente dannoso”. Così, dando applicazione a questa regola, è stata esclusa la responsabilità dei produttori di sigarette⁴⁹, di telefoni cellulari⁵⁰ e di

⁴⁸ Cfr. la *leading decision* *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. No. 06-1249, March 4, 2009, concernente un danno cagionato dall'utilizzo di un farmaco non corredato da adeguate informazioni volte a garantire un uso ragionevolmente privo di rischi. In questo caso la tesi secondo cui non avrebbe potuto essere instaurata un'azione di responsabilità per difetto di informazione laddove il produttore avesse fornito le informazioni richieste secondo gli *standards* previsti dalla stessa F.D.A. non fu accolta dalla Corte che, invece, affermò la responsabilità del fabbricante. Ciò perché nel *Food and Drug Cosmetic Act*, è prevista una *saving clause* in ragione della quale la legislazione statale più stringente della regola federale o comunque non in contrasto con essa può essere esclusa dall'effetto della *preemption*. In tal caso, pertanto, la conformità allo *standard* federale non risultò sufficiente ad escludere una responsabilità del fabbricante.

⁴⁹ Negli Stati Uniti la protezione della salute dei consumatori viene assicurata attraverso previsioni in materia di etichettatura che rimettono alle opzioni della singola persona debitamente informata la decisione di sottoporsi ai rischi inevitabilmente connessi al consumo di tabacco (15 USC § 1331-*Congressional Declaration of Policy and Purpose*). Così i doveri di informazione dei produttori di tabacco vengono regolati con una articolata previsione che descrive dettagliatamente la tipologia di messaggi e le modalità grafiche⁵⁰ da adottare per rendere immediatamente percepibili ai consumatori i gravi rischi connessi al consumo di sigarette e altri prodotti affini (15 USC § 1333-*Labeling; Requirements; Conspicuous Statement*). Tale previsione è correlata da una clausola esplicita di *preemption* (15 USC § 1334-*Preemption*). La normativa attuale appare in linea con una scelta di politica del diritto già ampiamente consolidata e risalente al *Public Health Cigarette Smoking Act* del 1969, che rappresentò, ad opinione di alcuni interpreti, in vero e proprio “scudo” contro le azioni di responsabilità intentate nei riguardi dei produttori sulla base di leggi dei singoli stati. L'assunto secondo cui il rispetto dei doveri imposti ai produttori di sigarette dalla legislazione federale costituisce un “limite massimo” conseguito il quale non è configurabile alcuna responsabilità è stato efficacemente confermato dalla *leading decision* *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 505 U.S. 504, 530 n. 27 (1997), in cui fu sancito che il *Public Health Cigarette Smoking Act* del 1969 prevedeva una clausola di *preemption* esplicita capace di inibire le azioni risarcitorie promosse contro i produttori che si fossero attenuti agli obblighi imposti dalla legge. L'orientamento appena riportato ha trovato ulteriori conferme in tempi più recenti. Così, un'altra importante decisione (*Altria Group v. Good*, 555 U.S. 70 (2008)) ha confermato che il Congresso ha manifestato l'intenzione di adottare un unico *standard* federale per quanto concerne le informazioni da fornire ai potenziali consumatori di prodotti derivati dal tabacco ed ha chiaramente inteso attribuire ad esso la valenza di uno *standard* massimo (15 U. S. C. §1334(b)). Tale scelta risponde alla fondamentale esigenza di rimuovere ostacoli alla circolazione delle merci tra i diversi stati americani; esigenza che risulterebbe drasticamente compromessa dalla frammentazione delle singole discipline nazionali. L'adozione di una soluzione che non tenga conto delle finalità di armonizzazione che sottendono la legislazione federale, del resto, finirebbe per dare vita ad una espansione incontrollata di azioni legali basate sulla presenza di difetti d'informazione. Per una esaustiva ricostruzione del problema negli Stati Uniti e nell'Unione Europea v. Howells, *The Tobacco Challenge. Legal Policy and Consumer Protection*, Ashgate, 2011.

⁵⁰ Uno dei contesti nei quali è possibile percepire con maggiore chiarezza la funzione della *preemption doctrine* come limite alla responsabilità civile e comprendere le ragioni poste al suo fondamento è indubbiamente quello delle decisioni relative ai possibili profili di dannosità connessi all'utilizzo intensivo del telefono cellulare. L'assunto secondo cui la responsabilità del produttore deve arrestarsi di fronte al rispetto delle norme tecniche in cui è sintetizzato lo stato dell'arte – già sancito in precedenza dalla decisione *Murray v. Motorola, Inc.*, 982 A.2d 764 (D.C. 2009) – ha trovato la sua conferma più significativa nella decisione *Farina v. Nokia*, 625 F. 3d 97, 2010 U.S. App. Lexis 22.383, 51, Comm. Reg. (P & F) 955. In questo caso era stata promossa una *class action* volta ad accertare la pericolosità dei telefoni cellulari nelle condizioni di utilizzo normale previste dagli *standards* elaborati a livello federale dalla *Federal Communication Commission* (FCC). Tali *standards*, infatti, risultavano meno protettivi di quelli previsti dalla legge della Pennsylvania soprattutto laddove non imponevano l'adozione di accorgimenti necessari (in particolare gli auricolari) a ridurre al minimo il rischio di patologie connesse all'emissione di radiofre-

alcolici⁵¹ che si erano limitati ad adottare le misure di prevenzione dei danni richieste dagli *standards* legislativi e non si erano spinti sino a ricorre a tutte quelle che sarebbero state necessarie per limitare ulteriormente la dannosità connessa alla diffusione di quei prodotti.

La rassegna della casistica giurisprudenziale fin qui illustrata dimostra che — al di là degli apparenti profili di contraddittorietà — le differenti soluzioni indicate scaturiscono da una lettura rigorosamente coordinata delle discipline federali sulla sicurezza dei prodotti e dei regolamenti emanati dalle *Agencies*. Esse, quindi, riflettono — in linea di massima — le differenziate scelte di politica del diritto attuate dal legislatore e circostanziate dalle *Agencies* con riferimento alle molteplici categorie di prodotti dai quali possono scaturire rischi per gli utilizzatori. In altri termini, quindi, emerge una propensione del giudice ad attuare una lettura della *tort law* rigorosamente rispettosa delle scelte operate dal legislatore e dalle *Agencies* federali, quindi compendiate nella cosiddetta *safety law* federale.

Il “percorso predefinito” che il giudice è chiamato a seguire quando si tratta di decidere riguardo alla risarcibilità dei danni cagionati dall’utilizzo di un prodotto si articola,

quenze né la previsione di avvertenze volte ad incentivare un utilizzo responsabile e sicuro. La Corte Suprema, invero, ha escluso profili di responsabilità in capo al produttore che si limiti ad adeguarsi agli *standards* di sicurezza federali e commercializzi telefoni non dotati dell’auricolare. La decisione assume particolare interesse in quanto — nel ribadire il principio della prevalenza degli *standards* di sicurezza adottati a livello federale rispetto a quelli sanciti dalla legislazione statale — sottolinea significativamente la necessità di individuare nel perseguimento di un livello di “sicurezza ragionevole” un limite alla responsabilità del produttore ed illustra puntualmente le ragioni di ordine generale che giustificano questa scelta di politica del diritto. Infatti, la permanenza di una rete di telecomunicazione capace di coprire tutto il territorio federale, precisa la motivazione, richiede necessariamente un’uniformità federale degli *standards* di sicurezza. In questa prospettiva gli *standards* sanciti dall’Agenzia federale che governa il settore delle telecomunicazioni (*Federal Communication Commission* F.C.C.) debbono essere osservati come il risultato di complesse valutazioni che tengono in considerazione, da un lato, l’esigenza di tutelare la salute e, al tempo stesso, quelle di corretto funzionamento del sistema e dei costi necessari per raggiungere tale obiettivo. Qualora si ammettesse la possibilità di mettere in discussione gli *standards* federali attribuendo rilievo a valutazioni diverse operate dai singoli legislatori nazionali, o addirittura sancite da letture giurisprudenziali, si finirebbe per infrangere l’unità del sistema. Assoggettare la disciplina della rete di telecomunicazioni estesa su tutto il territorio federale ad una regolamentazione statale frammentaria (*patchwork*) comporterebbe costi insostenibili. Poiché — continua la motivazione — l’Agenzia federale è indubbiamente nella migliore posizione per bilanciare gli obiettivi della legge federale con le esigenze di tutela della salute e gli *standards* che essa individua non possono essere messi in discussione (*secondguess*) né dalla legislazione statale, né, a maggior ragione, da azioni di responsabilità basate su legislazione statale (c.d. *preemption doctrine*).

⁵¹ I risvolti applicativi della *preemption theory* emergono anche nell’ambito dei doveri di informazione che gravano sui produttori di bevande alcoliche. Fino agli anni Ottanta, in assenza di un espresso dovere di informare i consumatori circa i rischi per la salute connessi ad un eccessivo consumo di bevande alcoliche, la giurisprudenza aveva fornito soluzioni non univoche riguardo alla responsabilità dei produttori per difetto di informazione. Secondo l’indirizzo prevalente non poteva configurarsi una responsabilità dei produttori di alcool per difetto di informazione in quanto la consapevolezza circa i rischi connessi ad un consumo eccessivo era radicata e diffusa (c.d. *common knowledge*). D’altra parte, seguendo un approccio maggiormente orientato verso la protezione della salute dei consumatori, alcune corti avevano affermato una responsabilità dei produttori che non avevano informato adeguatamente i consumatori circa i rischi inevitabilmente correlati al consumo eccessivo di bevande alcoliche. La questione è stata risolta legislativamente nel 1988, quando il Congresso ha emanato l’*Alcoholic Beverage Labelling Act* ed ha imposto ai produttori l’indicazione di messaggi che sottolineassero i rischi connessi ad una assunzione eccessiva di bevande alcoliche ed inducessero le persone ad adottare stili di vita corretti ed optare per un “consumo responsabile”⁵⁴. La previsione, contenuta nel 27 U.S.C. § 215, infatti, è accompagnata da una clausola espressa di *preemption* (27 U.S.C. § 216); le dettagliate disposizioni regolamentari (*regulations*) che specificano secondo quali modalità confezionare le etichette e fornire le informazioni sono compendiate nel *Code of Federal Regulations* che indica persino quale debba essere il testo da inserire nelle etichette (27 CFR 16.21-Mandatory Label Information)⁵⁵ operando distinzioni a seconda delle diverse tipologie di prodotti alcolici⁵⁶. In definitiva, dopo la definizione legislativa delle informazioni da comunicare ai consumatori di bevande alcoliche, la possibilità di configurare una responsabilità per difetto di informazione è limitata alle ipotesi in cui il produttore non si adegui allo *standard* indicato dal legislatore; al tempo stesso il rispetto di quello *standard* assicura al produttore l’esenzione da qualsiasi responsabilità per i danni riconducibili ad un consumo eccessivo di alcool (Owen, *Products Liability Law*, Thompson West, St. Paul, MN, II ed., 2008, p. 704).

anzitutto, nell’individuazione delle regole federali che definiscono gli *standards* tecnici di sicurezza del prodotto considerato, quindi nell’interpretazione delle norme federali che attribuiscono al rispetto dello *standard* tecnico la valenza di “limite massimo” di sicurezza conseguito il quale non è configurabile un’ulteriore responsabilità del produttore, oppure quella di “limite minimo” il cui conseguimento è necessario per escludere la difettosità del prodotto, ma non sufficiente per giustificare l’esonero del fabbricante da obblighi risarcitori. Nel quadro appena delineato la responsabilità del produttore può configurarsi anzitutto nel caso in cui il prodotto dannoso presenti caratteristiche che si pongono al di sotto dei livelli di sicurezza individuati dagli *standards* federali. Essa può essere affermata anche quando il prodotto dannoso risulti conforme agli *standards* federali; ciò accade in tutti i contesti nei quali lo *standard* federale assume la valenza di un limite minimo di sicurezza. Peraltro la responsabilità del produttore per i danni cagionati dal prodotto conforme, ma inevitabilmente dannoso, deve essere esclusa nei contesti in cui — in ragione di una *pre-emption clause* esplicita o implicita — lo *standard* federale assume la funzione di indicare il livello massimo di sicurezza esigibile, conseguito il quale non è possibile configurare la risarcibilità dei danni inevitabilmente connessi alla diffusione di un determinato prodotto.

Le decisioni giurisprudenziali che sanciscono l’irresponsabilità del produttore per i danni cagionati da prodotti conformi, ma “inevitabilmente dannosi” sottolineano l’imprescindibile necessità di limitare l’espansione della responsabilità civile in funzione delle valutazioni operate a livello federale e destinate a riflettere i loro effetti in uno spazio economico e politico “comune”.

Questa esigenza, indubbiamente presente anche nel contesto dell’Unione Europea, risulta particolarmente avvertita negli Stati Uniti anche in considerazione dei caratteri peculiari che caratterizzano il sistema della responsabilità civile in quel ordinamento. Sotto tale profilo occorre considerare la presenza di alcuni strumenti che, operando sinergicamente, possono determinare conseguenze economiche estremamente rilevanti a seguito dell’accertamento di una responsabilità del fabbricante per i danni cagionati dai prodotti. Anzitutto in quel contesto la *class action* può assumere sia una dimensione circoscritta alla singola giurisdizione nazionale, sia la portata più ampia della *Multidistrict Litigation* (*Rule 23 della Federal Rules of Civil Procedure*⁵²). In questo secondo caso è possibile aggregare in un’unica iniziativa giudiziale le posizioni di danneggiati appartenenti a giurisdizioni statali diverse. Anche i c.d. *punitive damages* possono contribuire, sotto un diverso profilo, a rendere particolarmente rilevanti le conseguenze economiche connesse alla dannosità dei prodotti⁵³.

⁵² Sul punto v. Genevieve G. York-Erwin, *The choice of law problem(s) in the class action context*, in 84 *N.Y.U. Law Rev.* 1793, 2009, in cui si chiarisce che: “The class action mechanism allows groups of plaintiffs to combine their claims and sue defendants collectively pursuant to Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure. Certification is the process by which a court determines that a proposed class’s claims are suitable for collective treatment under Rule 23 or its state-law equivalent. If certified as a class, all class members and defendants are bound by the results of the collective action”.

⁵³ Sui *punitive damages* si veda la *section 908 del Restatement Second, Torts* del 1979. Sull’esigenza di limitarne l’espansione v. Schlueter, *Punitive Damages*, *Lexis Nexis*, VI ed., 2010, I, p. 31; Vidmar and Wolfe, *Punitive Damages*, *Annual Review of Law and Social Science*, 2009, vol. 5, pp. 179-199. Per una riflessione sul ruolo dei *punitive damages* nella definizione delle funzioni della responsabilità civile, Calabresi, *The Complexity of Torts-The Case of Punitive Damages*, Madden (edited by), *Exploring Tort Law*, New York, 2005, p. 333 e in part. p. 338, ove richiama la *concurring opinion* espressa nella decisione *Ciraolo v. City of N.Y.*, 216 F.3d 236 (2nd Cir.), nonché la *opinion* espressa da Posner nella decisione *Federal Deposit Insurance Corporation v. W.R. Grace & Co.* 877 F.2d 614; Calabresi, *A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension*, p. 7; A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111, *Harvard Law Rev.* 869, 887-96 (1998); Catherine M. Sharkey, *Punitive Damages as Societal Damages*, 113 *Yale Law J.* 347, 363-72 (2003). L’interesse degli interpreti italiani per questo strumento e la necessità di osservarlo anche

Nonostante i significativi profili di differenziazione che caratterizzano il sistema statunitense rispetto a quello dell'Unione Europea sembra sicuramente da osservare con interesse il disegno di politica del diritto che, ispirandosi all'obiettivo dell'armonizzazione delle regole in un contesto giuridico comune, attribuisce fondamentale importanza all'esigenza di operare una lettura delle norme in materia di responsabilità civile rigorosamente coordinata con quelle che governano la sicurezza dei prodotti. Esso, infatti, risulta, in ultima analisi, funzionale a far sì che la responsabilità civile del produttore si espanda in armonia con le valutazioni di carattere generale operate dal legislatore con riferimento all'individuazione di livelli di "sicurezza ragionevole" delle attività dei prodotti. Inoltre, l'idea di assumere lo *standard* federale come criterio fondamentale sulla base del quale valutare la sicurezza del prodotto, costituisce il presupposto affinché si realizzi un'effettiva armonizzazione nella materia della responsabilità del produttore e, più in generale, una razionalizzazione dei giudizi concernenti la risarcibilità dei danni provocati dai prodotti.

Muovendo da queste considerazioni, sembra opportuno sottoporre ad una revisione critica gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati nel nostro ordinamento e che non sembrano riconducibili ad un disegno organico simile a quello appena descritto.

6 (SEGUE) LE INCERTEZZE DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

Il problema della responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da un prodotto conforme agli *standards* legislativi in materia di sicurezza non viene delineato e colto con chiarezza nell'analisi della casistica giurisprudenziale italiana. Essa fa emergere, anzitutto, una limitatissima propensione ad operare una lettura sistematica e coordinata delle norme che regolano la responsabilità del produttore e di quelle che definiscono la sicurezza dei prodotti sulla base degli *standards* legislativi armonizzati, quindi, in definitiva, a valorizzare quell'"anello di congiunzione" tra le due discipline che anche il legislatore europeo considera imprescindibile⁵⁴. Il che rende impossibile individuare regole generali sulla base delle quali poter stabilire con sicurezza, per ogni tipologia di prodotto, se sussista una responsabilità del fabbricante anche qualora i danni cagionati all'utilizzatore scaturiscano da un prodotto del tutto conforme agli *standards* legislativi.

I profili di criticità ed incertezza nella soluzione del problema della responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti conformi agli *standards* legislativi emerge in modo differenziato nei diversi precedenti giurisprudenziali.

In prima approssimazione è possibile individuare tre categorie di decisioni. Alcune affrontano il problema della responsabilità del produttore di beni la cui sicurezza è definita da *standards* legislativi omettendo, inopinatamente, ogni riferimento a questi ultimi e ricavando il carattere difettoso del prodotto sulla base del criterio generico che si riferisce alla sicurezza che il consumatore può "legittimamente attendere" (art. 6, dir. 85/374/ CEE; art.

nella prospettiva dell'analisi economica del diritto è emerso in particolare nei contributi di Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 909; Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 25; P. Pardolesi, *Danni punitivi: frustrazione da "vorrei, ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 341. La necessità di uno strumento idoneo ad attuare una finalità di deterrenza è stata auspicata con crescente insistenza anche nel contesto del nostro ordinamento. In questo senso Patti, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in Busnelli e Patti, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013, p. 99, osserva che con specifico riferimento alla materia dei prodotti difettosi "la semplice condanna alla riparazione, cioè al pagamento del danno causato, non permette in molti casi il perseguimento delle finalità preventiva, propria della responsabilità civile".

⁵⁴ The Blu Guide on the Implementation of EU Product Rules, cit., p. 10.

5, d.p.r. 224/1988; 117 c. cons.) nell’uso normale⁵⁵. Un secondo gruppo di pronunce risolve il problema della risarcibilità dei danni cagionati da prodotti la cui sicurezza è regolata da *standards* legislativi armonizzati seguendo un metodo interpretativo che denota un distacco ancora più netto rispetto al sistema di regole in materia di responsabilità del produttore e sicurezza dei prodotti predisposto dal legislatore dell’Unione Europea e trasposto dal legislatore nazionale nel nostro ordinamento. Così, dando vita a quella che è stata definita una “casistica parallela”⁵⁶, un considerevole numero di decisioni di legittimità e di merito hanno risolto il problema della risarcibilità dei danni cagionati da alcune tipologie di prodotti applicando la disciplina dell’art. 2050 c.c. in luogo di quella di derivazione comunitaria che regola la responsabilità del produttore (artt. 114 c. cons. ss.)⁵⁷. Solamente in un limitatissimo numero di precedenti è stata colta la necessità di risolvere il problema della responsabilità del produttore di beni la cui sicurezza è regolata da dettagliati *standards* legislativi adottando una lettura interpretativa in funzione della quale la difettosità del prodotto viene determinata sulla base di rigoroso riferimento ai suddetti *standards*⁵⁸. Le indicazioni che possono essere ricavate da questi precedenti testimoniano una non piena consapevolezza e considerazione del problema della responsabilità per i danni cagionati da prodotti conformi agli *standards* legislativi. Infatti, l’esiguo numero di decisioni, la laconicità delle motivazioni e la sussistenza di evidenti profili di disomogeneità tra le soluzioni adottate con riferimento alle diverse tipologie di prodotti non permettono di estrapolare regole generali idonee ad orientare con sicurezza l’interprete ogniqualvolta si ponga l’esigenza di stabilire se il danno provocato da un prodotto conforme agli *standards* legislativi possa essere risarcito.

La consapevolezza riguardo alla netta distinzione che corre tra il problema della responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti difettosi e quello della responsabilità per i danni provocati da prodotti conformi agli *standards* legislativi sembra emergere, invero, solo in alcune decisioni recenti le cui motivazioni fanno trasparire una crescente attenzione riguardo alla peculiarità del problema dei danni cagionati da prodotti conformi agli *standards* legislativi. Così, la S.C. è giunta ad escludere la responsabilità del fabbricante per un danno causalmente riconducibile all’utilizzo di uno strumento chirurgico affermando che la circostanza che il danno “sia temporalmente conseguito l’utilizzazione del prodotto” non può necessariamente condurre a conseguire la prova della sua difettosità. In altri termini, quindi, “per riconoscere la difettosità di un prodotto non è sufficiente accertare il danno da questo provocato e la sussistenza di un nesso causale” tra l’utilizzo del prodotto e il danno; ciò “non prova indirettamente, di per sé la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità del prodotto, di per sé insufficiente per

⁵⁵ Con riferimento ai danni provocati da una scala difettosa Trib. Milano 31 gennaio 2003, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1151, con nota di Della Bella, *Cedimento di scala estensibile e responsabilità del produttore-progettista: l’azione di danneggiato nella disciplina della responsabilità del produttore*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 634, con nota di Bitetto, *Oltre la siepe: la scala del giardiniere e la responsabilità da prodotto difettoso!* Relativamente ai danni cagionati da una caffettiera, Trib. Vercelli 7 aprile 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1001, con nota di Ponzanelli, *Responsabilità oggettiva del produttore e difetto di informazione*.

⁵⁶ Cabella Pisu, Cittadini e consumatori nel diritto dell’Unione Europea, cit., p. 635.

⁵⁷ Relativamente ai danni cagionati dallo scoppio di bombole a gas Cass. 4 giugno 1998, n. 5484, in *Studium Juris*, 1998, p. 1119; Cass. 19 gennaio 1995, n. 567, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, c. 97; più di recente, Cass. 26 luglio 2012, n. 13214, in *De jure*. Riguardo ai danni provocati da farmaci Trib. Salerno 2 ottobre 2007, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2008, p. 29; Trib. Brescia 31 marzo 2003, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2004, p. 1221.

⁵⁸ In materia di danni cagionati da prodotti cosmetici v. Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, II, p. 1587, con nota di Gorgoni, *Responsabilità per prodotto difettoso: alla ricerca della (prova della) causa del danno*; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 590, con nota di Klesta Dosi, *L’incerta disciplina dei prodotti abbronzanti*. Riguardo ai danni provocati dall’utilizzo di un motoreveicolo Trib. Pisa 16 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 10, p. 2108, con nota di Carnevali, *Il difetto di progettazione negli autoveicoli*; in *Danno e resp.*, 2012, p. 67, con nota di Bitetto, *Dal biscotto al pan carrè: il tortuoso percorso della responsabilità da prodotto*.

integrare la responsabilità del produttore, in mancanza del concreto accertamento della violazione degli *standards* minimi di sicurezza richiesti dalla utenza o dalle leggi in materia”⁵⁹. Il livello di sicurezza prescritto dagli *standards* legislativi, quindi, costituisce una soglia al di sotto della quale il prodotto può considerarsi difettoso, ma non corrisponde ad un livello di sicurezza assoluto tale da garantire la “più rigorosa innocuità” del prodotto stesso. In definitiva, per poter configurare una responsabilità del produttore per i danni cagionati dai prodotti che egli immette sul mercato non è sufficiente dimostrare la sussistenza di un nesso causale tra l’utilizzo del prodotto ed il verificarsi del danno; occorre, invece, dimostrare la sussistenza di un “prerequisito” della responsabilità del fabbricante e, segnatamente, che il prodotto dal quale il danno è scaturito possa considerarsi difettoso, ossia non conforme agli *standards* legislativi che ne definiscono le caratteristiche di sicurezza. Del resto, l’assunto secondo cui “non può considerarsi difettoso ogni prodotto che di per sé presenti una qualsiasi attitudine” a cagionare un danno ricorre anche in altri precedenti di legittimità in materia di danni derivanti dall’utilizzo di cosmetici conformi ai requisiti stabiliti dalla l. n. 713 del 1986⁶⁰.

La distinzione tra prodotto difettoso, ossia non conforme ai requisiti di sicurezza legislativamente prescritti e prodotto che, sebbene conforme a questi ultimi, risulti “pericoloso con riferimento all’uso anormale che se ne fa” emerge in modo ancor più nitido in un recente *obiter dictum* contenuto in una pronuncia di merito in materia di danni da fumo. Proprio valorizzando questa distinzione è stata esclusa la possibilità di dare applicazione alla disciplina in materia di responsabilità del produttore contenuta nel codice del consumo ed affermata la riconducibilità della fattispecie al più rigoroso regime di responsabilità previsto dell’art. 2050 c.c.⁶¹. Questa soluzione, del resto, può essere considerata una applicazione del principio che la S.C.⁶² aveva già espresso anni addietro, stabilendo che l’attività di produzione di sigarette deve essere considerata attività pericolosa ed assoggettata alla disciplina dell’art. 2050 c.c.⁶³.

La responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da un prodotto conforme agli *standards* legislativi è stata affermata anche in una decisione di merito nella quale si trattava di decidere riguardo ai danni subiti dal conducente di un motoveicolo pienamente conforme agli *standards* di sicurezza europei (ECE) ed americani (FMVSS)⁶⁴; *standards* che, tuttavia, ad opinione del giudicante costituivano solamente una condizione necessaria al fine di conseguire l’omologazione, ma non sufficiente ad escludere una responsabilità del produttore. Tale responsabilità, peraltro, veniva riaffermata anche sotto il profilo del difetto di informazione, ravvisato nella assenza nel libretto di istruzioni un’avvertenza che indicasse all’utilizzatore l’inidoneità strutturale del veicolo di garantire un’adeguata protezione degli occupanti in caso di incidente a velocità superiori al limite dei 50 km/h.

L’eterogeneità delle soluzioni che emerge dall’analisi delle poche decisioni nelle quali si è posto ed è stato esplicitamente individuato il problema della responsabilità del

⁵⁹ Cass. 29 maggio 2013, n. 13458, in *Danno e resp.*, 2014, con nota di Baldassarre, Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica.

⁶⁰ Cass. 15 marzo 2007 n. 6007, cit.; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116, cit.

⁶¹ Trib. Milano, sez. X, 11 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2014, con nota di Ponzanelli, *I danni da fumo: la nuova giurisprudenza milanese*.

⁶² Cass. 17 dicembre 2009, n. 26516, in *Danno e resp.*, 2011, p. 57, con nota di Monateri, La Cassazione e i danni del fumo: evitare un ennesimo “isolamento” italiano; in *Corr. giur.*, 2010, p. 488, con nota di Ponzanelli, La produzione di sigarette è attività pericolosa; in *Danno e resp.*, 2010, p. 569, con nota di D’Antoni, Il danno da fumo e l’art. 2050 c.c.: “scusate il ritardo”, che ha sancito il carattere pericoloso dell’attività di produzione e commercializzazione di prodotti derivati dal tabacco.

⁶³ Cass. 17 dicembre 2009, n. 26516, cit.

⁶⁴ Trib. Pisa 16 marzo 2011, cit.

fabbricante per i danni cagionati da prodotto conforme agli *standards* legislativi impedisce di individuare un criterio sicuro sulla base del quale prevedere gli esiti di controversie analoghe. Le decisioni in materia di danni derivanti da cosmetici o dall'utilizzo di apparecchiature mediche porterebbe ad escludere la responsabilità del fabbricante per i danni provocati da un prodotto non difettoso, ossia conforme agli *standards* legislativi di sicurezza. Peraltro le decisioni nelle quali è stata affermata la responsabilità del produttore di sigarette o di un motoreveicolo conforme agli *standards* di sicurezza europei forniscono indicazioni di segno opposto, che, invero, sembrano presentare profili di evidente contrarietà rispetto al disegno dell'armonizzazione della responsabilità del produttore nei diversi paesi che compongono l'Unione Europea⁶⁵.

Nel quadro delineato si inserisce un ulteriore elemento di complessità laddove si consideri che l'esigenza di tutelare coloro che subiscano danni dall'utilizzo di un prodotto conforme a *standards* legislativi ha indotto alcuni interpreti a valorizzare il principio di precauzione⁶⁶ come criterio di lettura delle norme in materia di responsabilità civile⁶⁷. Più precisamente, si è cercato di attribuire rilevanza al principio di precauzione per giustificare l'applicazione dell'art. 2050 c.c. riguardo al risarcimento dei danni cagionati dall'impiego di farmaci⁶⁸ o provocati dal consumo di determinati alimenti⁶⁹.

In realtà la soluzione interpretativa appena illustrata desta perplessità in quanto giungere a riconoscere al giudice il potere di applicare il regime di responsabilità previsto dall'art. 2050 c.c. ed a “cancellare”⁷⁰ l'esimente del rischio da sviluppo⁷¹ solo muovendo dall'enunciazione generica del principio di precauzione significherebbe attribuirgli una competenza che dovrebbe essere riservata al legislatore ed alla P.A. Del resto, l'obiezione ad un utilizzo “diretto” del principio di precauzione da parte del giudice chiamato a decidere della responsabilità civile del produttore risulta avvalorata laddove si consideri che la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che detto principio legittima l'adozione di misure restrittive da parte del legislatore e della P.A. in assenza di dati scientifici certi ed è, quindi, eminentemente rivolto alle “autorità amministrative”⁷². Esse sono chiamate a “trasformare” la generica enunciazione del principio di precauzione in misure concrete e circostanziate⁷³

⁶⁵ In questo senso, Monateri, La Cassazione e i danni del fumo: evitare un ennesimo “isolamento” italiano, cit., p. 57.

⁶⁶ Sul principio di precauzione De Leonardis, Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio, Milano, 2005; Del Prato, Il principio di precauzione nel diritto privato: spunti, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 637; Busnelli, Il principio di precauzione e l'impiego di biotecnologie in agricoltura, in *Regole dell'agricoltura, Regole del cibo a cura di Goldoni e Sirsi*, Pisa, 2005, pp. 115 ss; Santonastaso, Principio di precauzione e responsabilità di impresa: rischio tecnologico, le attività pericolosa per sua natura. Prime riflessioni in tema di ricerca, in *Contr. impr./Eu.*, 2005, pp. 21-24.

⁶⁷ Cfr. il documento predisposto dal Comitato Nazionale di Bioetica (C.N.B.) *Il Principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, pubblicato il 18 giugno 2004 e reperibile all'indirizzo <http://www.governo.it/BIOETICA>, p. 37.

⁶⁸ Sul punto v. Izzo, La precauzione nella responsabilità civile, Padova, 2004.

⁶⁹ La possibilità di liberarsi dalla responsabilità adducendo la mancanza di conoscenze scientifiche circa la pericolosità del prodotto al momento della sua commercializzazione (cd. rischio da sviluppo) sembra porsi ad opinione di alcuni interpreti che si sono occupati della responsabilità del fabbricante di alimenti (Giardina, *La responsabilità civile del produttore di alimenti*, in *Regole dell'agricoltura, Regole del cibo*, cit., p. 101; Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2007, p. 60) in contrasto con il principio di precauzione che l'art. 7 del reg. (Ce) n. 178/2002 sancisce in termini generali per tutti i prodotti alimentari.

⁷⁰ L'espressione è di Giardina, La responsabilità civile del produttore di alimenti, cit., p. 101.

⁷¹ Sui rapporti tra rischio da sviluppo e applicazione dell'art. 2050 c.c. si veda Querci, *Il rischio da sviluppo: origini ed evoluzioni nella disciplina degli OGM*, in “*I 25 anni di products liability*”, in *Danno e resp.*, 2012, p. 31.

⁷² Trib. I grado Comunità europee 21 ottobre 2003, n. 392/02.

⁷³ In definitiva il principio di precauzione costituisce un “nuovo parametro della valutazione della legittimità dell'azione amministrativa” (De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., p. 140) e, si potrebbe aggiungere, delle stesse leggi. Esso, quindi, è rivolto in primo luogo al legislatore o all'amministrazione, chiamati ad adottare provvedimenti capaci di contemperare le esigenze di tutela della salute con quelle della libera iniziativa economica e della tutela del mercato.

dopo aver operato, anche con il supporto di organi scientifici accreditati, una valutazione dei rischi⁷⁴ ed attuato un contemperamento tra le esigenze di tutela della salute indicate dalla scienza ed altri interessi che vengono di volta in volta in considerazione. Le “espressioni circostanziate” del principio di precauzione e le norme in materia di sicurezza dei prodotti possono essere oggetto di un sindacato da parte dei “giudici dei provvedimenti legislativi e regolamentari”⁷⁵, mentre nella prospettiva del giudice civile, chiamato a decidere riguardo al risarcimento dei danni, dovrebbero rappresentare un dato di cui occorre necessariamente prendere atto ed un limite all’espansione della responsabilità civile che non può essere messo in discussione dando applicazione al principio di precauzione⁷⁶.

7 LA LETTURA COORDINATA DELLE NORME SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE E DI QUELLE SULLA SICUREZZA DEI PRODOTTI NEGLI STATI UNITI, NELL’UNIONE EUROPEA...

Il filo conduttore dell’indagine sviluppata con riferimento al contesto nazionale, alla prospettiva dell’Unione Europea e a quella statunitense può essere riassunto nell’esigenza di individuare criteri affidabili che consentano di stabilire entro quali limiti sia possibile configurare una responsabilità del fabbricante per i danni subiti dall’utilizzo di prodotti che risultino del tutto conformi alle prescrizioni contenute negli *standards* legislativi. Proprio l’esigenza di creare le condizioni funzionali a realizzare una concorrenza equilibrata tra le imprese che operano e diffondono i loro prodotti in un mercato in cui sono compresi più ordinamenti statali presuppone necessariamente di considerare in termini uniformi il problema dei limiti alla responsabilità del produttore.

Come si è avuto modo di osservare, sia nell’Unione Europea, sia negli Stati Uniti, sono stati predisposti articolati sistemi di regole armonizzate funzionali a garantire che i prodotti siano “ragionevolmente sicuri”. Così negli Stati Uniti la frammentazione nazionale della *product liability law* viene compensata e superata mediante la predisposizione di regole federali uniformi che definiscono la sicurezza dei prodotti (*product safety law*) e che rivestono rilievo preminente rispetto alle discipline nazionali (*preemption doctrine*); nell’Unione Europea l’obiettivo dell’armonizzazione della responsabilità del produttore viene attuato mediante l’operare sinergico della disciplina uniforme delle norme che governano la responsabilità civile (dir. 85/374/CEE) e di quelle che regolano la sicurezza dei prodotti (direttiva 2001/95/CE ed altre direttive “verticali” specificamente dedicate a determinate categorie di prodotti). I complessi apparati di norme che definiscono il livello di “sicurezza ragionevole” che i diversi prodotti debbono conseguire per poter essere commercializzati costituiscono il frutto di delicate soluzioni di compromesso attraverso le quali il legi-

⁷⁴ Corte giust. Ce 9 settembre 2003, n. 236/01; Trib. I grado Comunità europee 21 ottobre 2003, n. 392/02.

⁷⁵ Più precisamente, la Corte giustizia ed il Tribunale di primo grado delle Comunità europee (nel contesto comunitario) e la Corte costituzionale, il T.A.R. ed il Consiglio di Stato (nel contesto interno) verificano che le norme in cui si esprime il principio di precauzione siano giustificate dall’effettiva presenza di rischi che – pur non compiutamente dimostrati – si basino su dati scientifici attendibili. Il raffronto del provvedimento o della legge con i dati scientifici è stato ritenuto decisivo, ad es., per stabilire se la legislazione restrittiva dell’uso dei coloranti alimentari (cfr. il caso *Motte*; Corte giust., 10 dicembre 1985, C-247/84, *Motte*, in *Racc.*, 1985, p. 3887), di additivi per pasticceria (cfr. il caso *Muller*, Corte giust., 6 maggio 1986, C-304/84, *Muller*) o di quelli utilizzati per la preparazione di una nota *Energy drink* si basi su rischi sufficientemente dimostrati (*Commissione/Francia* Corte giust. 5 febbraio 2004, C-24/00, *Commissione/Francia*).

⁷⁶ In senso critico, tuttavia, si veda Comandé, La responsabilità civile per danno da prodotto difettoso... assunta con ‘precauzione’, in *Danno e resp.*, 2013, p. 107 ss.

slatore individua un punto di equilibrio tra molteplici esigenze potenzialmente antagonistiche. Per poter garantire un’equilibrata concorrenza delle imprese ed una tutela uniforme della salute delle persone in uno spazio economico comune assume un’importanza fondamentale che le regole appena menzionate costituiscano un punto di riferimento condiviso sia quando si tratta di stabilire le condizioni di accesso al mercato, sia quando si pone il problema di sancire la responsabilità del produttore per i danni subiti dagli utilizzatori dei prodotti stessi. Come osservato, quest’esigenza trova riscontro nell’armonizzazione del diritto dell’Unione Europea e nell’uniformità che caratterizza la legislazione federale statunitense in materia di sicurezza dei prodotti. In definitiva, quindi, i complessi sistemi di norme che definiscono gli *standards* di sicurezza dei prodotti possono essere osservati come strumenti funzionali a garantire l’ordinato sviluppo di un progetto organico nel contesto di un sistema unitariamente concepito. In questo modo la responsabilità civile del produttore si espanderebbe in armonia con le scelte operate in materia di sicurezza dei prodotti; inoltre, in ragione dell’uniformità degli *standards*, si conseguirebbe l’obiettivo di addivenire ad una uniformità in materia di responsabilità civile in un determinato spazio politico ed economico⁷⁷.

8 ... E NELLA PROSPETTIVA DELL’ARMONIZZAZIONE “TRANSATLANTICA” DEGLI STANDARDS DI SICUREZZA CONSEQUENTE ALL’ATTUAZIONE DEL *TRANSATLANTIC TRADE AND INVESTMENT PARTNERSHIP* (T.T.I.P.)

Concentrando l’attenzione sui contesti nei quali la “sicurezza ragionevole” dei prodotti viene definita da norme tecniche funzionali ad attuare esigenze di armonizzazione, si riscontra, sia nell’Unione Europea, sia negli Stati Uniti la necessità che il giudice chiamato a decidere riguardo ai profili risarcitori operi una lettura rigorosamente coordinata delle norme in materia di responsabilità civile e di quelle che governano la sicurezza dei prodotti.

Questo approccio metodologico viene costantemente seguito nelle decisioni statunitensi. In quel contesto il giudice chiamato a decidere riguardo al risarcimento dei danni cagionati dai prodotti opera secondo un “percorso predefinito”. Un percorso che, invero, dovrebbe essere adottato anche dal giudice italiano in tutti i casi in cui si tratti di decidere riguardo alla responsabilità del produttore per danni cagionati da un prodotto la cui sicurezza è regolata da norme tecniche armonizzate nelle quali sono contenuti *standards* uniformi per tutti i paesi dell’Unione Europea. Egli, quindi, dovrebbe anzitutto individuare le regole in ragione delle quali stabilire se il prodotto da cui è scaturito il danno possa considerarsi “ragionevolmente sicuro”: qualora il prodotto risulti non rispettoso delle regole che ne definiscono la sicurezza sarà sancita la responsabilità del produttore; nel caso in cui non siano riscontrabili violazioni delle norme che individuano le caratteristiche costruttive del prodotto e degli *standards* di sicurezza che esso deve rispettare, invece, occorre operare una distinzione basata sulle indicazioni fornite dal legislatore. In particolare la responsabilità del

⁷⁷ Del resto, la necessità di garantire a tutti coloro che operano in un mercato unico una tendenziale prevedibilità dei giudizi e dei costi inevitabilmente connessi ai danni provocati dalle attività dei prodotti costituisce un elemento fondamentale per la creazione e la sopravvivenza di uno spazio economico unico. In tal senso si vedano le osservazioni di Busnelli e Ponzanelli, *La responsabilità del produttore tra legge speciale e Codice civile*, in *Il danno da prodotti in Italia, Austria, Repubblica federale di Germania, Svizzera*, a cura di Patti, Padova, 1990, p. 28, ove si richiama il passo della relazione al progetto di decreto legislativo sulla responsabilità del fabbricante (n. 4) nel quale si rimarca l’esigenza di contenere la responsabilità del produttore entro precisi limiti “idonei a rendere calcolabile il rischio, eliminando le punte del tutto straordinarie ed atipiche”.

produttore per i danni cagionati da un prodotto conforme agli *standards* potrebbe configurarsi qualora le discipline in materia di sicurezza e le norme tecniche armonizzate possano essere considerate funzionali a garantire solamente un livello minimo di sicurezza⁷⁸; in quest'ultimo caso il loro rispetto non consentirebbe di escludere in termini generali la responsabilità del produttore per i danni cagionati da un prodotto conforme alla disciplina sulla sicurezza, ma comunque dannoso. Diversamente, qualora gli *standards* prescritti dal legislatore assumano la valenza di limiti massimi di sicurezza, si dovrà concludere che non sussiste una responsabilità in capo al fabbricante del prodotto conforme, ma inevitabilmente dannoso⁷⁹.

L'adozione dell'approccio interpretativo indicato risulta indubbiamente funzionale all'attuazione del disegno dell'armonizzazione della responsabilità del fabbricante nei paesi dell'Unione Europea e di quegli obiettivi di efficiente funzionamento del mercato e uniforme tutela delle persone che sono alla base del sistema di regole che governano sicurezza dei prodotti della responsabilità per i danni da essi cagionati. È evidente, pertanto, che una lettura rigorosamente coordinata delle norme in materia di responsabilità del fabbricante e di quelle concernenti la sicurezza dei prodotti appare, a maggior ragione, imprescindibile nella prospettiva della prossima conclusione del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (T.T.I.P.).

⁷⁸ Cfr. Cass. 31 marzo 2011, n. 7441, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 158, con nota di Carnevali, *Farmaci difettosi e autorizzazione ministeriale*.

⁷⁹ Cass. 15 marzo 2007 n. 6007, cit.

www.fa7.edu.br

