

REVISTA JURÍDICA DA UNI7

UNI7 LAW REVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
do Centro Universitário 7 de Setembro**

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

Fortaleza	v. XIV	n. 1	jan./jun.	2017	189 p.
-----------	--------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacqueline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da UNI7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.14, n.1 (jan./jun. 2017) — Fortaleza: UNI7, 2017 [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.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

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

Revista Jurídica da UNI7 / UNI7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

www.uni7setembro.edu.br | revistajuridica@uni7setembro.edu.br

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

Editora-Chefe

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. M.Sc. Álisson José Maia Melo
UNI7, Curso de Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Conselho Editorial

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

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero
Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

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
UNI7, 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
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
UNI7, 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

Centro Universitário 7 de Setembro

Campus Água Fria

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

Campus Imperador

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

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 Luís Nogueira Matias

Apresentação

A Revista Jurídica do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) / *UNI7 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 UNI7, 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 (2017), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da UNI7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, 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 quinto 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 UNI7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). 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.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/.

As regras para publicação na RJU7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJU7 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 UNI7, 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: revistajuridica@uni7setembro.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

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 UNI7

UNI7 Law Review

v. XIV, n. 1, jan./jun. 2017

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E O CASO “LULU”

Autonomy of the will, Private Autonomy and the “Lulu” case

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Jéssica Balbinot..... 13

CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES INCONVENCIONAIS

Judicial Review of Unconventionality by Omission

George Marmelstein..... 35

CRÉDITOS DE CARBONO E A EXTRAFISCALIDADE: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL

Carbon credits and extra-fiscal: solution for sustainable development in Brazil

Francisco Joaquim Branco de Souza Filho

Tagore Trajano de Almeida Silva 59

IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DA EXPANSÃO DO AGRONEGÓCIO DA SOJA NA REGIÃO DE SANTARÉM – PA E A CRISE DOS INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL

Socio-environmental impacts of the expansion of soya agribusiness in the region of Santarém - PA and the crisis of instruments of environmental governance

Jonismar Alves Barbosa

Eliane Cristina Pinto Moreira..... 73

DA INTEGRAÇÃO À INCLUSÃO SOCIAL: O ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO PELOS DIREITOS ASSEGURADOS

From integration to social inclusion: the Status of People with Disabilities and the realization of the inclusion by the assured rights

Renata Salgado Leme

Samira da Costa Fontes 89

LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO E POLÍTICAS ANTITRUSTE

Freedom as non-domination and antitrust policies

Leandro Martins Zanitelli.....109

REQUISITOS DE VALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Validity requirements of the judicial reorganization plan

Natália Cristina Chaves.....123

A TUTELA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO EM FACE DA RESOLUÇÃO Nº 400 DA ANAC SOB A ÓPTICA DA LEI ANTITRUSTE

The guardianship of the consumer in court considering ANAC's Resolution 400 from the standpoint of antitrust law treatment

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Jéssica Mendes Dutra.....139

SERVICIOS PUBLICOS EN LA TABULA HERACLEENSIS

Serviços públicos na Tabula Heracleensis

Public services in the Tabula Heracleensis

María del Carmen López-Rendo Rodríguez.....157

LA SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE A QUARANT'ANNI DALLA RIFORMA DEL '75

A solidariedade pós-conjugal quarenta anos após a Reforma de 1975

Post-conjugal solidarity fourth years from the reform of '75

Enrico Al Mureden.....181

AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E O CASO “LULU”

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

mar.cunhaecruz@gmail.com

Jéssica Balbinot

Bacharelanda em Direito da UNOESC. Bolsista de Iniciação Científica do Programa UNIEDU, Santa Catarina. jessibalbinot@gmail.com

RESUMO: O uso ofensivo da informática no seio dos direitos fundamentais da personalidade leva à busca de formas de controle/regulação ao acesso de informações sobre o indivíduo e o destino que se faz delas. E um dos exemplos que podem ilustrar estas intercorrências é o “Caso Lulu”. O problema tematizado é o argumento do consentimento, pois sua construção jurídica provém da autonomia da vontade, hoje revisitada pela autonomia privada. O objetivo geral deste artigo é analisar a consistência do argumento do consentimento na interpretação jurídica sobre a autonomia privada quando estão em debate os direitos da personalidade, com foco nos casos do aplicativo Lulu. Procedeu-se uma pesquisa teórica, de caráter qualitativo, a partir de uma metodologia analítica para abordar os discursos normativo, doutrinário e jurisprudencial mediados para refletir sobre o argumento do consentimento. Foi realizada uma revisão bibliográfica da dogmática, com aplicação da técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, para dialogar com os conceitos e com as categorias aptas a identificar e descrever o objeto de pesquisa. A principal conclusão é que pela construção histórica da autonomia da vontade *versus* autonomia privada, é plausível afirmar que o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na apelação cível estudada se baseou numa concepção contratual norteada pelo dogma da autonomia da vontade, a qual contraria a lógica do sistema jurídico vigente. O argumento do consentimento, portanto, é inconsistente.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da vontade; Autonomia privada; Argumento do Consentimento; Dignidade da pessoa humana; Caso Lulu.

Autonomy of the will, Private Autonomy and the “Lulu” case

ABSTRACT: The use of information technology related to the fundamental rights of the personality leads to the search for ways to control the access of information about the individual and the destiny that is made of them. One of the examples that can illustrate this relationship is the “Lulu Case”. The problem is the argument of consent, because its legal configuration comes from the autonomy of the will, now revisited by private autonomy. The goal of this article is to analyze the reflexes of the consent argument in the legal interpretation on private autonomy when the rights of the personality are being debated, focusing on the cases of the Lulu application. This is a theoretical research carried out from an analytical methodology to approach the

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 14 e 31 maio 2017.

normative, doctrinal and jurisprudential discourses mediated to reflect on the argument of consent. The main conclusion is that through the historical construction of autonomy of will versus private autonomy, it is plausible to affirm that the Rio Grande do Sul Court of Appeal's understanding in the civil appeal studied was based on a contractual conception guided by the dogma of autonomy of the will, which Contrary to the logic of the current legal system. The consent argument, therefore, is inconsistent.

KEYWORDS: *Autonomy of the will. Private Autonomy. The Argument of Consent. Human Dignity. The “Lulu” case.*

INTRODUÇÃO

É fato que o ser humano desenvolve diversas potencialidades nas relações de imanência e transcendência com os demais. É neste sentido que são invocados os primordiais bens que hão de ser relacionados pelo sujeito na sua interação com a Sociedade: os bens da personalidade. Para agudizar esta relação/interação, é irrefutável pensá-los dentro do conflito permanente que os bens da personalidade encontram na Sociedade da Informação. A utilidade da *rede* como fonte de informações e como instrumento de comunicação e aproximação das pessoas é diretamente proporcional à ampliação das possibilidades de vulneração aos direitos e liberdades individuais. O uso ofensivo da informática no seio dos direitos fundamentais da personalidade leva à busca de formas de controle/regulação ao acesso de informações sobre o indivíduo e o destino que se faz delas. E um dos exemplos que podem ilustrar estas intercorrências é o “Caso Lulu”.

Em novembro de 2013, a *Luluwise Incorporation* lançou o aplicativo “Lulu” para smartphones e tablets que permitia que exclusivamente as mulheres avaliassem, anonimamente, por meio de *hashtags* pré-definidas¹, os homens de seu círculo de amizade, atribuindo notas sobre diversos aspectos pessoais (OLHAR DIGITAL, 2015; MANNARA, 2013). Os dados dos perfis dos avaliados eram fornecidos pelo Facebook. Contra a Facebook Serviços Online do Brasil Ltda e a Luluwise Incorporation foram propostas algumas ações judiciais [como em Goiânia-Goiás (CONJUR, 2013) e São Bernardo do Campo-SP (TJSP, 2014, 2015)]. Foi instaurado, inclusive, um inquérito civil público pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT, 2013), do qual resultou uma ação civil pública, que posteriormente teve sua competência declinada (TJDFT, 2013, 2014). A última das decisões judiciais que se tem notícia sobre o “Caso Lulu” é proveniente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS, 2016).

Do teor dos três primeiros julgados, algumas controvérsias jurídicas foram levantadas. Importa ressaltar as de direito material, que podem ser agrupadas nos seguintes argumentos: (1) argumento da vedação constitucional ao anonimato (art. 5º, IV, CF-88²); (2) argumento da inviolabilidade constitucional e da proteção civil da honra, da vida privada, da intimidade e da imagem (art. 5, X, CF-88³; arts. 11 ao 21, CC-02⁴); (3) argumento da relação de consumo (art. 3º,

¹ Algumas das *hashtags* pré-definidas pelo próprio aplicativo: “feio arrumadinho, não se interessa por nada, não liga no dia seguinte, dá sono, não fede nem cheira, no style, sem limites, só amigos, should como whith warning, só pensa nisso, esquentadinho, acha que o mundo gira ao seu redor”.

² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF-88): “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”.

³ CF-88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

⁴ Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 (CC-02): “CAPÍTULO II - DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CDC-90⁵), pois a partir deste reconhecimento pode se imputar como inadequadas ou insuficientes as informações sobre a fruição e riscos do serviço por eles prestados (art. 14, CDC-90⁶), além de se intitular o termo e condições de uso como mero contrato de adesão (art. 54, CDC-90⁷).

Há de se notar que todos estes argumentos estão envolvidos por um fato jurídico comum: a transmissão dos dados pessoais e imagens pelo Facebook ao aplicativo Lulu. As decisões julgaram, sumária ou definitivamente, que esta transmissão é ilícita, pois inconsentida. Contudo, a última das decisões judiciais, a proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não entendeu assim. Afirmou que ao se cadastrar no Facebook o usuário consentiu que as informações relativas ao nome, sexo e fotos de perfil poderiam ser acessadas por qualquer pessoa através da rede mundial de computadores e que as informações transmitidas do perfil do autor são resultantes de dados públicos, conforme termos de uso da rede social. Pelo consentimento expresso do titular, portanto, não haveria que se falar em compartilhamento de informações indevidas (TJRS, 2016). O TJRS utilizou o argumento do consentimento de publicidade dos dados pessoais para considerar como lícito o compartilhamento de informações pessoais dos usuários do Facebook.

Diante deste contexto, o problema tematizado é o argumento do consentimento, pois sua construção jurídica provém da autonomia da vontade, hoje revisitada pela autonomia privada. O artigo utiliza como referencial teórico os conceitos de “consistência” e de “coerência” extraídos do texto “Fundamentação jurídica, sistema e coerência” de Robert Alexy (2006) para examinar as decisões judiciais mais destacadas. O objetivo geral é analisar a consistência do argumento do consentimento na interpretação jurídica sobre a autonomia privada quando estão em debate os direitos da personalidade, com foco nos casos do aplicativo Lulu. Os objetivos específicos deste artigo são dois:

- (i) depurar a coerência dos argumentos jurídicos utilizados pelo TJRS na apelação cível n. 0158308-71.2016.8.21.7000 para declarar como lícita a transmissão de informações pessoais entre Facebook e Lulu;

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. [...]”.

⁵ Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990 (CDC-90): “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

⁶ CDC-90: “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

⁷ CDC-90: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

- (ii) analisar a consistência do argumento do consentimento pelo titular do uso dos seus direitos da personalidade.

A relevância do tema demanda uma investigação sobre os conceitos de dignidade da pessoa humana e de autonomia privada. Neste sentido, a orientação do artigo se volta para as concepções de autonomia da vontade (RODRIGUES JÚNIOR, 2012; FACHIN, 2012; BERTI, 2014; MARQUES, 2016), autonomia privada (PRATA, 1982; FERRI, 2001; BORGES, 2005a, 2005b; NETO, 2011) e de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2004; BARROSO, 2013). Procede-se uma pesquisa teórica, de caráter qualitativo, a partir de uma metodologia analítica para abordar os discursos normativo, doutrinário e jurisprudencial mediados para refletir sobre o argumento do consentimento. Foi realizada uma revisão bibliográfica da dogmática, com aplicação da técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, para dialogar com os conceitos e com as categorias aptas a identificar e descrever o objeto de pesquisa. Para alcançar os objetivos, no primeiro tópico são detalhadas as razões fáticas e sublinhados os fundamentos jurídicos declinados nos citados casos que envolveram o aplicativo Lulu, com especial atenção para a apelação cível n. 0158308-71.2016.8.21.7000. Faz-se uma análise da coerência da estrutura de fundamentação (o *iter* argumentativo) das razões de decidir deste julgado. Posteriormente, investiga-se o *locus* científico dos conceitos de dignidade da pessoa humana, de autonomia da vontade e de autonomia privada, para tecer as considerações sobre a consistência do argumento do consentimento utilizado na interpretação da apelação cível n. 0158308-71.2016.8.21.7000, do TJRS. Ao final são feitas as conclusões.

1 APRESENTAÇÃO DOS 4 CASOS DO APLICATIVO LULU

Em ação cautelar proposta em Goiás em 2013, o autor alegou ofensas aos seus direitos da personalidade por utilização não autorizada de sua imagem com a finalidade de lhe atingir a honra. A despeito de ter solicitado a exclusão da sua conta no Facebook, seu perfil permanecia ativo no aplicativo Lulu. A decisão liminar vislumbrou a plausibilidade dos argumentos jurídicos invocados, baseando-se na vedação constitucional ao anonimato (art. 5º, IV, CF-88), na inviolabilidade da honra e da imagem (art. 5, X, CF-88), na proteção civil dos direitos da personalidade (arts. 11 ao 21, CC-02), além de ver iminentes violações irreparáveis a estes direitos se novas avaliações continuassem a ser feitas no tal aplicativo. (CONJUR, 2013).

Ainda em 2013, por não ter obtido resposta ao inquérito civil público, o MPDFT ajuizou ação civil pública (ACP) por vulnerações aos direitos da personalidade dos consumidores, com pedido de liminar para a suspensão imediata do compartilhamento de dados entre o Facebook e LuluVise. A ACP teve como fundamentos normativos a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Requereu-se: a exclusão dos dados e imagens dos que não haviam consentido previamente em ser avaliados; que se vedasse a avaliação anônima, além do dano moral coletivo. (MPDFT, 2013). O juízo de primeiro grau entendeu que a proteção dos direitos do artigo 5.º deveria ser postulada por cada uma das pessoas que concretamente experimentaram a violação de seus atributos da personalidade, obstada, portanto, a legitimidade ativa do MPDFT. Em Agravo de Instrumento, a 6ª Turma Cível do TJDFT reconheceu que o MPDFT era legítimo, pois implicados no caso direitos individuais homogêneos (art. 81, III, CDC-90⁸).

⁸ CDC-90: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria

Observou que a manutenção das avaliações anônimas e da publicação destas sem o consentimento ou conhecimento dos usuários provocaria uma ofensa ao direito à intimidade, além de afrontar a vedação constitucional ao anonimato (art. 5, IV, CF-88). Concluiu que “não pode ser mantida, ao menos em cognição sumária, a possibilidade de avaliações de pessoas sem que essas tenham o conhecimento do seu teor e do seu subscritor”. (TJDFT, 2013).

Na sentença da ação julgada em São Bernardo do Campo, em 2014, o juízo certificou que o aplicativo Lulu, sem autorização dos usuários, captou perfis masculinos do Facebook que receberam do público feminino avaliações e notas, cuja a maioria dos significados ofendia a honra e a imagem. Verificou que o Facebook confessou que tais perfis foram compartilhados da sua plataforma e que o próprio aplicativo Lulu, nos seus termos de uso, admitia retirar do Facebook os dados pessoais dos avaliados. Neste sentido, adota um argumento consumerista, com o qual inicia suas razões de decidir. Imputou ao Facebook e ao Lulu a qualidade de fornecedores de serviço (art. 3º, CDC-90), solidários nesta relação de consumo. Apontou que houve insuficiência ou que foram inadequadas as informações sobre a fruição e riscos do serviço por eles prestados (art. 14, CDC-90). Ademais, refutou o argumento de anuência do autor, que consistia na afirmação de que ao firmar o termo e condições de uso do Facebook o autor havia cedido voluntariamente suas imagens e seus dados pessoais. Pontuou-se que pois tal pacto não autoriza o fornecedor a usá-lo economicamente para violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, pois tais bens são protegidos como direitos individuais fundamentais pela Constituição (art. 5º, X, CF-88). A sentença afirma que o termo e condições de uso é mero contrato de adesão, onde as cláusulas são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços (art. 54, CDC-90), “que **não** rompe o princípio fundamental da República da **dignidade da pessoa humana**” (art. 3º, III, CF-88⁹). Além disso, reputa as condutas do Facebook e do Lulu como ilícitas pois: o aplicativo prima pelo anonimato, vedado pela Constituição Federal (art. 5º, IV, CF-88); as avaliações por *hashtags* pré-definidas pelo aplicativo são potencialmente violadoras à honra e à imagem dos avaliados. Observou, portanto, ser cabível a indenização por dano moral pela violação dos direitos da personalidade praticada pelo Facebook e pelo Lulu, condenando-os ao pagamento de R\$20.000,00 (vinte mil reais) (TJSP, 2014). A segunda instância negou provimento à apelação da *Luluise Incorporation*, baseando-se nos mesmos fundamentos da sentença. (TJSP, 2015).

Em uma indenizatória por danos morais, protocolada em 2013 ante a Comarca de Marau-RS, alegou-se que o Facebook forneceu ao aplicativo “Lulu” dados e informações que violaram a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do autor. Ressaltou-se o fato de não ter havido autorização, além da tentativa, sem êxito, de solicitar o cancelamento do cadastro/inscrição. O Facebook, em contestação, alegou sua ilegitimidade passiva, bem como ausência de comprovação dos fatos constitutivos de direito do autor, e que o próprio usuário aderiu aos termos e condições de uso do seu site. Alega ainda descabimento de indenização por danos morais e culpa exclusiva do terceiro, Luluise Incorporation. Citada, a Toweb Brasil Ltda sustentou sua ilegitimidade passiva. No mérito, discorreu acerca da atividade dos provedores de domínios e da sua não responsabilização pelo conteúdo inserido nos domínios que por eles são registrados.

A sentença deu parcial procedência, condenando o Facebook e a Luluise. (TJRS, 2014). Em sua fundamentação de 9 de setembro de 2014, o juízo de primeira instância repeliu a alegação de ilegitimidade passiva do Facebook, por considerar de essencial importância a sua participação

ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁹ CF-88: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”.

como transmissor dos perfis para o funcionamento do aplicativo. Refutou, também, o argumento do consentimento do autor aos termos de uso aliada à publicidade dos dados do perfil e da imagem do autor. Afirmou que apesar de concordar com a divulgação da imagem e de seus dados ao se cadastrar, este consentimento não autoriza “de maneira automática e irrestrita, que suas informações pessoais sejam utilizadas de qualquer forma, em qualquer outro site ou aplicativo, muito menos de forma depreciativa, como é o que se verifica com relação ao aplicativo Lulu”. Pela ausência da concordância, conhecimento e consentimento prévio do titular dos dados e informações pessoais, reconheceu a ilicitude das condutas do Facebook e do Lulu. Entendeu sem aplicabilidade jurídica o argumento do consentimento da publicidade dos dados e imagens do perfil do autor, considerando o Facebook responsável pela transmissão. Verificou que houve violação à intimidade, à honra e à imagem (art. 5, X, CF-88) e vulneração à proteção civil dos direitos da personalidade (arts. 11 ao 21, CC-02). (TJRS, 2014).

O TJRS decretou a nulidade do processo por ausência de citação válida de uma das rés, desconstituindo a sentença proferida. Homologou-se a desistência da ação com relação à *Lulu-vise Incorporation*. A sentença de 18 de novembro de 2015 utilizou os mesmos fundamentos para julgar parcialmente procedente e condenar o Facebook ao pagamento de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) (TJRS, 2015). O Facebook interpôs recurso.

A 10ª Câmara Cível do TJRS, por unanimidade, deu provimento à apelação, julgando pela inexistência de responsabilidade do Facebook. O acórdão adotou, na integralidade, o relatório da primeira instância. Na fundamentação, reproduziu grande parte de outra decisão proferida pelo próprio Tribunal, entendida como análoga. As foram razões as seguintes: (i) é aplicável o Código de Defesa do Consumidor, com o reconhecimento da relação de consumo. A expressão legal “mediante remuneração” não pode ser confundida pela ausência de onerosidade ao consumidor; (ii) o autor não comprovou o compartilhamento dos dados entre Facebook e Lulu, pois o aplicativo importa dados de outras redes (art. 333, I, CPC-73¹⁰); (iii) ainda que comprovado o compartilhamento, o argumento do consentimento foi preponderante. O acórdão adere ao alegado das empresas de que o termo de uso do Facebook estipula que os dados pessoais e as imagens serão públicos e que o Lulu não divulgou dados de caráter privativo, capazes de ofender o requerente. Assim, não há ilegalidade ou compartilhamento indevido de dados pelo Facebook; (iv) inexistente prova de que o Facebook seja parceiro empresarial da LuluVise, ou que obtenha lucro com o compartilhamento de dados com o aplicativo (art. 333, I, CPC-73)¹¹. No mesmo sentido, há um julgado das Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro do processo nº 0075614-49.2013.8.19.0002.

Antes de avançar para o objeto deste artigo, pode-se apontar uma incoerência argumentativa do teor das razões do TJRS com relação à estrutura da fundamentação do acórdão. Para Robert Alexy (2006), os conceitos de coerência e consistência hão de ser diferenciados. Uma tese consistente é aquela que não evidencia uma contradição lógica. O conceito de coerência pode de ser forjado de modo que contemple a consistência como lado negativo da coerência, isto é, que o conceito de coerência resida quando não ocorra inconsistências. Mas Alexy (2006) prefere que tal conceito seja relacionado exclusivamente a conexões positivas. Estas conexões positivas tem a ver com as relações de fundamentação. E por isso pugna que “Quanto melhor é a estrutura da fundamentação de uma classe de declarações tanto mais coerente é essa classe de declarações”. O termo “declarações” inclui as declarações normativas e valorativas. A determinação da coerência pode ser relacionada com os sistemas de normas e ordenamentos de valores.

¹⁰ Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973 (CPC-73): “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;”.

¹¹ O julgamento foi em 2 de Junho de 2016, contudo o acórdão não utilizou o dispositivo normativo correspondente da lei em vigência: Lei 13.105 de 2015 (art. 1.045 c/c 1.046).

Alexy (2006) detalha os conceitos de fundamentação, de estrutura de fundamentação e de grau ou medida com que os critérios de coerência são cumpridos. O conceito de fundamentação é concebido “de maneira que uma declaração p fundamenta uma declaração q exatamente então, quando q nem sozinho de p nem de p em união com outras premissas resulta logicamente” (ALEXY, 2006, p.297-310). A estrutura de fundamentação se relaciona com a “classe de das propriedades formais de todas as relações de fundamentação que existem dentro da classe de declarações, a cada vez considerada”. Admite que os critérios de coerência se caracterizam pelo fato de serem possíveis de ser cumpridos em graus diferentes e que podem colidir. A característica da estrutura de fundamentação, portanto, “determina-se segundo a medida na qual os critérios de coerência são cumpridos” (ALEXY, 2006, p. 297-310).

Alexy (2006) triparte os critérios de coerência em: a) os relacionados imediatamente com as propriedades de estrutura da fundamentação de um sistema de declarações; b) os que se centram nas propriedades dos conceitos empregados em um sistema de declarações; c) os concernentes às propriedades do âmbito do objeto de um sistema. Os dois últimos critérios de coerência dizem respeito às propriedades da estrutura de fundamentação.

Quanto às propriedades da estrutura de fundamentação, Alexy (2006) faz a conexão entre

- (1) o número das relações de fundamentação, pois é uma exigência mínima de coerência que entre as declarações de um sistema haja relações de fundamentação: “quanto mais declarações de um sistema são fundamentadas por uma outra declaração desse sistema, tanto mais coerente é o sistema” e que “Devem ser justificadas tantas declarações quanto possível de um sistema por outras declarações desse sistema”;
- (2) a extensão da corrente de fundamentação, pois a coerência de um sistema depende da extensão e dos números das correntes de fundamentação, pois: “quanto mais extensas são as correntes de fundamentação, que pertencem a um sistema, tanto mais coerente é o sistema”;
- (3) o enlace das correntes de fundamentação, pois importa para os sistemas normativos que a fundamentação de declarações mais gerais crie a possibilidade do enlace de correntes de fundamentação, relativamente mais especiais, pois: “quanto mais correntes de fundamentação têm uma premissa de partida comum, tanto mais coerente é o sistema” e “quanto mais correntes de fundamentação têm uma conclusão comum, tanto mais coerente é o sistema”; a
- (4) ponderação dos fundamentos, quando há uma colisão de princípios, mas no caso Lulu não foi aventada esta colisão;
- (5) a fundamentação recíproca empírica, analítica e normativa, pois quantos mais fundamentações recíprocas em um sistema, tanto mais coerente ele será ocasionando um “equilíbrio reflexivo” entre elas.

Alexy (2006) ainda aponta a propriedade dos conceitos de uma teoria e as propriedades do âmbito do objeto. Este artigo se pautará no conceito de coerência apenas no aspecto da estruturação da fundamentação, pois não se está a avaliar sistemas ou teorias e sim dois dos acórdãos: a decisão do TJRS (2016) e o julgado do TJSP (2015). O motivo eleito para a comparação se dá por dois critérios: a colegialidade das decisões e a instância em que chegaram. Além disso, há uma convergência em uma declaração normativa geral nestes tribunais: ambos reconhecem o “argumento consumerista”, ou seja, a existência da relação de consumo entre o autor da ação e

os fornecedores Facebook e Luluvis Corporation (art. 2º e 3º, CDC-90¹²). Mas a partir daí há uma divergência entre os dois Tribunais nas estruturas de fundamentação do argumento consumerista quanto:

- (1) ao número das relações de fundamentação;
- (2) à extensão da corrente de fundamentação;
- (3) ao enlace das correntes de fundamentação e
- (4) à fundamentação recíproca.

O TJSP utiliza 6 correntes de fundamentação: responsabilidade solidária; informação inadequada/insuficiente; contrato de adesão; dignidade da pessoa humana; inviolabilidade dos direitos da personalidade; vedação ao anonimato. Ao declarar que há na lide a premissa da relação de consumo (declaração normativa geral), utiliza 3 correntes de fundamentação com o mesmo argumento consumerista: 1-imputa a solidariedade do Facebook e do Lulu nesta relação de consumo (arts. 7º, párr. único; 18, 19, 25, § 1º, CDC-90¹³); 2-grifa a insuficiência ou inadequação

¹² CDC-90: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. [...]

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹³ CDC-90: “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

“Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. § 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. § 6º São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”.

“Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - o abatimento proporcional do preço; II - complementação do peso ou medida; III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. § 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior. § 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”.

“Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão

de informações sobre a fruição e riscos do serviço por eles prestados (art. 14, CDC-90); 3-afirma que o termo e condições de uso é mero contrato de adesão, onde as cláusulas são estipuladas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços (art. 54, CDC-90). Das 6 correntes de fundamentação, a extensão de 3 contém o argumento consumerista (declaração normativa geral), o que representa 50% das correntes de fundamentação do acórdão paulista. Não obstante, 5 são os enlaces das correntes de fundamentação que partem do argumento consumerista. O TJSP observa que o termo e condições de uso não autoriza o fornecedor a usá-lo economicamente para violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, pois tais bens são protegidos como direitos individuais fundamentais pela Constituição (art. 5º, X, CF-88); declara que o termo e condições de uso é mero contrato de adesão (art. 54, CDC-90), o qual não prevalece sobre a dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CF-88). A única corrente de fundamentação desprovida deste enlace é a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, CF-88), o que deduz um 83,33% de enlace entre correntes de fundamentação. E mais. Há fundamentação recíproca entre o argumento consumerista (declaração normativa geral de existência de relação de consumo) e 3 declarações especiais (responsabilidade solidária; informação inadequada/insuficiente; contrato de adesão), o que também resulta em 50% de reciprocidade das correntes de fundamentação e um equilíbrio reflexivo.

Por outro lado, TJRS adota o argumento consumerista (declaração normativa geral), mas não utiliza a lógica das relações de consumo para as correntes de fundamentação de sua decisão. O TJRS utiliza 3 correntes de fundamentação: não comprovação de compartilhamento; consentimento do autor aos termos de uso; inexistência de prova da parceria empresarial. Duas correntes de fundamentação se voltam para o ônus probatório de dois fatos distintos (não comprovação de compartilhamento; inexistência de prova da parceria empresarial). A outra corrente de fundamentação utiliza o argumento do consentimento e da publicidade dos dados pessoais. As 3 correntes de fundamentação não guardam relações de fundamentação (fática); nenhuma destas 3 pertence ao argumento consumerista. Disso decorre ser zero a extensão das correntes de fundamentação baseadas no argumento consumerista (declaração geral normativa). Há enlace entre duas correntes de fundamentação quanto à inexistência de provas (do compartilhamento + da parceria empresarial). Apesar de não se relacionarem faticamente, tampouco se reportarem ao argumento consumerista (declaração geral normativa), há uma mesma fundamentação de texto normativo entre as duas correntes de fundamentação (art. 333, I, CPC-73), do que se deduz que 66,66% de enlace entre as correntes de fundamentação. Entretanto, não há fundamentação recíproca. Da leitura das correntes de fundamentação resulta que a coerência argumentativa na estrutura de fundamentação do acórdão paulista é maior do que a estrutura da fundamentação do acórdão gaúcho.

Com efeito, o enfoque deste artigo é examinar a consistência do argumento do consentimento utilizado na interpretação de contendas jurídicas que envolvam direitos da personalidade. Depurados, pois, quais foram os argumentos jurídicos utilizados pelo TJRS (2016), para declarar como lícita a transmissão de informações pessoais entre Facebook e Lulu, resta analisar as implicações jurídicas do consentimento pelo titular do uso dos seus direitos da personalidade, pois o próprio TJRS confirma que “cumpre registrar que o fundamento do pedido indenizatório formulado pelo autor em face do requerido é a importação das informações da rede social Facebook ao aplicativo Lulu, sem prévia autorização”.

solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores. § 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação”.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E A DECISÃO GAÚCHA DO CASO “LULU”

É irrefutável afirmar que atualmente a tendência dos ordenamentos jurídicos é o reconhecimento do ser humano como centro e fim do direito¹⁴. Esta propensão encontra-se pautada, entre outros motivos, na reação dos Estados democráticos após a traumática experiência da ideologia nazifascista. As mudanças políticas, econômicas e sociais produzidas pelas duas Guerras Mundiais se refletiram de forma imediata nas Declarações de Direitos, principalmente na Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948¹⁵. A pessoa humana passou a merecer valorações cardinais para o Direito, outorgando-se elevada importância à personalidade, corroborando-se a ideia de que é a pessoa a figura mais relevante para a Sociedade. Emergiu, neste contexto, o fenômeno que a doutrina autorizada denominada de “repersonalização do Direito”, que se traduziu, entre outros efeitos, na inserção na Constituição de matérias que antes eram exclusiva dos fechados Códigos Civis, e a adoção pelos ordenamentos jurídicos de direitos humanos como diretrizes essenciais do Estado. Foram estes incorporados nas Constituições como direitos e garantias fundamentais dedicados a proteger a pessoa humana. Neste sentido, as circunstâncias históricas, sociais e políticas levaram à proteção da personalidade do ser humano, e a consequente adoção pelos Estados de um valor¹⁶

¹⁴ À guisa de ilustração, a Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, adotou esta perspectiva no artigo 3º. “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”.

Na mesma linha, a Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, tem acolhimento formal do valor dignidade da pessoa humana no artigo 1.1: “*A dignidade humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais*” (tradução nossa).

Não destoante, a Constituição da República Portuguesa, de 25 de Abril de 1976, proclama a dignidade no seu art. 1º: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Com a mesma inteligência, a Constituição Espanhola, de 29 de Dezembro de 1978, dispõe sobre a dignidade no art. 10.1: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

¹⁵ No preâmbulo declarou “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”, completando o raciocínio no artigo 1º. “*Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade*”.

¹⁶ É oportuno comentar, de modo breve, a preferência de denominar a dignidade humana como *valor*. É certo que se costuma conferir aos conceitos “valor” e “princípio”, um caráter prescritivo, mas também é certo que as divergências surgem quando se examina a natureza desta prescritividade. A principal dificuldade neste debate é a tradução destes nas formalizações normativas do Estado, no momento da concessão de maior ou menor relevância jurídica para aqueles que estão insetos no texto constitucional. Por esse motivo surgiu a ideia de que os valores só têm eficácia interpretativa, porque são normas programáticas, simples diretrizes ou declarações retóricas, sem valor vinculativo, identificados como padrões de legitimação da ordem jurídica, e não como parâmetros da legitimidade dos atos jurídicos e que pertencem ao campo axiológico. Nada obstante, o conceito de *valores constitucionais* oferecido por PÉREZ LUÑO (1987) que indica que eles têm uma tripla dimensão: fundamentadora, orientadora e crítica. Além disso, os valores normalmente não contêm especificações sobre os pressupostos que devem ser aplicados, nem sobre as consequências jurídicas que se devem seguir para a sua implementação. Por conseguinte, os valores formam o contexto *histórico-espiritual* da interpretação da Constituição e, em particular, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Os princípios, por sua vez, têm eficácia normativa e interpretativa, são conceitos deontológicos e podem agir simultânea ou sucessivamente, como: critérios hermenêuticos (*principia cognoscendi*), para revelar, interpretar e aplicar as restantes normas jurídicas; como fontes de direito (*principia essendi*) compreendendo elementos normativos ou partes dentro do sistema; ou como padrões de avaliação (*prima principia*), ou seja, como axiomas ou postulados axiológicos que devem inspirar toda a ordem jurídica (PÉREZ LUÑO, 1987)). No entanto, como bem delimita Zoco Zabala (2003) na medida em que, como que o juiz conduza uma atividade interpretativa-criadora, completando as extremidades da norma não previstas pelo legislador, também projeta o valor na norma de decisão. Essa linha de pensamento aqui descrita leva ao entendimento de que a abordagem prescritiva do valor, que seria feita primeiramente pelo legislador, pode alcançar sua eficácia jurídica na interpretação dada a qualquer texto normativo quando feita pelo Poder Judiciário. Por isso se afirma que os valores, por sua generalidade, permitem uma grande variedade de conversões interpretativo-normativas,

básico enraizado e encontrado em qualquer Sociedade plural e democrática: a dignidade da pessoa humana como fundamento da Constituição.

Com efeito, é conveniente recordar que a relevância da Constituição, antes deste período, direcionava-se para o documento político que ela representava. Após as duas Grandes Guerras Mundiais o texto constitucional adquiriu verdadeira força normativa, e se impôs como instrumento reitor do ordenamento jurídico do Estado como o texto normativo-jurídico superior (HESSE, 1983). A garantia de eficácia jurídica dos direitos baseados na dignidade da pessoa humana não reclamava, exclusivamente, uma mera fixação de dispositivos normativos, mas, sobretudo, uma atualização do ordenamento jurídico. Dito ordenamento jurídico, por tanto, necessitou ser formulado e declarado vinculante pelos poderes estatais em toda sua amplitude, devendo ser concretizada e assegurada sua observância, circunstâncias essas que foram possíveis graças à força normativa que alcançou a Constituição.

Neste contexto, é irretorquível interpretar que a alocação do princípio democrático na base do processo de formação da vontade do Estado legitimou a mencionada positividade da dignidade da pessoa humana. (VESSONI, 2005). De fato, as Constituições democráticas situam o sujeito como emissor e destinatário do Direito, estabelecem a dignidade da pessoa humana como seu principal fundamento e como premissa antropológico-cultural para elevar a democracia como uma consequência orgânica. (HÄBERLE, 1997). É indubitável convergir, portanto, que a força normativa adquirida pela Constituição permitiu, pois, que a teorização da dignidade da pessoa humana se convertesse em uma realidade jurídica. (HESSE, 1983).

Não obstante a inserção e a importância formal da dignidade humana na Constituição contemporânea, tarefa árdua é identificar seu âmbito de configuração material. Isso porque, como aduz Pérez Luño (2005), parece ser tributo inexorável dos conceitos e categorias mais recorrentes da teoria jurídica padecer de um déficit de intenção conceitual proporcionalmente inverso a sua extensão de uso. O constitucionalismo brasileiro incluiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil no art. 1º, III¹⁷. Ingo Sarlet (2004) e Luís Roberto Barroso (2013) se propuseram a dialogar com o texto constitucional para pugnar por uma configuração jurídico-constitucional deste aludido fundamento.

Ingo Sarlet (2004, p.41) admite que dizer o que é dignidade é mais difícil do que desvendar o que ela não é. Por isso advoga por um conceito em construção e em desenvolvimento. Inicialmente recorre ao sentido moral (estoico) e socio-político (clássico) para situar a concepção mais remota dignidade. Comenta, igualmente, sobre a perspectiva tomista de *dignitas humana*, que une a dignidade do ser humano à sua inata capacidade de autodeterminação para afirmar sua existência a partir da sua própria autonomia. Não se olvida da proposta racionalista de Pico della Mirandola, que imputa a racionalidade como inerente ao ser humano como a qualidade que possibilita a construção com liberdade e independência da sua própria existência e de seu destino. Recorda a teorização kantiana, para ressaltar que a autonomia da vontade pode ser a “faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana” (SARLET, 2004, p.33). Ainda descreve a dimensão histórico-cultural da dignidade presente em Hegel. Não deixa de sublinhar uma perspectiva ontológica e instrumental de

enquanto os princípios prefiguram as possibilidades de sua transmutação em normas. Esses conceitos, valor e princípio, são diferentes desde um aspecto meramente quantitativo-gradativo (abstração) e não qualitativo-eficaz (eficácia jurídica). Em sentido semelhante, PÉREZ LUÑO (2005) afirma que a recepção constitucional do valor conecta sua normatividade jurídica à sua prescritividade ética.

¹⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”

dignidade. Todavia, ao seu juízo, o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece ser retirado primordialmente da proposta kantiana, que se centra na autonomia e na autodeterminação de cada pessoa (SARLET, 2004, p. 45). A esta dimensão “natural” de dignidade se soma a dimensão cultural, pois as pessoas se complementam e interagem. Defende, portanto, uma dimensão dúplice de dignidade, vinculada à expressão da autonomia da pessoa humana (autodeterminação) e à necessidade de sua proteção (assistência). Identifica, portanto, uma proposta simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana ao conceituá-la como:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET, 2004, p.60).

Por sua vez, na conceituação de dignidade da pessoa humana Luís Roberto Barroso (2013, p.62) aponta duas dimensões: “uma interna, que expressa no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; e outra externa, representando seus direitos, aspirações e responsabilidades, assim como os correlatos deveres de terceiros”. Barroso (2013) traça alguns conceitos kantianos para elucidar a importância desta filosofia para o conceito de dignidade e autonomia. Admite que a autonomia está ligada à vontade livre. A autonomia deflui da autodeterminação, do autogoverno, não vinculada a uma vontade heterônoma. E a dignidade, nesta perspectiva kantiana, tem como um dos seus fundamentos a autonomia.

Barroso (2013) identifica uma proposta de conteúdo tripartite da dignidade. Há um (i) valor intrínseco-ontológico, ligado à natureza do ser, composto “por um conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhe confere um *status* especial e superior no mundo, distinto de outras espécies” (BARROSO, 2013, p. 76). No valor intrínseco Barroso (2013) inclui, além da igualdade, alguns direitos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e o direito à integridade psíquica. Neste direito, na nossa tradição, estão compreendidos o direito à honra, o direito à própria imagem, o direito à vida privada e o direito à intimidade.

Barroso (2013, p. 81) também inclui no conteúdo da dignidade da pessoa humana a (ii) autonomia, como “elemento ético”. É no contexto da autonomia que se desenvolve a autodeterminação. Recorda da autonomia moral kantiana (desvinculação de influências heterônomas), contudo, aposta na autonomia pessoal, detalhada pela razão, independência e escolha. A autonomia consiste na “capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas” (BARROSO, 2013, p. 82). Desta decorrem alguns direitos fundamentais, como as liberdades básicas (autonomia privada) e o direito à participação política (autonomia pública). Sobre a autonomia privada, um dos objetos deste texto, Barroso (2013, p. 83) exemplifica a concepção estadunidense, para reforçar que “significa autogoverno do indivíduo”.

O (iii) valor comunitário, para Barroso (2013), reproduz o “elemento social da dignidade”, a sua face relacional. Neste elemento da dignidade estão contidos os valores compartilhados, as normas impostas pelo Estado. Estão dentro do valor comunitário os papéis da comunidade e do Estado que projetam metas coletivas e problematizam as restrições aos direitos e liberdades individuais.

Com efeito, é forçoso inferir que tanto a concepção ambivalente de Ingo Sarlet (2004) como a concepção tripartite de Barroso (2013) incluem a autonomia como um dos elementos da

dignidade da pessoa humana. Barroso (2013) ressalta, inequívoca e textualmente, como elementos da dignidade da pessoa humana os direitos da personalidade tensionados nos casos do aplicativo Lulu: direito à honra, direito à imagem e direito à vida privada/intimidade.

De fato, é de se estimular que o Estado deve-se propor a materializar a igualdade entre os seres humanos, porque integram a sociedade como pessoas; que o Estado deve oferecer a garantia da independência e de autonomia do ser humano, de maneira que impeça toda coação ilícita externa ao livre desenvolvimento da personalidade, como também toda ação que implique em sua degradação. Compete, pois, ao Estado Constitucional conferir proteção aos direitos inalienáveis do ser humano e promover garantias fundamentais para que nenhum ser humano se desenvolva em condições desumanas. A dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, confessadamente um Estado Democrático de Direito, implica reconhecer, sem transcendências ou metafísicas, que o ser humano é o limite e o fundamento do domínio político do Estado (*homo noumenon*). (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Nada obstante, em que pese o ser humano ter adquirido esta importância no ordenamento jurídico-constitucional (ser fundamento e limite do poder político), é oportuno ressaltar que a dignidade da pessoa humana não converte o sujeito em um ser ilimitado em sua autonomia. O próprio valor da dignidade da pessoa humana pode limitar a autonomia privada. Antes de sufragar esta afirmação, convém diferenciar a denominação de autonomia da vontade e autonomia privada.

É usual contextualizar os temas de Direito Privado com algum instituto que tenha correspondência no direito romano. Ana Prata (1982, p. 7-12), por exemplo, recorda a intrínseca vinculação que tinha o conceito de autonomia com os de sujeito jurídico e de propriedade no direito romano. Christian Baldus (2011), por seu turno, aduz que é no direito romano que se vislumbra um indício histórico de que a tese da autonomia (mas não os seus fundamentos metajurídicos) foi desenvolvida em Roma, embora apenas raramente problematizada. Tais indícios provêm do respeito à liberdade e à propriedade, da formação contratual e das disposições testamentárias. Érico de Pina Cabral (2011) também recorda a vinculação da autonomia com os negócios não formais da quotidiano dos romanos (*bona fides*) e nos negócios formais, como no contrato e no testamento, passando a interpretação ter importância ao se querer compreender a *verba* por meio da *voluntas* individual.

Não obstante, a construção do conceito moderno de autonomia se remonta à França, da passagem do século XVIII para meados do século XIX (ARAÚJO, 2006; FACHIN, 2012). Os propósitos da Revolução Francesa subsidiaram a construção jurídica do consenso, resultando que a idealização da autonomia da vontade inspirasse propostas políticas, jurídicas e sociais, com base na ideia “contratualista” (ARAÚJO, 2006).

O termo autonomia da vontade, segundo Roxana Borges (2005a) foi incluído na perspectiva jurídica em que a vontade era, por si só, fundamento de direitos. Segundo a tese dos voluntaristas, a declaração de vontade é a que gera atos e negócios jurídicos. A vontade, portanto, constituía-se um elemento central na teoria dos atos jurídicos. Um dos pilares da defesa da autonomia da vontade foi a ideia da indissociação entre a pessoa e a sua vontade, a vontade como própria expressão psíquica da pessoa. Neste sentido, forjou-se o argumento do consentimento (“consensualismo”) em que se reconhecia força jurídica a um acordo de vontades, criando efeitos jurídicos. Um dos grandes exemplos desta assertiva é o artigo 1.134, del Código Civil Napoleônico, promulgado em 1804, o qual solenizava a preponderância do papel do consentimento, afirmando que o contrato deveria ser convencionado de boa-fé, era lei entre as partes, podendo ser revogado apenas por mútuo consentimento, ou por causas fixadas em lei: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées

que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”. (FRANCE, 2004). Esta formulação foi reproduzida no art. 702 do Código Civil português de 1867; no art. 1.091 do Código Civil espanhol de 1889 e no art. 1.933 do Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas (RODRIGUES JUNIOR, 2011).

De fato, admitia-se que cabia aos particulares, com esteio na vontade, instituir as regras contratuais e as consequências a serem levadas a cabo, sem a interferência do poder público (BERTI, 2014). A autonomia da vontade se configurava, pois, no poder de “criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa: o contrato era uma esfera de livre atuação dos particulares” (BERTI, 2014, p. 69-94). Não se pode olvidar que este dogma da vontade era estruturado com o pressuposto da igualdade entre os contratantes. Prevalente na época, portanto, a premissa da igualdade formal entre as partes (ARAÚJO, 2006). O conceito de autonomia era caracterizado como demonstração do poder jurígeno dos particulares (ARAÚJO, 2006; NETO, 2011). A partir desta compreensão da autonomia da vontade, o Direito teria de assegurar que a vontade criadora do contrato fosse livre de vícios ou de defeitos, o que deu lugar às teorizações da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos e dos vícios do consentimento (MARQUES, 2016).

Luigi Ferri (2001), por seu turno, critica a autonomia da vontade. Aduz que quem assim o faz, dá relevo à vontade real ou psicológica dos sujeitos, que supostamente é a raiz dos negócios e efeitos jurídicos. Ao se interpretar um contrato, a hermenêutica teria de precisar a vontade dos contratantes, não desligando o negócio jurídico do momento psicológico da iniciativa contratual (BERTI, 2014). A prevalecer esta ótica, o estado anímico dos pactuantes para a celebração do contrato seria decisivo, priorizada uma conotação mais subjetiva (ADOLFO; PIRES, 2015). E por isso se deduzia que a autonomia da vontade esteve conectada a elementos predominantemente subjetivos, baseados na psique dos contratantes (BERTI, 2014), o que nos remontaria a um modo de interpretação que não dispensa uma análise psicológica, presente, por exemplo, na “divinação” levantada por Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher. (RUEDELL, 2012, 2013; DILTHEY, 1900)¹⁸.

Por sua vez, a teoria da autonomia privada questionou o dogma voluntarista ao advogar que o mero consentimento não é capaz de criar direito. Consoante pugna Francisco dos Santos Amaral Neto (2011), a autonomia privada “problematiza as relações entre a vontade e a norma”. Se acentuada a primeira, prevalecerá a natureza subjetiva da discussão, em que se dá predileção à vontade dos agentes. Se maximizada a segunda, verificar-se-á os interesses gerais da comunidade, potencializados pelo caráter objetivo da declaração normativa.

¹⁸ Esta postura leva a hermenêutica contratual às teorizações do teólogo protestante Friedrich Schleiermacher (1768-1834), considerado um dos precursores da hermenêutica moderna (RUEDELL, 2012, 2013; DILTHEY, 1900). Friedrich Schleiermacher teoriza a hermenêutica sob duas condições: a consciência livre e criadora do sujeito e a linguagem. Isso porque o discurso tem uma dupla relação: para o todo da linguagem e para o todo do pensamento do autor. Autor e linguagem, portanto, são inseparáveis na constituição de um discurso, e por isso estas duas perspectivas de interpretação e compreensão são exigidas e igualmente importantes. Friedrich Schleiermacher completou a exegese gramatical com a interpretação psicológica, a que se referiu como divinatória (divinação). A interpretação psicológica se refere ao autor e a seu estilo. O autor não é uma figura abstrata, mas situado num contexto, que, de alguma forma, o constitui. A hermenêutica deveria aproximar, portanto, o liame entre o estilo/tendência e seu autor. A interpretação não se orientaria apenas para o texto, sobretudo, para o diálogo com o seu autor. Com este proceder, o hermeneuta reencontraria a sua intenção originária (projeto originário), os motivos que o levaram a escrever (Divinação). Há de se unir a literalidade da interpretação gramatical potencializada pela “interpretação psicológica”. O hermeneuta haveria de buscar as circunstâncias concretas que conformaram a redação do texto, recriando a mente do autor de acordo com os influxos sociais que marcaram sua existência. A divinação era, pois, o esforço de refazer o projeto criador e imaginário do autor: a tentativa de refazer a singularidade estilística de uma obra (interpretação técnica) e de seu autor (interpretação psicológica). Há, pois, uma dependência mútua entre o *iter* gramatical e o psicológico.

Com a autonomia privada se defendeu que a vontade, em si mesma, é interna ao sujeito e não pode ser reconhecível por outra pessoa e pelo ordenamento jurídico, existindo unicamente para a consciência da própria pessoa¹⁹. (BORGES, 2005a, p. 52; CABRAL, 2011). Por este motivo é que se começou a empregar o termo manifestação ou declaração da vontade e não somente vontade. Somente seria legítimo o consentimento previsto no ordenamento jurídico ou que não o contrariasse. (BORGES, 2005b, p. 73). O negócio jurídico não se origina simplesmente da manifestação da vontade, pois tal concepção procede de um primado individualista, que considera o sujeito fora do contexto social. Não há como estabelecer, portanto, uma conexão automática entre a vontade e os efeitos jurídicos. Com a autonomia privada se indaga, pois, a vontade individual onipotente, a qual poderia transcender a consequências jurídicas desprovidas de limites. A autonomia privada, pelo contrário, sempre estará condicionada pela ordem jurídica, que estabelece a forma, o conteúdo, a capacidade e a legitimidade dos sujeitos. A vontade e a sua declaração são requisitos para a conformação do negócio jurídico, mas não são condições suficientes de validade (BORGES, 2005b).

Esta linha de pensamento vislumbra a declaração ou manifestação de vontade como um fato objetivo, ou a própria lei como fonte dos negócios e efeitos jurídicos. O início desta mudança de entendimento, da autonomia da vontade para a autonomia privada, coincide com o avanço do Estado Liberal para o Estado Intervencionista (FERRI, 2001; NETO, 2011; ADOLFO; PIRES, 2015). Não sem razão Natália Berti (2014) observa que o racionalismo, o individualismo e o formalismo do Direito Civil cedem ante o pluralismo de fontes, à descodificação do Direito Civil, motivados pela humanização e repersonalização dos institutos, com a consequente despatrimonialização e constitucionalização do Direito Civil. Estas circunstâncias históricas levam a uma releitura à luz dos dispositivos constitucionais dos dogmas clássicos do Direito Civil, como a pessoa, a família, o patrimônio, a propriedade (BERTI, 2014), e o contrato; das fontes do Direito Civil e da atuação do Estado; e de grupos intermediários (NETO, 2011).

Com o advento do Estado Social, configurou-se a constatação de que substancialmente as pessoas estão situações de desigualdade social e, por isso, as manifestações volitivas devem ter um controle de juridicidade. A compreensão contemporânea sobre a autonomia privada há de ser inserida no âmbito de um Estado Constitucional que assegura a expressão da liberdade dos particulares, mas amolda seu perfil em consonância com os demais princípios que regem as relações de direito privado (FACHIN, 2012). Este raciocínio de Luis Edson Fachin (2012) é sustentado com a consideração de que não se pode mais elevar a autonomia da vontade como dogma “[...] dotada apenas de tênues limites externos, mas de uma autonomia para a regulamentação de interesses pelos próprios particulares, que se insere em um conjunto mais amplo de valores e princípios que a contemplam”.

As relações contratuais atingiram o século XX com intuítos guiados para e pela massificação. Não se pactuaram contratos em que as partes estivessem em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, que discutissem individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade. (MARQUES, 2016, p. 71). Surgiram diversas relações jurídicas, produzidas pelo tráfico de massa, que demandaram uma nova interpretação do dogma da autonomia da vontade.

¹⁹ Henrique Garbellini Carnio (2012), no interessante texto “O pensamento Kelseneano e o conceito de vontade no Direito Privado”, observa que Kelsen se esmerou em definir “vontade” na terminologia jurídica em contraste com o conceito psicológico de vontade. Neste sentido, não poderia ser sinônimo de vontade uma “representação”, fenômenos de ordem exterior, substratos de fato. O que interessaria ao Direito era conectar os substratos exteriores do fato e os sujeitos. E se descobrir se um fato exterior foi “querido” ou não pelo sujeito. O conceito jurídico de vontade, portanto, estreitaria o nexos entre o sujeito e os acontecimentos do mundo exterior. Com efeito, todos os processos puramente interiores do sujeito sem relação com o mundo externo seria de competência da psicologia. Os acontecimentos exteriores do mundo físico, substratos de fato podem ser entendidos como produzidos pela vontade. E é neste contexto que Kelsen afirmaria que o conceito de vontade no direito privado estaria radicado na teoria do negócio jurídico.

As contratações em massa (contratos *standard* ou contratos de adesão) estipularam condições gerais, módulos e formulários redigidos por uma parte para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa). Configurou-se, portanto, numa contratação impessoal e acelerada. A aceitação (do consumidor) se reduziu a uma adesão passiva ao que estava previamente entabulado. Esta pré-redação unilateral pode levar aos que detêm a posição negocial de “elaboradores da *lex* privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir à vontade manifestada pelo outro contratante”. (MARQUES, 2016, p. 73). As empresas com superioridade econômica ou técnica têm o objetivo de racionalizar, simplificar, padronizar a sua atividade com ditames contratuais uniformes e homogêneas, reduzindo custos, prevendo lucros e distribuindo os riscos (BERTI, 2014; MARQUES, 2016).

É nesta realidade que se propugnou a funcionalização dos institutos jurídicos do Direito Privado, conforme explana Francisco dos Santos Amaral Neto (2011). Do Direito e da Sociedade erigem o interesse pela efetividade das leis e dos institutos com relação ao controle social agregado à organização e direção da sociedade, por meio “do exercício de funções distributivas, promocionais ou inovadoras, abandonando-se a costumeira função repressiva, principalmente na relação do Direito com a Economia” (NETO, 2011, p. 117-144). A inserção da função econômico-social dos institutos jurídicos decorre, pois, da confluência das tendências axiológicas contemporâneas que levam à chamada economia dirigida (NETO, 2011). A releitura orientada para a função econômico-social dos institutos jurídicos, parte prefacialmente da propriedade, mas chega ao contrato. E é precisamente o contrato, um instrumento típico e inequívoco de manifestação da autonomia privada, que a teoria funcionalização dos institutos jurídicos teve apoio. Como exemplos, Francisco dos Santos Amaral Neto (2011) cita o Código Civil italiano de 1942 (art. 1.322), o Código Civil português de 1966 (art. 280.º e art. 405.º), e o Código Civil brasileiro de 2002 (art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”). Esta função econômico-social demonstra a preocupação com a efetividade dos institutos, e, quanto à autonomia privada:

no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condiciona-se à utilidade social que tal circulação possa representar, por ser o meio mais adequado à satisfação das necessidades sociais, com vistas ao bem-comum e ao seu objetivo de igualdade material para todos em face das exigências de justiça social, ideia essa que se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional. (NETO, 2011, p. 117 – 144).

O dogma da vontade, portanto, gestado para o sistema liberal individualista e baseado em pactos de caráter pessoal, converte-se em inexoravelmente inadequado para a interpretação e aplicação dos contratos na atualidade. Contudo, esta forma de interpretação dos contratos parecer ser a que foi empregada pelo TJRS no caso Lulu. O TJRS acatou o argumento do consentimento defendido pelo Facebook, revestido de autonomia da vontade. Esta conclusão é retirada da afirmação do acórdão de que contratualmente o autor da ação, ao se registrar no Facebook, havia autorizado que as suas imagens e os seus dados pessoais poderiam ser utilizados para qualquer finalidade.

O TJRS, portanto, não levou em consideração a indiscutível desigualdade *de facto* contratual da relação Facebook-Particular. A desigualdade contratual se baseia no fato de que não houve discussão individual e livre sobre as cláusulas do “acordo de vontade”. Nos termos de uso do Facebook constam condições gerais pré-estabelecidas, redigidas para uma massa homogênea e indiferenciada de contrapartes. Configurou-se uma contratação indistintamente impessoal. A aceitação do autor se reduziu a uma adesão passiva ao que estava previamente estipulado. O Facebook se arvorou na posição negocial de “elaborador da *lex* privada”, pois, sem denso esforço hermenêutico, é flagrante a sua superioridade econômica e técnica perante o autor

da ação/contratante. Diante deste contexto, resta confluir que o TJRS não procedeu uma leitura orientada para a função econômico-social do contrato prevista não só na legislação civil (art. 421, CC-02) como também na consumerista (art. 54, CDC-90). Por este fato, e pela construção histórica da autonomia da vontade *versus* autonomia privada, é plausível afirmar que o entendimento do TJRS nesta apelação cível se baseou numa concepção contratual norteadas pelo dogma da autonomia da vontade. O argumento do consentimento utilizado pelo TJRS, pautado no dogma da autonomia da vontade, é inconsistente, pois contraria a lógica do sistema jurídico-constitucional vigente.

Ademais, cabe sublinhar que o TJRS reconheceu haver violações aos direitos da personalidade do autor, mas atribuiu esta responsabilidade exclusivamente à *Luluise Incorporation*. Afirmou ainda que os dados usados são “dados públicos Facebook, acessíveis por qualquer pessoa”:

No caso concreto, conforme se depreende das cópias de telas do aplicativo *Luluise* (fls. 13/15), as informações que foram utilizadas para que as mulheres pudessem realizar avaliação de seus amigos foram, unicamente, as que constituem dados públicos.

Nesse contexto, não há falar em compartilhamento indevido de dados pelo *Facebook*, como alega a parte autora.

[...]

Se o aplicativo *Luluise*, a partir do uso de dados públicos do *Facebook*, acessíveis por qualquer pessoa, criou um perfil não autorizado pela parte autora, possibilitando que terceiros compartilhem informações não autorizadas, anônimas e ofensivas a sua intimidade, por este fato deverá responder apenas a empresa que gerencia o referido aplicativo.

Aqui radicam mais duas inconsistências argumentativas. Uma voltada para a irresponsabilidade do Facebook pela transmissão de dados. Outra pelo destino dos dados pessoais e imagens do autor. A lógica interpretativa desta situação há de ser racionalizada a partir do binômio causalidade-finalidade. (ARAÚJO, 2006).

Em que pese o fato de não haver influência direta do Facebook nos comentários ofensivos realizados dentro da plataforma do aplicativo Lulu, é inegável a potencialização do impacto que a organização e a sistematização dos dados pessoais feitas pelo Facebook gera na divulgação e na facilitação da localização destes dados. Se não houvesse uma compilação completa, se não houvesse a organização e a sistematização dos dados pessoais e imagens pelo Facebook, o aplicativo Lulu teria de buscá-los em um emaranhado de páginas interligadas e interconectadas. Encontrar os dados pessoais e as imagens sem este “indexador auxiliar”/ Facebook (causalidade), a busca e o êxito do aplicativo (finalidade) se tornaria inexoravelmente mais onerosa. Tratar-se-ia, efetivamente, de uma atividade de dificuldade agravada, com chances reduzidas de sucesso, considerando-se a multiplicidade de dados espalhados em toda a Internet e a ausência de um indexador/transmissor/sistematizador/organizador/facilitador de acesso específico acerca dos dados pessoais e imagens que se efetivamente transmitiu.

A constante e instantânea organização e sistematização de dados pessoais e imagens do autor é o que permitiu a sua transmissão fidedigna para que as reconhecidas violações aos direitos da personalidade fossem perpetradas. Sem a indexação/organização/sistematização/facilitação/transmissão do Facebook, o aplicativo Lulu teria que se socorrer de um grande repositório de informações sem estrutura lógica que facilitasse os dados e imagens do autor. Em suma, o Facebook pode ser o configurador da causa para a finalidade do aplicativo Lulu. O argumento de que os dados pessoais e imagens do autor são públicos, acessíveis a todos, também é inconsistente,

pois contraria a própria lógica da relação de indexação/organização/sistematização/facilitação/transmissão do Facebook com o Lulu.

A última inconsistência argumentativa se dá pelo fato do reconhecimento pelo próprio TJRS que houve violações aos direitos da personalidade do autor. A inconsistência é que constam nos termos de uso do Facebook condições gerais pré-redigidas que o autor havia autorizado que as suas imagens e os seus dados pessoais poderiam ser utilizados para qualquer finalidade. Entretanto, “os negócios com conteúdo não patrimonial, mais do que os outros, encontram seus limites no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (BORGES; 2005a, p. 55; 2005b, p. 75).

Não se pode admitir que um dos contratantes seja reduzido à condição de mero objeto da pretensão contratual, com iniludível ausência de respeito à sua condição de pessoa. E a condição de pessoa foi violada, pois houve reconhecimento pelo TJRS de que foram violados os direitos da personalidade do autor, os quais integram o valor intrínseco-ontológico, ligado à natureza do ser (BARROSO, 2013). Ainda que considerada a autonomia privada das partes, vulnera-se a ordem jurídico-constitucional baseada na dignidade da pessoa humana se o ser humano é tido como um mero objeto a disposição de qualquer outro, sem limites jurídicos.

É neste contexto que a autonomia privada é um elemento da dignidade da pessoa humana, mas não é o único; quer se utilize a proposta ambivalente de dignidade da pessoa humana de Ingo Sarlet (2004), quer se utilize a concepção tripartite de Barroso (2013). A autonomia privada pode ser limitada pelo valor da dignidade da pessoa humana (BERTI, 2014), para adequar em determinadas hipóteses em que não pode ser invocada para criar ou manter uma relação jurídica da qual se deriva um desprezo ou indiferença da condição humana do indivíduo, como no caso examinado. Não se pode, pois, justificar com o argumento da autonomia privada (ou da superada autonomia da vontade) que um contrato seja válido, legítimo ou lícito quando sua execução provoque uma situação de submissão, dominação ou uma humilhação, de tratamento degradante, aplicada a uma das partes. Com o preceito de que o ser humano é o limite e o fundamento do domínio político do Estado (*homo noumenon*), da dignidade da pessoa humana há de se extrair o dever de proteção à inviolabilidade moral da pessoa. A dignidade humana na história e na atualidade tem sido o ponto de referência de todas as faculdades que se dirigem ao reconhecimento e à afirmação da dimensão moral da pessoa (PÉREZ LUÑO, 2005). E esta dimensão moral foi representada (também) pelos direitos fundamentais da personalidade (art. 5º, V, X; 220, § 1º) e protegida pelo Código Civil brasileiro de 2002.

A prodigalidade em dedicar um capítulo aos direitos da personalidade unida a topografia na parte geral do Código demonstra uma mudança de paradigmas no direito civil, que eleva a proteção da pessoa humana. “A esta constatação segue uma reelaboração da dogmática civilística, na qual os direitos da personalidade desempenham papel fundamental”. (DONEDA, 2005, p.71).

Por certo, para se ter a vida livre e digna, é necessário dispor de um âmbito de individualidade, isento de interferências em que se possa desenvolver as convicções, resguardando seus pensamentos, sentimentos e fatos (SZANIAWSKI, 2005). Na vida social, tratamos de construir nossa própria personalidade, manifestada pela individualidade. Os bens da personalidade, inequivocamente pautados na autonomia privada, hão de ser entendidos como emancipadores dos seus titulares não se adstringindo aos instrumentos reguladores que desabonam as condutas que lhe são ofensivas. Efetivamente, quem não é capaz de decidir sobre seus assuntos ou não está disposto a fazê-lo, e quem não responde sobre suas próprias ações, dificilmente poderá questionar adequada e responsavelmente os assuntos de transcendência geral, pois só em pessoas que

pensam, julgam e atuam por si mesmas descansa o potencial de novas ideias, concepções e iniciativas, irrenunciáveis para a sociedade, sem as quais esta, como tempo, haverá de se empobrecer, ou se fossilizar, cultural, econômica e politicamente. É por isso que os direitos da personalidade, que alocam a pessoa como vértice do ordenamento jurídico, foram guindados ao posto fundamentais, pois surgem num contexto de promover a dignidade humana. Mas ao que parece, esta importância jurídico-constitucional dos direitos da personalidade não foi observada na apelação cível n. 0158308-71.2016.8.21.7000, pois o destino/finalidade destes direitos os conduziu a uma reconhecida violação, sem imputar responsabilidade à sua causa(lidade).

CONCLUSÃO

Com esta pesquisa, podem ser elencadas algumas conclusões.

No primeiro tópico foram expostos os conceitos de coerência e de consistência de Robert Alexy (2006). A partir destes, o artigo se pautou no conceito de coerência apenas no aspecto da estruturação da fundamentação, pois não se avaliou sistemas ou teorias e sim dois dos acórdãos: a decisão do TJRS (2016) e o julgado do TJSP (2015). O motivo eleito para a comparação foi baseado em dois critérios: a colegialidade das decisões e a instância em que chegaram. Além disso, há uma convergência em uma declaração normativa geral nestes tribunais: ambos reconhecem o “argumento consumerista”, ou seja, a existência da relação de consumo entre o autor da ação e os fornecedores Facebook e Luluvis Corporation (art. 2º e 3º, CDC-90). O TJRS adota o argumento consumerista, mas não utiliza a lógica das relações de consumo para as demais correntes de fundamentação de sua decisão. Da leitura das correntes de fundamentação resulta que a coerência argumentativa na estrutura de fundamentação do acórdão paulista é maior do que a estrutura da fundamentação do acórdão gaúcho.

No segundo tópico, constatou-se que pela construção histórica da autonomia da vontade *versus* autonomia privada, é plausível afirmar que o entendimento do TJRS na apelação cível n. 0158308-71.2016.8.21.7000 se baseou numa concepção contratual norteadada pelo dogma da autonomia da vontade. O argumento do consentimento utilizado pelo TJRS, pautado no dogma da autonomia da vontade, é inconsistente, pois contraria a lógica do sistema jurídico-constitucional vigente.

O argumento de que os dados pessoais e imagens do autor são públicos, acessíveis a todos, também é inconsistente, pois contraria a própria lógica da relação de indexação/organização/sistematização/facilitação/transmissão do Facebook com o Lulu. É igualmente inconsistente o argumento de que o autor autoriza o destino das suas imagens e dos seus dados pessoais para qualquer finalidade, que consta nos termos de uso do Facebook nas condições gerais pré-redigidas. A autonomia privada é um elemento da dignidade da pessoa humana, mas não é o único; quer se utilize a proposta ambivalente de dignidade da pessoa humana de Ingo Sarlet (2004), quer se utilize a concepção tripartite de Barroso (2013). Não se pode, pois, justificar com o argumento da autonomia privada ou da superada autonomia da vontade que um contrato seja válido, legítimo ou lícito quando sua execução provoque uma situação de submissão, dominação ou uma humilhação, de tratamento degradante, aplicada a uma das partes. Com o preceito de que o ser humano é o limite e o fundamento do domínio político do Estado (*homo noumenon*), da dignidade da pessoa humana há de se extrair o dever de proteção à inviolabilidade moral da pessoa.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; PIRES, Eduardo. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência direta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 2, p. 176-187, maio/ago. 2015.

ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. **Revista de Direito Privado**, v. 25, p. 297-310, jan./mar. 2006.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem Jurídica - perspectivas estrutural e funcional. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil I**, v. 1, p. 117-144, out. 2011.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no Direito contratual. **Revista de Direito Privado**, v. 27, p. 279-292, jul./set. 2006.

BALDUS, Christian. Autonomia privada romana. **Revista dos Tribunais**, v. 904, p. 41-72, fev. 2011.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. **Revista de Direito Privado**, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v. 5, p. 69-87, set. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei n. 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos I**, v. 3, p. 95-146, jun. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2003.

CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento Kelseneano e o conceito de vontade no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**, v. 51, p. 57-69, Jul./Set. 2012.

CONJUR. Dano à honra: Facebook deverá excluir perfil do aplicativo Lulu, **Consultor Jurídico**, 7 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-07/facebook-de-vera-excluir-perfil-usuario-goiano-aplicativo-lulu>> e em: <<http://s.conjur.com.br/dl/facebook-devera-excluir-perfil-goian.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

DILTHEY, Wilhelm. O Surgimento da Hermenêutica (1900). **Numem**: revista de estudos e pesquisa da religião, Juiz de Fora, v. 2, n. 1, p. 11-32.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Facebook e Aplicativo “Lulu” são alvo de Inquérito Civil Público, **MPDFT**, 2 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/noticias/noticias-2013/6563-aplicativo-lulu-e-facebook-sao-alvos-de-inquerito-civil-publico>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). **Processo 0047035-30.2013.8.07.0001**. Ofício, 1ª Vara Cível de Brasília, 11 de julho de 2014. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20130111849217>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. **Processo 0031665-14.2013.807.0000**. Agravo de Instrumento, 6ª Turma Cível, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-obriga-lulu-retirar-dados.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

DONELA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 6, p. 71-99, jun. 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Autonomia privada e estipulação contratual. **Soluções Práticas**, v. 1, p. 321, jan. 2012.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Edición al cuidado de Jose Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2001.

FRANCE. Assemblée nationale. **200 ans de Code civil**. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

MANNARA, Barbara. Como usar o Lulu para avaliar rapazes. **Techtudo**, 26 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2013/11/como-usar-o-app-lulu-para-avaliar-rapazes.html>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

OLHAR DIGITAL. Aplicativo Lulu volta ao Brasil e permite o acesso de homens, **Redação Olhar digital**, 13 jul. 2015. Disponível em: <<https://olhardigital.uol.com.br/noticia/aplicativo-lulu-volta-ao-brasil-e-permite-o-acesso-de-homens/49736>>. Acesso em: 20 mar 2017.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Lisboa: Almedina, 1982.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Sobre la igualdad en la Constitución Española. **Anuario de Filosofía del Derecho**, n. 4, p. 133-152, 1987.

_____. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

RUEDELL, Aloísio. Gadamer e a recepção da Hermenêutica de Friedrich Schleiermacher: uma discussão sobre a interpretação psicológica. **Veritas**, Porto Alegre, v. 57, n. 3, p. 74-85, set./dez 2012.

_____. Filosofia e imaginação: uma discussão sobre a hermenêutica de Friedrich Schleiermacher. **Problemata Rev. Int. de Filosofia**. v. 4, n.1, p. 65-78, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). **Processo n. 0008981-69.2013.8.21.0109**. Sentença, Comarca de Marau, 9 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

_____. _____. **Processo n. 0008981-69.2013.8.21.0109**. Sentença, Comarca de Marau, 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

_____. _____. **Processo n. 0158308-71.2016.8.21.7000**. Acórdão, 10a Câmara Cível, 12 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 3, p. 1225-1250, jun. 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Processo n. 1000647-47.2014.8.26.0564**. Sentença, 8ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, 20 de maio de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sentenca-lulu-indenizacao-danos-morais.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. _____. **Apelação n. 1000647-47.2014.8.26.0564**. Acórdão, 2ª Câmara de Direito Privado, 20 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/lulu-indenizacao-danos-morais.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VESSONI, Elaine Parpinelli Moren. A força normativa da Constituição, Konrad Hesse e a Essência da Constituição, Ferdinand Lassale (comentários bibliográficos). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 5, p. 360-366, jan./jun. 2005.

ZOCO ZABALA, C. **Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias**. Barcelona: BOSCH, 2003.

CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES INCONVENCIONAIS

George Marmelstein

Doutor em direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Juiz federal.
georgemlima@yahoo.com.br

RESUMO: Quando a eficácia de um tratado internacional de direitos humanos é frustrada por uma inação das autoridades nacionais, que deixam de adotar as medidas oportunas e satisfatórias para garantir o pleno cumprimento do compromisso internacional, tem-se uma omissão inconvençional. Neste artigo, analisa-se o *controle jurisdicional das omissões inconvençionais*, a fim de verificar em que medida os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional poderão, com as ferramentas próprias do direito constitucional, enfrentar o problema da não-efetivação dos tratados internacionais por inércia dos agentes estatais. As soluções apresentadas buscam reforçar um diálogo multinível entre os vários órgãos de proteção, visando desenvolver, mediante um enriquecimento recíproco, um sistema cada vez mais expansivo de tutela da dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle De Convencionalidade; Omissão Inconvençional; Direitos Humanos; Força Normativa Do Tratado; Proteção Multinível

Judicial Review of Unconventionality by Omission

ABSTRACT: *An unconventional omission occurs when the effectiveness of an international human rights treaty is frustrated by an inaction of the national authorities, which fail to adopt necessary measures to enforce the international commitment. In this paper, we analyze the judicial review of unconventional omissions in order to verify how the judges can contribute to enforce the human rights using the same tools of the constitutional law. The conclusions seek to strengthen a multi-level dialogue between the agencies in order to develop a system able to expand the protection of dignity.*

KEYWORDS: *Judicial Review; Control of Conventionality; Unconventional Omission; Human Rights; Enforcement of Treaty; Multi-Level Protection*

INTRODUÇÃO

Quando a pretensão normativa da constituição é frustrada por uma inação estatal, tem-se uma *omissão inconstitucional*. Levando em conta este conceito, fica claro que o parâmetro normativo para verificar se há ou não uma inconstitucionalidade por omissão são as *normas constitucionais* que impõem *deveres de ação*. Em geral, a conduta exigida pela norma é a edição de uma lei sobre um determinado assunto (*dever de legislar*), mas também pode se referir a medidas a serem adotadas tanto no nível administrativo quanto judicial. Se a norma constitucional estabelece que algo deve ser feito, surge uma situação normativa potencialmente geradora de omissão inconstitucional, a ser reconhecida sempre que, por inércia, o dever contido na norma constitucional não é realizado. O debate situa-se, portanto, no *plano da constitucionalidade*, pois o

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 09 e 14 maio 2017.

que se busca corrigir é uma situação de *desrespeito à Constituição* pela não realização de algum tipo de dever emanado da norma constitucional.

Paralelamente a isso, podem ocorrer violações de direitos que se operam no *plano da convencionalidade* (ou seja, das convenções internacionais) e que decorrem da não implementação de medidas humanitárias previstas em tratados internacionais. Tal fenômeno pode ser chamado de *omissão inconvenional*, e a sua superação envolve o desenvolvimento de um mecanismo de *controle de convencionalidade por omissão*, a ser realizado tanto pelas autoridades nacionais (*nível nacional*) quanto pelas autoridades internacionais, sobretudo pelas cortes internacionais de direitos humanos (*nível internacional*)¹.

O presente estudo tem como objeto a análise do *controle jurisdicional das omissões inconventionais*, a fim de verificar em que medida os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional poderão, com as ferramentas próprias do direito constitucional, enfrentar o problema da não-efetivação dos tratados internacionais por inércia dos agentes estatais.

1 O SISTEMA MULTINÍVEL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS

No pós-Segunda Guerra, começaram a ser construídos alguns consensos axiológicos em torno da proteção da dignidade e da limitação do poder que levaram ao desenvolvimento de um sistema multinível de proteção dos direitos (PERNICE, 2009; PERNICE & KANITZ, 2004). Por esse modelo, um determinado caso de violação de direitos pode ser julgado por vários órgãos diferentes, em diversos níveis (nacional, supranacional, internacional, estrangeiro etc.), sem que exista uma hierarquia bem definida entre esses órgãos. Canotilho designou esse fenômeno de *interconstitucionalidade*, para destacar as relações de convergência, concorrência, justaposição e conflitos de várias constituições dentro de um mesmo espaço político, tendo em mira, especialmente, a realidade europeia (2006). Marcelo Neves, por sua vez, desenvolveu o conceito de *transconstitucionalismo*, a fim de defender um sistema de proteção dos direitos em que os vários centros de poder observam-se uns aos outros e dialogam entre si, ampliando os seus horizontes epistêmicos (metáfora do *ponto cego*: o outro pode ver), por meio de entrelaçamentos constitucionais (ou “pontes de transição”) entre as diversas ordens jurídicas (estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais). Assim, ao invés de disputarem espaços de poder, os órgãos buscam formas transversais de articulação, atuando de forma dialogal para solucionar os problemas comuns (2009).

A proteção multinível dos direitos suscita uma série de questões interessantes, que ainda clamam por respostas da comunidade jurídica. Assim, por exemplo, a incorporação dos tratados internacionais nos sistemas nacionais abre um debate sobre o seu *status jurídico* e sobre eventuais antinomias entre o tratado e as normas constitucionais e infraconstitucionais do sistema (*choque entre legislações*). Do mesmo modo, a implementação das decisões proferidas pelos órgãos internacionais de proteção gera a necessidade de se analisar o grau de vinculação das autoridades nacionais aos precedentes internacionais, o que pode ser especialmente problemático quando há divergências interpretativas sobre o significado dos direitos ou quando há divergências entre os

¹ O sistema multinível é, certamente, mais complexo, pois envolve, em alguns casos, a existência de níveis *supranacionais*, *transnacionais* e *subnacionais*. Para os fins do presente estudo, é suficiente mirar os dois níveis mais relevantes - e impactantes - para a proteção dos direitos na América Latina: o nível nacional/constitucional e o nível internacional/interamericano.

órgãos internacionais e nacionais a respeito de qual solução deve prevalecer em uma dada situação envolvendo colisão de direitos (*choque entre jurisdições*)².

O campo para o debate é vastíssimo e, obviamente, enfrentar todos esses problemas escapa aos estreitos limites do presente trabalho. Para a compreensão do tema aqui tratado (*omissões inconventionais*), basta ter em mente que deve haver uma forte *interação* entre os níveis nacionais e internacionais de proteção dos direitos. Dentro dessa perspectiva, não se pode perder de vista que a relação entre referidos níveis não é de hierarquia ou subordinação, mas de coordenação e complementaridade. Por isso, os diversos órgãos que compõem a estrutura multinível de proteção dos direitos devem ter uns perante os outros uma atitude de respeito e de mútua compreensão, e não de hostilidade, ou de indiferença, muito menos de arrogância. Todos devem ter consciência de que compartilham (ou pelo menos deveriam compartilhar) o mesmo projeto comum: construir conjuntamente, mediante um enriquecimento recíproco, um sistema cada vez mais expansivo de tutela da dignidade.

Na prática, a cooperação multinível vai gerar deveres em várias direções: de um lado, as autoridades nacionais devem estar preparadas para assimilar a contribuição que vêm do sistema internacional de proteção dos direitos humanos; de outro lado, os órgãos internacionais deverão incorporar em seu repertório de soluções as experiências humanitárias vivenciadas nos níveis nacionais e locais³. Além disso, deve haver também uma troca de experiências entre os diversos órgãos jurisdicionais de cada país, devendo ser estimulado, em particular, um diálogo entre países que enfrentam problemas semelhantes e possuem *backgrounds* sociais, políticos, econômicos e culturais aproximados.

Góngora Mera menciona, a esse respeito, três tipos de convergências que poderiam ocorrer de forma dialogal entre os vários órgãos envolvidos na proteção de direitos:

- (a) uma convergência descendente (*top-down*), em que os órgãos nacionais adotam os *standards* humanitários desenvolvidos pelos órgãos internacionais;
- (b) uma convergência ascendente (*bottom-up*), em que os órgãos internacionais adotam *standards* humanitários desenvolvidos pelos órgãos nacionais;
- (c) uma convergência *paralela* entre os órgãos nacionais de diversos países, através do qual há uma troca de experiência de soluções humanitárias (2010, p. 403/430).

É muito importante enfatizar o caráter multidirecional desse processo, a fim de evitar que o *diálogo entre cortes* se torne uma espécie de *colonialismo jurídico*, onde algumas cortes mais influentes (as metrópoles) influenciam a formação do pensamento jurídico dos países periféricos

² Sobre esse tema, tratando especificamente sobre o *choque de jurisdições*: SILVA, 2010, p. 101-112. No referido texto, Virgílio Afonso da Silva apresenta algumas reflexões iniciais sobre como solucionar um conflito entre jurisdições, na perspectiva do direito constitucional. Na sua ótica, a questão não deveria ser resolvida como se fora um “jogo binário de prevalências”, mas sim no plano do ônus de argumentação e de racionalidade. Assim, o *valor* das decisões de tribunais internacionais seria sobretudo um *valor argumentativo*, devendo ser levado em consideração em âmbito nacional e somente poderia ser afastado de forma fundamentada. Ou seja, para deixar de seguir um precedente internacional, o órgão jurisdicional deverá enfrentar o ônus argumentativo de superá-lo: “rejeitar decisões supranacionais é possível, mas o ônus argumentativo é enorme”.

³ “[...] na medida em que não há hierarquia ou supremacia entre as diferentes ordens normativas, uma forma de entender a interação é a metáfora do diálogo entre tribunais nacionais e internacionais. Esta abordagem tem a virtude de permitir que os tribunais nacionais deixem de ser meros seguidores da jurisprudência internacional, e possam participar de igual para igual num diálogo transnacional no qual seja criada uma visão discutida e compartilhada do regime dos direitos humanos. Assim, a legitimidade da defesa dos direitos humanos como um todo seria aumentada, porque a participação dos interessados seria garantida. Além disso, o diálogo permitiria que os diferentes tribunais envolvidos no diálogo adotassem melhores decisões, contribuíssem para a criação de uma verdadeira identidade da comunidade interamericana, para além das fronteiras nacionais” (UREÑA, 2014, p. 38)

(as colônias), mas não são influenciadas por estes. Os inconvenientes de um modelo assim, que tem sido a tônica predominante nas últimas décadas, são notórias, pois tal tipo de “diálogo”:

- (a) gera uma dependência cultural dos países periféricos em relação aos países “mais desenvolvidos”;
- (b) não proporciona um efetivo diálogo entre cortes, já que a estrutura da “conversa” é a de um monólogo de mão única;
- (c) impede o amadurecimento intelectual de países menos desenvolvidos, desestimulando a sua capacidade de pensar seus próprios problemas com autonomia e autenticidade;
- (d) provoca a importação de saberes de uma forma descontextualizada da realidade local;
- (e) cria uma ilusão de que o saber vindo de fora é sempre “mais avançado” e intrinsecamente melhor do que aquele que vem de dentro;
- (f) menospreza o saber vindo de zonas periféricas, que, muitas vezes, pode ser mais adequado para a realidade local do que aquele vindo de países mais desenvolvidos.

Por isso, o modelo dialógico que se defende é uma interação em que os participantes “olhem nos olhos uns dos outros” e virem seus rostos mais para o lado do que para cima. Ou seja, é um modelo que possa gerar um enriquecimento mútuo, onde países com realidades socioeconômicas semelhantes troquem experiências e aprendam entre si. Isso não significa, obviamente, virar as costas para a produção intelectual que vem “de cima”, mesmo porque isso seria até contraditório com os pressupostos da proteção humanitária (constitucional e internacional), cujas bases teóricas tiveram origem em países do hemisfério norte. O que se pretende é tão somente reforçar a importância de uma autonomia intelectual em que o saber alheio não é imposto ou recebido acriticamente, de forma subserviente, mas assimilado de um modo reflexivo e ponderado. A função de qualquer conhecimento que vem de fora é permitir a abertura intelectual para que se possa aprimorar o processo de construção de soluções autênticas, nunca devendo servir de bengala ou muleta para substituir a falta de capacidade de pensamento.

Mas essa interação entre os órgãos de proteção de direitos pode ir muito além da mera troca de experiências. Na verdade, em certo sentido, pode-se dizer que os órgãos nacionais responsáveis pela aplicação do direito são, ao mesmo tempo, partes integrantes da comunidade internacional e, como tais, assumem também a missão de dar efetividade ao direito humanitário, como agentes oficiais do sistema internacional, podendo até mesmo, em determinados contextos, participar formalmente de atos processuais da jurisdição internacional, seja na fase de diagnóstico da violação de direitos, seja na fase de implementação da solução. Nessa missão, devem se sentir responsáveis pela construção de uma grande rede humanitária em nível global e, para isso, devem ampliar seus horizontes epistêmicos e reduzir o provincianismo constitucional, incorporando em seu arsenal de conhecimento juridicamente relevante não apenas as decisões internacionais favoráveis aos direitos humanos, mas também as decisões de outros órgãos nacionais (de outros países) capazes de expandir a proteção da dignidade⁴. Nesse contexto, tanto o direito internacional quanto o direito estrangeiro poderiam, em algum sentido e observados alguns parâmetros de compatibilização e de reconhecimento, serem tratados como *fontes do direito interno*, visando ampliar a rede de proteção humanitária⁵.

⁴ “Uma segunda agenda de diálogos judiciais transnacionais é o estudo da interação entre juízes. Aqui, os juízes se tornam personagens cosmopolitas, que pertencem a redes globais de intercâmbio de informação e influência e é influenciado por seus colegas em diferentes lugares do mundo” (*idem, ibidem*, p. 39).

⁵ Nesse sentido, a Constituição da África do Sul estabelece, no seu artigo 39, que os juízes sul-africanos, ao interpretarem a declaração de direitos “(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human

É óbvio que essa ampla convergência (de intenções, de valores e de propósitos) entre os diversos níveis de proteção não impede a ocorrência de choques pontuais entre legislações e jurisdições. Apesar disso, na imensa maioria dos casos, os diversos níveis de proteção dos direitos operam em fina sintonia. Provavelmente, a percepção de que há mais desacordos do que acordos seja fruto da *heurística da disponibilidade* de que tratam os psicólogos sociais, em que os incidentes conflituosos nos marcam com muito mais intensidade do que os acontecimentos de conformidade⁶. Um confronto simples entre a constituição brasileira e as principais declarações de direitos humanos demonstra, sem muita dificuldade, que o padrão de conformidade segue, em linhas gerais, a lógica estatística da curva de Gauss (curva em forma de sino), havendo uma grande área de confluência e apenas um pequeno percentual de situações de “desvio padrão”, em que ou a constituição contempla direitos não contemplados nos tratados, ou deixa de contemplar alguns direitos previstos em tratados, ou contém regras menos favoráveis aos direitos do que os tratados, que, a rigor, seria a única situação efetivo de choque normativo. Nas situações em que existem

- (a) direitos previstos na constituição e nos tratados em extensão equivalente;
- (b) direitos previstos nos tratados, mas não na constituição;
- (c) direitos previstos na constituição, mas não nos tratados;
- (d) direitos previstos na constituição em maior extensão do que nos tratados, não há verdadeiramente conflito normativo e são essas as situações mais comuns de presenciar.

Em face disso, para evitar uma sobreposição de funções ou a ocorrência de conflitos desnecessários e contraproducentes, o sistema multinível adota como premissa a ideia de que os mecanismos internacionais têm um caráter subsidiário, assumindo um papel de mero reforço e complemento ao sistema de proteção nacional. Disso decorre, por exemplo, a necessidade do esgotamento das vias nacionais antes de se buscar a proteção internacional ou então a concessão de alguma *margem de apreciação* para que os órgãos nacionais solucionem os problemas domésticos de violação de direitos com uma certa autonomia. Nesses termos, o nível internacional não pode assumir uma função substitutiva ou de instância recursal, devendo agir apenas quando o sistema nacional *falha* e sempre com o escopo de ampliar (jamais restringir!) o círculo de proteção humanitária. Por isso, o direito internacional não deve ser acionado quando a proteção doméstica é mais efetiva e mais abrangente. Dito de modo mais claro: a proteção internacional somente faz sentido para ampliar o núcleo da dignidade, de modo que não é correto mobilizar um tratado internacional com o intuito de suprimir, limitar ou excluir direitos reconhecidos no âmbito nacional. Os direitos internacionais dos direitos humanos, como bem explicou Sérgio García Ramirez, são o “pisso” da proteção humanitária, não o “teto” (2011, p. 139). Em quase todos os tratados de direitos humanos, essa fórmula de exclusão é adotada expressamente. Vale dizer: o próprio sistema internacional se auto-restringe para evitar uma piora no sistema de proteção já adotado na esfera doméstica⁷.

dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law”, estabelecendo, portanto, que a jurisprudência dos tribunais internacionais é obrigatória e a jurisprudência estrangeira pode ser observada sempre que possível.

⁶ “Definimos a heurística da disponibilidade como o processo de julgar a frequência pela ‘facilidade com que os exemplos vêm à mente’” (KAHNEMAN, 2012, p. 176/177).

⁷ No Pacto de San José da Costa Rica, a cláusula da auto-restrição internacional em favor da melhor proteção nacional está explicitada no artigo 29: “nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são

É importante ter consciência do papel subsidiário do sistema internacional até para que não se adote a crença (ingênuo) de que as fontes jurídicas internacionais são sempre mais evoluídas ou avançadas do que as fontes nacionais. Como sugere René Uruëña, “*não há realmente nada de intrinsecamente progressista (ou ‘avançado’) no âmbito supranacional ou internacional, em si mesmo considerados: a ordem internacional pode fazer tanto bem quanto mal; e pode contribuir para a justiça, como também pode se tornar uma ferramenta para legitimar o abuso dos fracos*” (2014, p. 22/23). Não se pode, portanto, incorrer no erro de idolatrar o sistema internacional, esquecendo-se dos problemas que também existem naquela esfera de poder. Mais prudente é reconhecer os estreitos limites de sua função e perceber que sua atuação só faz sentido para ampliar o círculo de proteção da dignidade, jamais para reduzir.

Se a subsidiariedade do direito internacional for bem compreendida, a ocorrência de *chocques entre níveis* ficará restrita àquelas situações em que a proteção nacional está aquém da proteção internacional. Isso pode ocorrer em duas situações básicas: (1) o sistema normativo nacional possui normas internas que conflitam total ou parcialmente com as disposições contidas em tratados internacionais, reduzindo o âmbito de proteção dos direitos humanos; (2) o sistema normativo nacional não contém uma norma que reproduza o direito previsto em um tratado internacional e não contempla a possibilidade da aplicação direta do referido tratado para a solução de casos domésticos⁸.

As duas situações provocam o problema da *inconvenionalidade*, ou seja, da incompatibilidade do sistema nacional com as convenções internacionais. Invocando a usual classificação já adotada na *teoria das inconstitucionalidades*, pode-se dizer que, no primeiro caso, tem-se a *inconvenionalidade por ação*, enquanto no segundo caso tem-se a *inconvenionalidade por omissão*. Nesse sentido, a *omissão inconvenional* ocorre toda vez que a eficácia de um tratado internacional é frustrada por omissão das autoridades nacionais, que deixam de adotar as medidas oportunas e satisfatórias para garantir o pleno cumprimento do compromisso internacional.

2 O CONTROLE DAS OMISSÕES INCONVENIONAIS

O controle das omissões inconventionais pode ocorrer em ambos os níveis (nacional e internacional). Isso ocorre em razão do caráter híbrido dos tratados internacionais de direitos humanos, que podem funcionar tanto como *norma interna*, a vincular as autoridades nacionais após serem internalizados no ordenamento jurídico, quanto como *norma internacional*, servindo como parâmetro normativo para a verificação do grau de comprometimento do estado com os valores humanitários reconhecidos pela comunidade internacional. É fácil perceber que, dentro de um modelo multinível dialogal, os tratados internacionais de direitos humanos representam um instrumento privilegiado de *conexão normativa* entre o sistema nacional e internacional e, portanto, constituem uma peça-chave para a própria ideia de *convenionalidade*, já que é o parâmetro normativo que servirá de base para o controle de validade humanitária a ser exercido tanto por órgãos internacionais quanto por órgãos nacionais.

inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

⁸ Deixamos de considerar aqui uma terceira hipótese, mais problemática, que ocorre quando os órgãos nacionais entendem que o seu sistema doméstico de proteção é mais favorável à pessoa humana do que o sistema internacional, mas os órgãos internacionais discordam dessa avaliação. Em uma situação assim, há uma *divergência de juízo* que somente pode ser solucionada apelando-se para uma terceira instância ou então mediante um *solução de autoridade*, a exigir um aprofundamento temático que foge ao escopo do presente trabalho.

Embora o uso da expressão “*control de convencionalidade*” seja relativamente recente, a ideia que ela representa é bem mais antiga, pois desde os primórdios do direito internacional se discute a necessidade de compatibilizar o direito interno de cada país signatário de um tratado com as cláusulas convencionadas no referido tratado. A base normativa geralmente invocada para justificar o controle de convencionalidade é o princípio da boa-fé e o *pacta sunt servanda*, contido no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que estabelece que “*una parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”. Assim, parte-se do pressuposto de que as obrigações convencionais são vinculantes, devendo os órgãos estatais garantir o seu cumprimento no plano doméstico, não podendo invocar um conflito com normas internas para se eximir de cumprir o que foi pactuado.

Dessa ideia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) desenvolveu a noção de *control de convencionalidade*, aproveitando a experiência já consolidada que se construiu em torno do controle de constitucionalidade⁹. De fato, em dois julgamentos proferidos em 2006, a CIDH definiu os pressupostos básicos do controle de convencionalidade, assinalando que, quando as leis internas de um determinado país se chocam com as disposições da convenção interamericana, os juízes devem permanecer vinculados ao tratado internacional, abstando-se, portanto, de aplicar as normas contrárias a ele. No primeiro caso (*Caso Almonacid Arellano y otros*), a Corte defendeu que, na análise da convencionalidade das leis, os juízes nacionais devem ter em conta não apenas os tratados internacionais, “*sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”¹⁰. No segundo caso (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros*), a CIDH reforçou a existência de um dever dirigido aos órgãos judiciais de exercer o controle de convencionalidade, inclusive de ofício, assinalando que “*cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin*”. Desse modo, “*los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*”¹¹. Já em 2011, no caso *Gelman v. Uruguay*, a CIDH reconheceu que o controle de convencionalidade é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do poder judiciário¹². Nesses termos, todos os agentes estatais que, no âmbito interno, possuem a prerrogativa de exercer um controle de constitucionalidade das leis também têm o dever de, na mesma função, exercer o controle de convencionalidade, deixando de reconhecer validade jurídica aos atos e normas que sejam incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos.

Nesses termos, foram lançadas as bases para o desenvolvimento da ideia de um controle de convencionalidade, a ser realizado nos dois níveis de incidência dos tratados: (a) no nível internacional, em que os órgãos internacionais verificam a compatibilidade das leis e práticas internas com os tratados, recomendando a sua revogação ou alteração quando incompatíveis¹³;

⁹ De acordo com Víctor Bazán, o juiz Sergio García Ramírez teria sido o primeiro juiz da CIDH a utilizar a expressão “*control de convencionalidad*” em um voto concorrente proferido no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, de 2003 (2011). O próprio Sérgio García Ramírez reconheceu que tal fato (2011, p. 144).

¹⁰ CIDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006). No caso concreto, a CIDH considerou que o poder judiciário do Chile deveria ter exercido o controle de convencionalidade de uma norma interna (leis de anistia) que gerou a impunidade dos responsáveis pela morte do Senhor Almonacid Arellano.

¹¹ CIDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú* (2006).

¹² CIDH. Caso *Gelman vs. Uruguay*, (2011).

¹³ Sergio García Ramírez designa esse controle de *próprio, original* ou *externo*, a recair sobre um tribunal supranacional chamado a exercer um juízo de compatibilidade entre os atos domésticos e as disposições convencionais (2011, p. 126).

(b) no nível nacional, em que os órgãos nacionais devem, inclusive de ofício, analisar a conformidade das leis e práticas com os tratados humanitários e dar preferência a estes, em caso de não-conformidade¹⁴.

Em qualquer caso, é óbvio que a prevalência do tratado somente deve ocorrer quando a legislação interna for menos favorável aos direitos humanos. Do mesmo modo, as decisões da CIDH, interpretando os termos da convenção interamericana, somente devem prevalecer para ampliar a proteção. Quando a CIDH se autodeclara como a “intérprete última da convenção”, isso deve ser lido apenas como uma busca de auto-afirmação (ou talvez um pouco de arrogância), já que não há nada que garanta que a jurisprudência da CIDH seja necessariamente a mais favorável aos direitos humanos. De qualquer modo, não há dúvida de que a interpretação que a CIDH realiza em torno das cláusulas convencionais deve ser levada em conta pelos órgãos nacionais, seja de um modo mais direto e vinculante (em relação ao país envolvido no caso que gerou aquela interpretação), seja como vetor hermenêutico e argumentativo (em relação aos demais países). A rejeição de um precedente internacional humanitário exige um triplo esforço por parte do órgão interno:

- (a) em primeiro lugar, um *esforço de compreensão*, a fim de tentar extrair a melhor interpretação possível da orientação firmada no nível internacional;
- (b) em segundo lugar, um *esforço argumentativo*, para demonstrar eventuais pontos problemáticos na aplicação da solução proposta pela jurisdição internacional;
- (c) em terceiro lugar, um *esforço de justificação*, para tentar convencer os demais membros da comunidade internacional que existem alternativas de interpretação do direito humanitário mais favoráveis à dignidade do que aquela proposta pela jurisdição internacional¹⁵.

A aceitação de um *controle de convencionalidade*, através do qual se exige a observância dos tratados internacionais de direitos humanos como pressuposto da validade jurídica de normas e práticas internas, induz, obviamente, à possibilidade de controle das *omissões inconventionais*. Afinal, já se tornou consenso que as violações aos direitos humanos podem ocorrer tanto por ação quanto por omissão das autoridades nacionais. Isso porque as normas garantidoras dos direitos humanos, sejam de direitos civis e políticos, sejam de direitos econômicos, sociais e culturais, geram, para os estados, uma gama de deveres negativos (de abstenção/não-fazer) e positivos (de ação/fazer), que, se não forem cumpridos, podem acarretar a responsabilidade do Estado e, portanto, a sua condenação perante os organismos de proteção internacional. Assim, a responsabilidade internacional do Estado, por violação de um tratado, ocorre não apenas quando os agentes estatais praticam arbitrariedades ou abusos que violam os direitos das pessoas sob sua jurisdição (descumprindo, com isso, o *dever de respeito - duty to respect*), mas também quando o Estado não adota as medidas necessárias para proteger (*duty to protect*) e garantir/promover (*duty to fulfil*) os direitos humanos. É justamente em razão da existência de obrigações positivas que emanam das normas de direitos humanos que surge o problema da *omissão inconventional*: sempre que há um dever positivo (de ação), que não é cumprido pela falta de adoção de uma

¹⁴ Este seria o *controle de convencionalidade interno*, que, em princípio, é exercido pelas autoridades judiciais (controle judicial), mas eventualmente pode ser exercido por qualquer autoridade incumbida de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos (*idem, ibidem*, p. 126).

¹⁵ Nesse ponto, não se pode aderir à proposta de Sérgio García Ramirez, que defende que os órgãos judiciais internos, no exercício do controle de convencionalidade, somente podem formular interpretações próprias das normas internacionais se não houver jurisprudência da Corte Interamericana sobre a norma em questão (RAMÍREZ, 2011, p. 139). A rigor, se a proteção internacional é o “ piso ” e não o “ teto ”, o que os órgãos nacionais não podem fazer é interpretar a norma convencional para aquém do piso. Mas nada impede que outras soluções, igualmente humanitárias, sejam formuladas com base na mesma norma já interpretada pela CIDH, bastando para tanto que se observem os esforços de compreensão, argumentação e justificação antes mencionados.

medida necessária e adequada, tem-se uma omissão inconvenção passível de gerar a responsabilidade internacional do estado.

No plano internacional, a correção das *omissões inconvenções* pode incluir a condenação do estado ao pagamento de uma reparação financeira para a pessoa prejudicada pela inação estatal ou a imposição de medidas para que o problema seja remediado em um nível mais macro, inclusive com o reconhecimento de um dever de legislar. A esse respeito, não vigora mais, na prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a teoria da caixa-preta (*black-box mode*). De acordo com essa teoria, uma vez detectada a violação de direitos, o órgão internacional se limitava a emitir ordens ao Estado condenado, sem atribuir obrigações específicas aos órgãos nacionais. Desde o final dos anos 1990, a CIDH mudou sua forma de decidir, estabelecendo uma relação direta com os órgãos nacionais, incluindo o poder legislativo e os juízes nacionais. Assim, a CIDH tem emitido ordens para que o legislador nacional reforme, anule ou modifique uma determinada lei, tem solicitado que os juízes nacionais não apliquem uma lei, que concedam prevalência à convenção interamericana e até mesmo que modifiquem a jurisprudência nacional que não seja compatível com os tratados internacionais de direitos humanos (GÓNGORA MERA, 2010, p. 403/430).

Em se tratando de violações sistemáticas de direitos humanos, a jurisdição internacional também tem desenvolvido modelos de soluções estruturais, a fim de forçar os órgãos nacionais responsáveis a reverem suas práticas e agirem em conformidade com os padrões humanitários estabelecidos pelos órgãos internacionais. Nesse sentido, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem adotado, desde o caso *Broniowski v. Polónia* (2004), uma técnica denominada *sentenças-piloto*, que consiste em não apenas reconhecer um direito de compensação financeira ao indivíduo que teve seu direito violado, mas sobretudo *monitorar* o cumprimento da decisão em nível mais geral, acompanhando de perto a adoção das medidas necessárias à solução do problema em relação a todas as pessoas que eventualmente possam ser afetadas pelo descumprimento do tratado. A técnica se insere em uma tendência cada vez mais perceptível tanto na jurisdição internacional quanto nas jurisdições domésticas de tentar enfrentar as violações massivas e sistemáticas de direitos por meio de *litígios* ou *demandas estruturais*, em que a *microjurisdição* (de caráter individual, casuística e pontual) é complementada com uma preocupação *macro* (de caráter geral e abrangente), visando remover todos os obstáculos que causam o problema¹⁶. Trata-se de um tema complexo e interessante, mas não cabe aqui desenvolvê-lo em todos os seus pormenores¹⁷. O importante é perceber que, no plano da jurisdição internacional, existe uma compreensão consolidada de que a omissão inconvenção é uma violação de direitos humanos e é passível de controle e de correção pelos órgãos de proteção.

No âmbito nacional (e tendo como base a realidade brasileira), o problema ganha um pouco mais de complexidade, dado o caráter híbrido dos tratados internacionais e a falta de uma solução satisfatória sobre o *status* jurídico dos direitos humanos (previstos em convenções já internalizadas). A realidade é que ainda não assimilamos o funcionamento de um sistema multinível de proteção dos direitos. Ainda temos uma tendência de pensar no ordenamento jurídico como um sistema unitário de normas validadas por autoridades estatais, estruturadas de forma escalonada na forma de pirâmide. Em um modelo assim, a hierarquia jurídica de uma determinada norma depende de seu processo de institucionalização e não de sua importância axiológica, o que parece ser de todo incompatível com um modelo normativo que trata a dignidade como fundamento de validade do sistema. Afinal, se o núcleo fundamental do direito é a dignidade, o

¹⁶ Para uma visão panorâmica, voltada à recente atuação da CIDH: ABRAMOVICH, 2009, p. 7/39.

¹⁷ Uma análise prática do problema, analisando diversas fórmulas para o enfrentamento das violações estruturais de direitos, pode ser lida em: GARAVITO, & KAUFFMAN, 2014.

teste de validação das normas jurídicas necessariamente deveria incorporar um elemento material que há de preponderar sobre o aspecto formal na análise da validade jurídica. Dito do modo mais direto: para saber a posição hierárquica de uma determinada norma dentro do sistema deveria ser mais importante analisar a sua conformidade com os princípios fundamentais do direito do que a sua origem ou fonte de produção.

Seria possível dar um passo além (talvez pragmaticamente desnecessário, mas simbolicamente importante) para defender uma autonomia *jurídica* da dignidade perante a constituição. Vale dizer: talvez seja um equívoco afirmar que a dignidade é o fundamento do direito porque assim diz o texto constitucional. Na verdade, a dignidade deve ser o fundamento do direito independentemente do que diz o texto constitucional. A lógica deveria ser invertida: não é a dignidade que precisa da constituição para ganhar validade; pelo contrário, é a constituição que precisa da dignidade para merecer ser respeitada. Dito de modo mais claro: a constituição somente é digna de ser tratada como a fonte de validade do sistema normativo se for capaz de estabelecer um sistema de proteção da dignidade que efetivamente funcione. Desse modo, não é a constituição que dá validade aos direitos fundamentais, mas, ao contrário, são os direitos fundamentais que dão validade à constituição¹⁸!

O que foi dito acima não precisa ser lido como uma ruptura absoluta e inconciliável com as crenças que alicerçaram a construção do constitucionalismo contemporâneo. O entrosamento bem sucedido entre os direitos fundamentais e a constituição indicam que o melhor caminho é mesmo aproximar esses dois conceitos numa rede de apoio mútuo: os direitos fundamentais elevando força axiológica da constituição, e a constituição elevando a força institucional dos direitos fundamentais. Assim, as principais ferramentas desenvolvidas com base na ideia de *supremacia constitucional*, sobretudo os mecanismos de controle e limitação do poder, podem ser aproveitadas e adaptadas para a construção de um modelo jurídico que adota a dignidade como fundamento de validade do direito e se estrutura com base no pressuposto da *supremacia dos direitos fundamentais*. Em outras palavras: mesmo que se parta do princípio de que o fundamento da *juridicidade* não se esgota na ideia de *constitucionalidade* (ou seja, na *positivação constitucional*), não se pode negar que boa parte do conteúdo da *juridicidade* encontra-se institucionalizado, formalmente, na constituição, especialmente quando se tem uma constituição que prevê explicitamente a dignidade como fundamento do estado, que contempla um rol bastante generoso de direitos fundamentais e ainda estabelece *cláusulas de abertura e expansão* para permitir o reconhecimento de direitos para além do texto constitucional. Isso demonstra que a própria constituição assume a existência de uma base material de *juridicidade* que ultrapassa o conceito formal de constituição, integrando aquilo que tem sido denominado do *bloco de constitucionalidade*¹⁹.

¹⁸ Obviamente, o conceito de *validade* aqui adotado é de caráter substancial e não formal. Aproxima-se, sem dúvida, do conceito de *legitimidade*, mas não pretende ser uma validade destituída de *juridicidade*. Pelo contrário. É uma *validade jurídica*, bastando ter em mente que o conceito de *juridicidade* não se confunde com o conceito de *legalidade*. O referencial teórico, nesse ponto, busca inspiração no jurisprudencialismo de Castanheira Neves, que defende que não é a positividade que constitui a *juridicidade*, mas a *juridicidade* que dá sentido à positividade.

¹⁹ Em verdade, melhor seria chamar esse *bloco de constitucionalidade* de *bloco de juridicidade*, já que se trata de algo que pretende traduzir o próprio fundamento axiológico do direito. Mas não é preciso aprofundar a discussão. Basta saber que aquilo que se tem chamado de *bloco de constitucionalidade* compreende todas as normas que funcionam como parâmetro de validade material do ordenamento jurídico, estejam ou não expressas no texto constitucional. Como uma das funções do *bloco de constitucionalidade* é ampliar o parâmetro normativo do controle de constitucionalidade (inclusive das omissões inconstitucionais), sua utilidade para os fins aqui pretendidos é inquestionável.

3 O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (OU DE JURIDICIDADE) E AS OMISSÕES INCONVENCIONAIS

A noção de “bloco de constitucionalidade” surgiu na Europa e teve uma função inicial de expandir o conceito de constituição para além do texto constitucional escrito, mediante a inclusão de outras normas não contidas no texto constitucional, no intuito de permitir a sua interpretação sistemática com outras normas constitucionais. Posteriormente, o conceito evoluiu para permitir que as normas que compõe o “bloco de constitucionalidade” pudessem servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.

A expansão do conceito de constituição pela teoria do “bloco de constitucionalidade” pode ocorrer em vários sentidos. Pode ser, por exemplo, uma expansão principiológica, em que alguns valores decorrentes dos princípios fundamentais do direito são elevados à categoria de normas constitucionais por expressa determinação constitucional²⁰ ou por construção jurisprudencial²¹. Pode ainda decorrer de uma elevação da normatividade jurídica de algumas leis que passam a ser tratadas como normas materialmente constitucionais, apesar de serem formalmente infraconstitucionais²². Mas a principal fórmula de expansão é precisamente a que ocorre por uma assimilação do direito internacional como parte do direito constitucional. É justamente nesse último sentido, que a noção de *bloco de constitucionalidade* permitirá a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no *nível fundamental* do sistema jurídico nacional, gerando, pelo menos, os seguintes efeitos:

- (1) os tratados de direitos humanos prevalecem, em caso de conflito, sobre a legislação interna;
- (2) os tratados de direitos humanos podem ser considerados como parâmetro do controle de constitucionalidade;
- (3) os direitos humanos podem ser protegidos por meio das ações constitucionais destinadas à proteção dos direitos fundamentais (GÓNGORA MERA, 2014, p. 301/328).

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao “bloco de constitucionalidade” pode ocorrer pela *via material* ou pela *via institucional*.

Pela via material, os tratados internacionais de direitos humanos podem integrar o nível fundamental do sistema, independentemente do seu posicionamento no ordenamento escalonado

²⁰ Nesse sentido, na França, o conceito de “bloco de constitucionalidade” foi adotado originalmente para permitir que a Declaração de Direitos dos Homens e dos Cidadãos, de 1789, bem como os princípios consagrados no preâmbulo da constituição anterior (de 1946), fossem incluídos dentro do parâmetro do controle de constitucionalidade. Sobre isso, explicando a evolução ocorrida na jurisprudência do Conselho Constitucional francês sobre o conceito de “bloco de constitucionalidade” e realizando uma análise estatística de casos onde o conceito foi mobilizado: FAVOREAU, 1990, p. 45/67.

²¹ Há vários princípios que fundamentam o direito constitucional contemporâneo que foram elevados à condição de princípio constitucional por meio de soluções judiciais. Assim, o princípio da proporcionalidade, que hoje tem sido um princípio quase universal da jurisdição constitucional, nasceu não de uma norma expressa, mas do desenvolvimento jurisprudencial realizado pela Corte Constitucional alemã. Antes disso, o *due process of law*, em seu sentido material, também se originou de decisões da Suprema Corte norte-americana que apenas com muita boa-vontade poderia ser considerado como um princípio derivado do texto constitucional.

²² Assim, por exemplo, na Espanha, o conceito de “bloco de constitucionalidade” surgiu como um mecanismo de solução de conflitos de competência entre os estados e as comunidades autônomas, reconhecendo que as leis orgânicas reguladoras da distribuição de competências entre as ordens territoriais fossem consideradas como parte do “bloco de constitucionalidade”. Do mesmo modo, na Itália, o conceito de “bloco de constitucionalidade” foi associado ao conceito de “norma interposta”, a fim de permitir que algumas leis ordinárias que limitam outras normas pudessem ser adotadas como parâmetro do controle de constitucionalidade. Nesse caso, seriam leis ordinárias “com valor constitucional” (GÓNGORA MERA, 2014, p. 301/328).

de normas, pelo simples fato de serem densificações normativas da ideia de dignidade. Nesse sentido, há um certo consenso de que o *jus cogens* – que contempla um conjunto de normas com um forte componente humanitário reconhecidas como imperativas e universais pela comunidade internacional – está no patamar mais elevado do sistema normativo, mesmo que a constituição seja silente a respeito disso²³. Afora isso, há um movimento político e acadêmico de valorização do direito internacional humanitário, que defende que o mesmo tratamento jurídico seja estendido também aos demais tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que não integrem o *jus cogens*, como aqueles aprovados nos níveis regionais de proteção (sistema interamericano ou europeu, por exemplo).

Os argumentos que acima foram expostos a respeito da dignidade como fundamento do direito justificam, sem dúvida, a aceitação da referida tese. Ocorre que, infelizmente, a mentalidade jurídica ainda é fortemente marcada pela *síndrome das fontes institucionais*, a exigir que toda norma jurídica, para ser incorporada ao sistema, precisa passar por um processo de validação estatal que irá definir não só o momento inicial de sua vigência, mas também o seu *status* jurídico. Por isso, normalmente os tratados internacionais de direitos humanos têm sido incorporados ao sistema jurídico doméstico sobretudo pela *via institucional*. Nesse contexto, a integração dos tratados de direitos humanos ao nível constitucional poderia ocorrer de forma explícita, através do reconhecimento pela própria constituição nacional de que os tratados de direitos humanos possuiriam uma hierarquia constitucional²⁴ ou por meio de uma construção jurisprudencial, em que determinadas cláusulas de abertura previstas na constituição seriam interpretadas para permitir a incorporação dos tratados internacionais no “bloco de constitucionalidade”²⁵.

Mirando especificamente a realidade brasileira, a solução foi, em parte, estabelecida na constituição (com o reconhecimento da possibilidade da incorporação dos tratados de direitos humanos como norma constitucional – artigo 5º, § 3º, da CF/88), mas ainda há alguns pontos não claramente resolvidos, especialmente envolvendo os tratados anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004.

A verdade é que o processo de reconhecimento da importância jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos é bastante recente e ainda não está bem amadurecida. Até bem pouco tempo, o tema era pobremente estudado nas faculdades de direito e, na prática forense, a mobilização de tratados internacionais quase sempre era feita em um contexto meramente retórico, geralmente como um reforço de legitimidade para apoiar uma determinada solução jurídica já prevista nas leis ou na constituição. Em alguma medida, o direito humanitário foi ofuscado pela exaltação constitucional ocorrida desde a aprovação da Constituição de 1988. O sentimento parecia ser o de que a constituição, com sua proteção abrangente dos direitos fundamentais, já

²³ Vale ressaltar que mesmo a Alemanha, que é um país que costuma ser resistente ao reconhecimento da força constitucional dos tratados internacionais, aceita que o *jus cogens* integra o bloco de constitucionalidade. Nesse sentido, Roland Bank informa que a prática jurídica alemã é bastante “introvertida”, mas, apesar disso, a Corte Constitucional admite que as normas de *jus cogens* integram a constituição em sentido material e formal, por força do artigo 25 da Lei fundamental de 1949, que estabelece que “as regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. Ressalte-se, contudo, que o conceito de “regras gerais do direito internacional público” não se refere a todas as normas comunitárias (da União Europeia), mas apenas as normas que possam ser tratadas como universais (BANK, Roland. *Tratados Internacionales de Derechos Humanos Bajo el Ordenamiento Jurídico Alemán*. In: *Ius et Praxis* v. 9, n. 1, 2003).

²⁴ Na América Latina, a Argentina, Venezuela e Bolívia adotaram, por meio de reformas constitucionais, esse entendimento (cf. GÓNGORA MERA, 2014, p. 301/328).

²⁵ As cortes constitucionais da Bolívia, Colômbia, Equador e Peru chegaram a esta conclusão. No Brasil, Flávia Piovesan defende, desde os anos 1990, que o artigo 5º, § 2º, da CF/88, seria suficiente para conferir aos tratados internacionais de direitos humanos um *status* constitucional, mas a tese não tem prevalecido, conforme se verá.

seria suficiente para proteger a dignidade, tornando-se desnecessário apelar para outros instrumentos normativos que, na maior parte das vezes, apenas reproduziam os direitos que já estavam contemplados no texto constitucional.

Durante os anos 1990, os entusiastas do direito internacional não conseguiram sensibilizar a comunidade jurídica a voltar os olhos para os tratados de direitos humanos, mesmo porque os poucos casos que apresentavam não pareciam justificar uma mudança na cultura jurídica²⁶. Em face disso, o entendimento que prevaleceu, no início do debate, foi no sentido de que os tratados de direitos humanos tinham uma força equivalente ao das leis ordinárias²⁷.

Tal entendimento foi alvo de inúmeras críticas por enfraquecer o sistema de proteção dos direitos humanos que emergia com bastante força no âmbito interamericano, fazendo com que houvesse uma mobilização para a aprovação do § 3º, do art. 5º, da CF/88, por meio da EC 45/2004, possibilitando a incorporação de um tratado internacional como emenda constitucional²⁸.

O quadro, desde então, pode ser assim resumido:

- (a) em relação aos tratados aprovados após a EC 45/2004, seguindo o procedimento do § 3º, do art. 5º, não há dúvida de que eles possuem *status* constitucional e, portanto, compõem formal e materialmente o *bloco de constitucionalidade*, servindo como parâmetro do controle de constitucionalidade por ação e por omissão, sendo-lhes aplicável os instrumentos processuais de proteção da constituição²⁹;
- (b) em relação aos tratados aprovados antes da EC 45/2004, houve uma alteração do entendimento anterior (que os colocava no mesmo nível das leis ordinárias) para elevar a sua hierarquia jurídica, tendo sido superada a tese da força da lei meramente ordinária, mas ainda sem uma definição precisa quanto ao seu real *status*.

Esse segundo ponto é o mais relevante para o debate aqui enfrentado. Como se sabe, surgiram duas teses sobre a força jurídica dos tratados internacionais aprovados antes da EC 45/

²⁶ A propósito, o célebre problema da prisão civil do depositário infiel nem era um caso humanitário típico, nem tinha uma abrangência muito ampla, afetando uma quantidade muito pequena de pessoas. Além disso, a solução proposta pelo direito humanitário (proibição da prisão civil) não era tão óbvia sob ótica da primazia dos direitos. O debate foi montado como se fora um mero conflito entre propriedade e liberdade, mas havia muito mais em jogo, como a quebra do dever de confiança, a efetividade das execuções judiciais e a proteção do credor, que também é titular de direitos fundamentais. Curiosamente, um dos principais beneficiários da proibição da prisão civil dos depositários infieis foram os devedores de dívidas trabalhistas e não os oprimidos propriamente ditos, o que demonstra que há uma ambivalência nessa questão que não foi devidamente enfrentada no debate.

²⁷ Na prática, a força jurídica dos tratados nem chegava a tanto. Afinal, mesmo na questão da prisão civil do depositário infiel, se o Pacto de San Jose da Costa Rica (PISJCR) fosse tratado como lei ordinária, ele teria sido capaz, já na sua origem, de revogar as normas legais que autorizavam referida modalidade de prisão. Mas não foi isso que foi decidido. Naquele primeiro momento, a prisão civil do depositário infiel foi aceita, apesar do pacto.

²⁸ O artigo foi festejado como uma grande vitória do direito internacional, mas a rigor é uma norma tautológica. O que ela estabelece é que, se um tratado internacional de direitos humanos for aprovado como emenda constitucional (com o mesmo quorum e procedimento), terá a força de emenda constitucional. Ora, em tese, qualquer projeto normativo, até mesmo a portaria de um condomínio, se tornará uma emenda constitucional caso observe o procedimento de aprovação das emendas constitucionais! Assim, não houve propriamente uma inovação radical, mas apenas uma fórmula de incorporação contaminada pela *síndrome das fontes institucionais*, a exigir mecanismos fundados menos na força axiológica dos direitos em jogo e mais na técnica ou procedimento de aprovação.

²⁹ A esse respeito o Decreto 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu protocolo facultativo, aprovado na forma do artigo 5º, § 3º, da CF/88, possui inegável *status* constitucional, já reconhecido pelo STF, ainda que em decisão monocrática do min. Edson Fachin: “A edição do decreto seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere status equivalente ao de emenda constitucional, reforçando o compromisso internacional da República com a defesa dos direitos humanos e compondo o bloco de constitucionalidade que funda o ordenamento jurídico pátrio” (STF, ADI 5357 MC, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 18/11/2015).

2004: a da *supralegalidade* e a da *constitucionalidade*³⁰. De acordo com a tese da *supralegalidade*, os tratados internacionais incorporados antes da EC 45/2004 foram recepcionados como normas de caráter supralegal, estando abaixo da constituição, mas com força suficiente para paralisar a eficácia de qualquer norma infraconstitucional anterior ou posterior à sua incorporação. Por sua vez, a tese da *constitucionalidade* advoga que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma fundamentalidade material que os coloca no nível máximo do ordenamento jurídico, ou seja, no nível constitucional. Assim, os direitos humanos anteriores a EC 45/2004, já incorporados ao sistema normativo, integrariam o *bloco de constitucionalidade*, mesmo que, na sua incorporação ao sistema nacional, não tenha sido observado o procedimento especial do § 3º, do art. 5º, que não era exigido até então.

Esse debate tem, pelo menos, duas consequências práticas. Em primeiro lugar, a depender da tese adotada, a solução de uma eventual antinomia entre uma norma do tratado e uma norma da constituição terá resultados diferentes. Pela *tese da supralegalidade*, a colisão entre uma norma da constituição e uma norma prevista em tratado é resolvida a favor da constituição, mesmo que, eventualmente, o tratado contenha uma proteção mais abrangente da dignidade. Pela *tese da constitucionalidade*, a colisão entre direitos fundamentais (previstos na constituição) e direitos humanos (previstos em tratados internacionais) é solucionada por meio de uma ponderação, em que o critério preponderante é o da *primazia da dignidade*. Assim, não haveria uma hierarquia absoluta da constituição sobre o tratado, nem do tratado sobre a constituição. Tudo dependerá da solução normativa proposta por cada instrumento jurídico, devendo “vencer” aquela proposta que estabelecer a proteção mais expansiva da dignidade³¹.

É óbvio que a *primazia da dignidade* não deve ser tratada como uma varinha de condão para justificar qualquer escolha entre normas conflitantes, ao gosto das próprias preferências do intérprete. Em muitas situações, é extremamente difícil saber qual a norma que melhor protege a dignidade, mesmo porque o conceito de dignidade é multidimensional, e as várias dimensões da dignidade nem sempre são compatíveis entre si. Assim, será preciso sempre colocar a questão em uma rede mais ampla de valores e práticas, a fim de analisar, em conjunto com todos os demais fatores relevantes, qual a solução que, naquelas circunstâncias, protege melhor a dignidade como um todo. Por mais que haja, nesse processo, um risco de arbitrariedade (e subjetividade), típica de qualquer ponderação de valores, resta o consolo de que a solução adotada sempre terá um suporte normativo de alto nível (ou constitucional ou convencional) e poderá ser amadurecida/densificada por experimentação. Além disso, é preciso ficar claro que mesmo os adeptos da tese da supralegalidade não escapam da necessidade de se buscar a solução mais favorável aos direitos humanos, pois, havendo um conflito entre uma lei e um tratado, a lei poderá prevalecer se o seu âmbito de proteção aos direitos humanos for mais amplo do que aquele estabelecido pelo tratado, tendo em vista o princípio interpretativo que veda a mobilização das normas internacionais para prejudicar a proteção humanitária. A mera ideia de supralegalidade não significa, portanto, a primazia *tout court* do tratado internacional sobre toda e qualquer lei interna. Do mesmo modo, quando há um conflito entre dois tratados de direitos humanos, a solução segue a lógica da norma mais favorável e não o princípio temporal. Assim, não necessariamente um tratado posterior revogará um tratado anterior, pois, se o tratado anterior for mais favorável à dignidade, é ele quem deverá prevalecer. Ou seja, deixar de aplicar uma norma convencional

³⁰ Seria possível cogitar uma terceira tese: a da *supraconstitucionalidade*, pela qual os tratados internacionais teriam uma primazia absoluta. Tal tese, contudo, não tem sido defendida de modo consistente por nenhum jurista brasileiro.

³¹ O critério da *norma mais favorável*, independente da hierarquia, já é adotada em outros campos da juridicidade. Assim, por exemplo, no direito trabalhista, uma portaria de uma empresa pode prevalecer sobre a constituição se contiver um sistema de proteção mais favorável ao trabalhador.

menos benéfica aos direitos humanos é uma imposição do próprio tratado, de modo que o princípio *pro homine* há de ser observado mesmo pelos adeptos da tese da supralegalidade.

Outra consequência prática da adoção da tese da constitucionalidade refere-se à possibilidade de mobilização dos instrumentos do controle de constitucionalidade para a proteção dos tratados internacionais de direitos humanos (*controle de convencionalidade*). Adotando-se a *tese da constitucionalidade*, todas as ferramentas existentes para o combate às inconstitucionalidades também poderão ser utilizadas para o combate às inconveniências, inclusive as ferramentas do controle concentrado. Por sua vez, a *tese da supralegalidade* estreita as possibilidades de proteção judicial em caso de violação de tratados, pois, interpretado estritamente, pode retirar o debate do *plano constitucional*, dificultando a aplicação aos direitos humanos de todo o arsenal de práticas, ações e conhecimentos desenvolvidos pela jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais.

Diante disso, há inúmeras razões práticas e estratégicas que justificam a inclusão de todos os tratados internacionais de direitos humanos, inclusive os que foram aprovados antes da Emenda Constitucional 45/2004, no *bloco de constitucionalidade*. Isso proporcionaria, em primeiro lugar, uma maior coerência sistemática entre os tratados de direitos humanos, evitando que normas de natureza semelhante tenham força jurídica distinta (alguns, aprovados após a EC 45/2004, seriam normas constitucionais; outros, pelo mero fato de terem sido aprovados antes da EC 45/2004, seriam normas infraconstitucionais). Dentro dessa mesma lógica, evitaria que convenções que são consideradas a *Alma Mater* dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, como o Pacto de San Jose da Costa Rica ou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como outros instrumentos internacionais de igual natureza, que compõem o chamado *corpus iuris* do direito humanitário, sejam consideradas normas jurídicas hierarquicamente inferiores às normas internacionais delas decorrentes, de caráter mais específico, apenas por terem sido internalizadas em momentos distintos³². Além disso, garantiria uma melhor proteção da dignidade, evitando que a constituição funcione como um empecilho para a ampliação dos direitos, o que configuraria uma verdadeira distorção de seu autêntico sentido, já que o propósito de qualquer declaração de direitos, inclusive de nível constitucional, é funcionar como um *piso de proteção mínima* e não como um rol exclusivo, exaustivo, fechado e bloqueador da expansão da dignidade. Por fim, e igualmente importante, todos os instrumentos da jurisdição constitucional poderiam ser aplicados integralmente para a proteção dos direitos humanos, inclusive os de natureza objetiva. E não apenas os instrumentos processuais (ações constitucionais) poderiam ser úteis à proteção do direito humanitário. Também as técnicas interpretativas/argumentativas desenvolvidas para a solução de problemas envolvendo os direitos fundamentais (máxima efetividade, proporcionalidade, concordância prática, dimensão subjetiva e objetiva, eficácia horizontal etc.) poderiam funcionar a favor dos direitos humanos³³. Aliás, na maioria das vezes, o descumprimento ao tratado internacional terá reflexos diretos na própria estrutura constitucional da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o que, ao fim e ao cabo, justifica ainda mais intensamente que as violações dos direitos humanos também sejam tratadas como um *problema constitucional*.

³² O sistema internacional de proteção aos direitos humanos é composto de diversos instrumentos normativos de proteção que compõem uma espécie de “bloco de convencionalidade” ou, para usar a expressão de Sérgio Ramirez, um “*corpus juris*” convencional dos direitos humanos (RAMÍREZ, 2011). Esse “bloco de convencionalidade” é composto por normas distintas sem hierarquia formal entre si. O único tipo de hierarquia que poderia ser cogitado entre as normas que compõem o sistema humanitário seria a hierarquia axiológica, a dar prevalência, em qualquer situação, à norma que melhor protege a dignidade, independentemente de sua fonte institucional.

³³ Sobre isso, mencionando especificamente a proporcionalidade: URUEÑA, 2010.

O argumento normativo geralmente mobilizado para justificar a *tese da supralegalidade*, com a prevalência da constituição sobre o tratado, é a possibilidade de controle de constitucionalidade dos tratados, prevista no artigo 102, inc. III, “b”³⁴. Veja-se, contudo, que não se trata de um argumento decisivo, pois a tese da constitucionalidade dos tratados também permite a declaração de inconstitucionalidade de tratados de direitos humanos, desde que estes sejam menos favoráveis à dignidade. Além disso, na medida em que a constituição contempla formalmente a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inc. III), a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (artigo 4º, inc. II), uma cláusula de abertura reconhecendo a jusfundamentalidade dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, de modo que o reconhecimento dos direitos fundamentais não pode ser interpretado como um obstáculo para o reconhecimento de outros direitos não previstos na constituição (artigo 5º, § 2º), a possibilidade de incorporação formal dos tratados humanitários no bloco de constitucionalidade estrito (artigo 5º, § 3º), a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, § 4º), a importância de se assegurar o cumprimento das obrigações humanitárias assumidas internacionalmente (artigo 109, § 5º), a intenção de se criar um tribunal internacional de direitos humanos (artigo 7º, do ADCT), há também diversos argumentos normativos para se justificar a recepção constitucional do direito humanitário³⁵.

De qualquer modo, mesmo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 sejam situados no plano da *supralegalidade*, como tem sido a mais recente tendência jurisprudencial com a convicção da doutrina majoritária, não há dúvida de que a não-observância de uma prescrição contida em um tratado pode gerar consequências jurídicas não só no plano internacional, mas também no plano nacional. Isso porque os tratados internacionais possuem uma pretensão normativa e contém prescrições que devem ser observadas pelos agentes estatais. A não-observância do que o tratado estabelece é um comportamento juridicamente censurável e, portanto, passível de proteção judicial. E isso não depende do seu *status* jurídico. Tanto um tratado com força *supralegal* (ou até mesmo *legal*!) quanto um tratado com força *constitucional* gerará, para os agentes estatais, o dever jurídico de agir em conformidade com os seus preceitos. O comportamento contrário ao tratado - por ação ou por omissão - é juridicamente inválido e, portanto, passível de correção judicial. O que poderá variar, conforme já dito, é o remédio processual para corrigir a violação ao tratado e a solução de uma eventual antinomia que possa existir entre o direito interno e os tratados.

Observe que o controle de convencionalidade é uma exigência da própria força normativa dos tratados de direitos humanos. Mesmo que referidos tratados não sejam incluídos no bloco de constitucionalidade, ainda assim há a necessidade de verificar se a legislação infraconstitucional é compatível com os seus preceitos. Uma norma que contenha um nível de proteção prejudicial aos direitos humanos perde a sua eficácia, ainda que se adote a tese da supralegalidade. Pela mesma razão, se um tratado internacional de direitos humanos estabelece algum tipo de dever de

³⁴ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

³⁵ Obviamente, a mobilização desse tipo de argumento, fundado na força das normas constitucionais positivadas, já pressupõe a aceitação da tese de que a constituição é a fonte de validade de todo o sistema jurídico, tese esta que costuma ser aceita pelos adeptos da tese da supralegalidade dos tratados, na medida em que se apegam à supremacia constitucional sobre os tratados, mas não é necessariamente aceita pelos adeptos da *primazia da dignidade*, que acreditam em fontes de validade jurídica fora da constituição. De qualquer modo, o argumento foi desenvolvido apenas para mostrar que, mesmo quem se apegue à supremacia da constituição de um modo forte, tem razões para acreditar que o direito constitucional se abre para um sistema internacional de proteção dos direitos, com todas as consequências que tal abertura exige, inclusive uma limitação da soberania e das possibilidades do direito interno.

agir, a inércia estatal resultará em uma *inconvenionalidade por omissão*, a ser detectada e corrigida não apenas pelos órgãos internacionais de proteção, mas também pelos órgãos nacionais, especialmente da jurisdição constitucional, inclusive se a força jurídica do tratado for *supralegal*.

Assim, independentemente da tese adotada, pode-se concluir que os direitos humanos, previstos em tratados internacionais:

- (a) compõem, ao lado dos direitos fundamentais, um sistema de valores humanitários, que se irradiam por todos os ramos do ordenamento, possuindo, portanto, uma *dimensão objetiva*, a justificar a *interpretação das leis em conformidade com tais valores ou à luz dos direitos humanos*;
- (b) gozam de uma força normativa privilegiada, com pretensão de vincular agentes públicos e, em alguns casos, também particulares, gerando deveres de respeito, proteção, promoção, organização etc. que, uma vez desobedecidos, acarretam sanções jurídicas em relação àqueles que tinham o dever de velar pelo cumprimento do tratado;
- (c) respeitado o princípio da primazia da norma mais favorável à dignidade, possuem uma superioridade jurídica em relação a todas as leis do sistema jurídico, sendo capaz de barrar, suspender ou paralisar a eficácia das normas que os contrariam, por meio do *controle de convencionalidade*;
- (d) uma vez incorporados ao ordenamento jurídico, estão aptos a produzirem diversos efeitos de forma direta e imediata, inclusive exigíveis na via judicial, possuindo assim uma dimensão subjetiva semelhante àquela que emana dos direitos fundamentais, a justificar até mesmo a busca da *máxima efetividade*;
- (e) em relação aos efeitos que dependam de uma integração normativa (geralmente relacionados aos deveres de proteção, promoção, organização etc.), a falta de medidas estatais capazes de viabilizar o exercício do direito pode gerar uma *omissão inconvenional*, passível de ser, em dadas circunstâncias e respeitadas as regras de divisão de competência, corrigida judicialmente.

As afirmações acima são consequências comuns do reconhecimento da força normativa dos direitos humanos, independentemente de se tratar de uma força *supralegal* ou constitucional.

Uma das principais vantagens de se admitir a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no *bloco de constitucionalidade* é permitir que os instrumentos do direito constitucional, em particular do controle de constitucionalidade, sejam mobilizados em favor do direito humanitário. Porém, a aceitação da tese da *supralegalidade* também não deveria servir de empecilho absoluto para a inclusão dos tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade, para fins de adoção dos instrumentos de proteção constitucional em favor do direito humanitário. É que o conceito de bloco de constitucionalidade também pode admitir a existência de normas materialmente constitucionais situadas em níveis formalmente infraconstitucionais que podem funcionar como parâmetro para o controle de constitucionalidade e vetor interpretativo para as demais normas do sistema. Nesse ponto, é útil assimilar uma distinção realizada pela Corte Constitucional da Colômbia entre *bloco de constitucionalidade em sentido estrito* e *bloco de constitucionalidade em sentido amplo*.

4 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO E BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO

O jurista colombiano Rodrigo Uprimy, no artigo *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, analisou a prática jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana sobre a força jurídica dos tratados internacionais e tentou, a partir daí, elaborar um quadro sistemático sobre o significado de bloco de constitucionalidade que pode ser extremamente útil para os fins aqui pretendido. Em verdade, ele identificou pelo menos três sentidos que a expressão *bloco de constitucionalidade* pode tomar, a depender de seu uso. O primeiro sentido refere-se ao conjunto de *standards* que possuem inegavelmente *status* constitucional em sentido formal e material. O segundo refere-se ao conjunto de *standards* jurídicos, constitucionais ou não, que podem servir como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis. O terceiro diz respeito aos *standards*, constitucionais ou não, que são constitucionalmente relevantes para solucionar um caso específico (UPRIMY, 2005).

O primeiro sentido (*standards* com *status* constitucional) comporia o *bloco de constitucionalidade em sentido estrito* e a sua identificação dependeria de uma análise do texto constitucional para verificar o que a própria constituição considera como constitucional. Assim, apenas aqueles *standards* incluídos pela própria constituição no *bloco de constitucionalidade em sentido estrito* poderiam ser tratados como *normas com status constitucional*. Note-se que esse bloco não é formado apenas pelo texto constitucional, mas por todas as normas que a própria constituição atribui *status* constitucional, seja de forma direta, seja por mecanismos de remissão ou reenvio. Nesse sentido, no modelo colombiano, fazem parte do *bloco de constitucionalidade estrito* o preâmbulo, o texto constitucional, os tratados dos limites territoriais ratificados pela Colômbia³⁶ e os tratados internacionais de direitos humanos, pois a *Constitución Política de Colombia*, de 1991, confere hierarquia constitucional aos referidos tratados³⁷. (Vale ressaltar que a Corte Constitucional colombiana também atribui hierarquia constitucional não apenas aos tratados de direitos humanos propriamente ditos, mas também à interpretação desses tratados realizada pelos tribunais internacionais).

Esse bloco de constitucionalidade em sentido estrito cumpriria as funções geralmente associadas às normas com *status* constitucional. Assim, elas somente poderiam ser alteradas por normas de igual hierarquia e serviriam como parâmetro para o controle de constitucionalidade e vetor interpretativo das demais normas do sistema jurídico.

Para além desse sentido estrito, haveria também um conceito de constitucionalidade em sentido amplo, que abarcaria, além do bloco estrito, algumas leis estatutárias e algumas leis orgânicas, naquilo que fosse constitucionalmente relevante. Essas normas (infraconstitucionais)

³⁶ Isso decorre de uma expressa previsão constitucional: “*Art. 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República. [...]*”.

³⁷ São várias as normas de remissão, previstas na constituição colombiana, que justificam o reconhecimento do *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. Por exemplo: “*Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”; “*Art. 214, item 2: No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos*”.

seriam agregadas ao bloco de constitucionalidade apenas para o fim de auxiliar o controle de constitucionalidade e a interpretação das demais leis do sistema, sem que seu *status* (de normas infraconstitucionais) fosse alterado. Isso significa dizer que elas estão abaixo da constituição, mas em um nível acima das leis, cumprindo ora uma função de lei propriamente dita, ora uma função de norma constitucional em sentido material.

No Brasil, a jurisprudência sobre *bloco de constitucionalidade* é bastante precária e se resume a alguns comentários, mencionados em *obiter dictum* pelo Min. Celso de Mello, sem que o problema de fundo seja a inclusão de tratados de direitos humanos no parâmetro para o controle de constitucionalidade, mas apenas a impossibilidade de se realizar um controle de constitucionalidade quando a norma constitucional tida como paradigma foi revogada³⁸. Se isso, por um lado, dificulta a compreensão do que, de fato, significa o *bloco de constitucionalidade* à luz da jurisprudência da Suprema Corte brasileira, por outro lado, amplia as possibilidades de construir um conceito mais próximo do direito humanitário, já que, pelo menos no campo retórico, tem havido cada vez mais uma preocupação de valorizar os tratados internacionais.

Assim, com algumas adaptações, as mesmas ideias desenvolvidas pela Corte Constitucional colombiana e sistematizadas por Rodrigo Uprimy poderiam ser adotadas aqui no Brasil a fim de ampliar o bloco de constitucionalidade para incluir também os tratados internacionais de direitos humanos, caso não houvesse a superação da tese da *supralegalidade*. Nesse sentido, haveria algumas normas que

- (1) teriam um *status* constitucional e funcionariam como parâmetro para o controle de constitucionalidade e como vetor interpretativo (*bloco de constitucionalidade em sentido estrito*), e outras normas que
- (2) poderiam desempenhar essas mesmas funções, mesmo sem possuir o *status* constitucional (*bloco de constitucionalidade em sentido amplo*).

Assim, seria possível afirmar, com elevado grau de certeza, que os seguintes *standards* comporiam o bloco *estrito* de constitucionalidade, ocupando o nível mais elevado do sistema à luz da constituição brasileira: o texto constitucional, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, as emendas constitucionais e os tratados de direitos humanos aprovados conforme o procedimento do artigo 5º, § 3º, da CF/88. Haveria uma zona de incerteza em relação aos tratados humanitários anteriores à EC 45/2004, pois enquanto a tese da constitucionalidade admite a sua integração no bloco *estrito* de constitucionalidade, a tese da *supralegalidade* a rejeita.

Por sua vez, para além desse bloco *estrito*, seria possível desenvolver também um conceito mais amplo, especificamente com a finalidade de orientar ou auxiliar o controle de constitucionalidade e servir como diretriz hermenêutica. Nesse *bloco expandido*, além das normas integrantes do *bloco estrito*, poderiam ser incluídos, por exemplo, o preâmbulo constitucional³⁹,

³⁸ Assim, por exemplo: “A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsomem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo - ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade” (ADI 595, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 18/02/2002).

³⁹ O Supremo Tribunal Federal, em pelo menos uma ocasião, assinalou que o preâmbulo constitucional não deve ser considerado como norma constitucional em sentido *estrito*. Confira-se: “O preâmbulo [...] não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não

alguns princípios constitucionalmente relevantes decorrentes do artigo 5º, § 2º, ou, para os que adotam a tese da suprallegalidade, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da EC 45/2004, bem como outros tratados aprovados fora do procedimento do artigo 5º, § 3º, mas que possuam uma inegável relevância constitucional.

O importante é que se perceba que o *status* constitucional não é um pressuposto necessário para que uma norma seja incluída no bloco de constitucionalidade em sentido amplo. Em alguns modelos jurídicos, até mesmo leis orgânicas ou estatutárias são tratadas como normas de relevância constitucional, funcionando como parâmetro do controle de constitucionalidade e vetor interpretativo, sem perderem a sua natureza infraconstitucional. Portanto, nada impede que uma norma com força suprallegal possa também ser integrada ao bloco de constitucionalidade, sobretudo quando tal norma faz parte de um sistema humanitário de proteção de direitos valorizado pela constituição brasileira. Se o propósito dessa integração também for permitir o uso dos instrumentos do direito constitucional para a proteção dos direitos humanos, certamente não há qualquer argumento forte que justifique uma posição em sentido contrário.

Em síntese: embora o parâmetro normativo do controle de constitucionalidade seja, *prima facie*, uma norma constitucional violada por ação ou por omissão, também pode abranger, por “arrastamento”, outras normas jurídicas de diferentes níveis, cujo descumprimento seja capaz de afetar alguns valores fundamentais do sistema, sobretudo aqueles mais relacionados à proteção da dignidade. Assim, a rigor, é possível, em qualquer caso, admitir a mobilização das ferramentas do controle de constitucionalidade para a proteção dos tratados internacionais, inclusive para fins de correção das omissões inconventionais.

5 O CASO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Um exemplo paradigmático do que acima foi dito ocorreu com a chamada “audiência de custódia”, prevista no artigo 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁴⁰ e no artigo 9º, item 3, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos⁴¹. Embora o debate judicial que se desenvolveu sobre o tema não tenha sido focado sobre *omissões inconstitucionais ou inconventionais*, a solução que foi dada é uma demonstração clara da existência de uma interconexão entre o *plano convencional* e o *plano constitucional*, a exigir o enfrentamento comum e simultâneo das violações sistemáticas de direitos, estejam eles previstos em tratados ou na própria constituição.

contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.” (STF, **ADI 2.076**, voto do Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 15-8-2002)

⁴⁰ “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica, foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

⁴¹ “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”. Referido Pacto foi incorporado ao direito brasileiro por meio do Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

Na ADI 5240/SP, o STF declarou a constitucionalidade de um provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo que estabeleceu a obrigatoriedade do procedimento da audiência de custódia, mesmo não havendo uma regulamentação legal sobre o assunto. A decisão reconheceu que a norma contida nos tratados internacionais antes citados, além de suspenderem a eficácia de todas as normas internas com ela incompatível (dada a sua força supralegal, que foi adotada no referido julgamento), deveria ser observada no plano interno independentemente de lei (dada a sua autoaplicabilidade). Foi dado assim o primeiro passo para reconhecer que o dever de agir estabelecido em um tratado internacional (*conduzir o réu preso, sem demora, à presença de um juiz*) contém um mandamento que pode ser observado imediatamente pelas autoridades nacionais mesmo não havendo legislação regulamentadora.

O passo seguinte foi dado na ADPF 347-MC/DF, em que se analisou a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” diante da violação sistemática de direitos no sistema penitenciário brasileiro e se debateu, em caráter liminar, uma séria de providências estruturais com o objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos poderes públicos (v. informativo 796 do STF). O caso é complexo e não precisa ser detalhado aqui. Basta saber que o STF foi além do mero reconhecimento da possibilidade de adoção da audiência de custódia pelos órgãos nacionais, determinando também que o Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 dias, regulamentasse o assunto com efeito normativo geral para todos os tribunais do país, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão.

A solução é emblemática na medida em que um instituto tipicamente de proteção constitucional (ADPF) foi adotado para a implementação de um direito originalmente previsto em tratado internacional, funcionando claramente como um remédio judicial contra uma omissão normativa (mais precisamente, uma *omissão inconvenional*). Em termos práticos, o STF reconheceu a necessidade de se implementar um direito previsto em um tratado internacional de direitos humanos, identificou os órgãos estatais que poderiam solucionar o problema, delimitou o âmbito de proteção mínimo do direito a ser implementado e estabeleceu um prazo para a correção daquela situação de inconvenionalidade, prazo este que foi devidamente cumprido pelo Conselho Nacional de Justiça. De fato, em 15 de dezembro de 2015, foi aprovada, pelo Conselho Nacional de Justiça, a resolução que regulamenta os procedimentos a serem adotados para dar cumprimento ao tratado internacional, detalhando com maior especificidade o papel do juiz durante a audiência de custódia⁴².

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo, defendeu-se um modelo de proteção jurídica que possa adotar as diversas ferramentas do direito constitucional, sobretudo aquelas desenvolvidas para o controle de constitucionalidade por omissão, com o propósito de superar as chamadas *omissões inconvenionais*.

Há duas formas básicas de defender essa proposta. A primeira, mais simples e mais conveniente, seria aderir à teoria da *força constitucional* dos tratados internacionais de direitos humanos, a fim de facilitar a incorporação do direito humanitário no chamado “bloco de constitucionalidade”. Com isso, as normas internacionais mais favoráveis à dignidade seriam colocadas no *plano da constitucionalidade*, sendo-lhes aplicadas todas as ferramentas práticas e teóricas, processuais e materiais, já desenvolvidas para a proteção dos direitos fundamentais.

⁴² CNJ, Resolução 213/2015.

Contudo, mesmo que se adote a *tese da supralegalidade*, também seria possível defender que os tratados internacionais de direitos humanos “supralegais” poderiam, para esse fim específico, compor o *bloco de constitucionalidade em sentido amplo*, junto com as demais normas que integram o chamado *bloco de constitucionalidade em sentido estrito*. Assim, a única diferença substancial que ainda persistiria entre a tese da constitucionalidade e a tese da supralegalidade se daria no *nível das antinomias entre os tratados e a constituição* que é, afinal, o principal ponto que leva os adeptos da tese da supralegalidade a não abrirem mão de suas ideias, em razão da crença na supremacia constitucional. Ou seja, aderindo-se à tese da supralegalidade, seria aplicado aos tratados humanitários o mesmo regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, salvo se houvesse um choque entre o tratado e a constituição, ocasião em que, pela referida tese, a constituição prevaleceria sobre o tratado, mesmo que o tratado fosse mais favorável à dignidade. Já pela tese da constitucionalidade, o regime jurídico-constitucional aplicado aos direitos fundamentais também seria aplicado aos tratados humanitários, mesmo se houvesse um choque entre o tratado e a constituição, ocasião em que será dada preferência para o melhor sistema de proteção da dignidade. O importante, em qualquer caso, é que a base de proteção constitucional dos direitos fundamentais também possa servir para a proteção dos direitos humanos.

Isso seria particularmente relevante para o controle judicial das omissões inconvenções, tendo em vista que os instrumentos processuais previstos na constituição para a correção das omissões inconstitucionais (Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, sobretudo, Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental) têm sido extremamente valiosos para a efetivação dos direitos fundamentais e poderiam igualmente auxiliar a efetivação dos direitos humanos, a exemplo do que ocorreu no caso da audiência de custódia.

Tal solução pode ser justificada, conforme se viu, não apenas por razões estritamente técnico-jurídicas, mas também axiológicas e estratégicas. Para fins de proteção dos direitos humanos, é extremamente vantajoso aproveitar todo arsenal de instrumentos já desenvolvidos pelo direito constitucional. Por sua vez, o constitucionalismo seria igualmente enriquecido não apenas com a ampliação do rol de direitos, mas também com a abertura de horizontes que o diálogo multinível proporciona. Teríamos assim um novo patamar de proteção da dignidade, muito mais forte, muito mais plural e muito mais expandido.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Das Violações em Massa aos Padrões Estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 6, n. 11, dez. 2009, p. 7-39.

BANK, Roland. Tratados Internacionales de Derechos Humanos Bajo el Ordenamiento Jurídico Alemán. **Ius et Praxis** v. 9, n. 1, 2003.

BAZÁN, Víctor. El Control de Convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor & NASH, Claudio. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: el control de convencionalidad**. Universidad de Chile e Konrad Adenauer Stiftung, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

FAVOREAU, Luis. El bloque de la constitucionalidad. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 5, jan./mar. 1990, p. 45-67.

GARAVITO, César Rodríguez & KAUFFMAN, Celeste. **Guía para Implementar Decisiones sobre Derechos Sociales**: estrategias para los jueces, funcionarios y activistas. Bogotá, Dejusticia, 2014.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Diálogos Jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y La Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: BOGDANDY, Armin von e outros (org.). **La Justicia Constitucional y su Internacionalización**. ¿Hacia un Ius Cosntitucional Commune En América Latina?, T. II. Unam: México, 2010, p. 403-430.

KAHNEMAN, Daniel. **Pensar, Depressa e Devagar (Thinking, Fast and Slow, 2011)**. Trad. Pedro Vidal. Lisboa: Temas & Debates, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PENICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in European Union. **European Law Review**, 27, 511–29. Disponível on-line: whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf.

_____. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 3/2009, p. 349-407. Disponível on-line: <http://tinyurl.com/c9ke6ge>.

_____. & KANITZ, Ralf. Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe. **Humboldt-Universität zu Berlin - WHI Paper 7/04**. Disponível on-line: <http://tinyurl.com/b85qlkw>.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMÍREZ, Sérgio García. El Control Judicial Interno de Convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, jul./dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso. Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Internacional. In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

UPRIMY, Rodrigo. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. **Red de Escuelas Sindicales**, Universidad de Alcalá, 2005. Disponível em: <http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad%28Uprimny%29.pdf>.

UREÑA, René. Proteção Multinível dos Direitos Humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos. In: **Proteção Multinível de Direitos Humanos**. REDE - DHES, 2014.

_____. Espejismos Constitucionales. La promesa incumplida del constitucionalismo global. **Revista de Derecho Público**, v. 24. Univesidad de Los Andes - Facultad de Derecho Março de 2010.

CRÉDITOS DE CARBONO E A EXTRAFISCALIDADE: UMA SAÍDA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL

Francisco Joaquim Branco de Souza Filho

Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes. Especialista em Direito Tributário pela Rede Anhanguera de Ensino. Advogado e Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes.

Tagore Trajano de Almeida Silva

Pós-doutor em Direito pela Pace Law School, New York/USA. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, com estágio sanduíche como Visiting Scholar na Michigan State University. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Coordenador Regional do Brazil-American Institute for Law and Environment. Advogado.

RESUMO: A relação homem e meio ambiente nunca esteve tão em foco como atualmente. Convenções, metas e programas de incentivos continuam sendo traçados nos quatro cantos do planeta como forma de frear o avanço que o progresso desordenado e o desequilíbrio evolutivo transformaram a Terra. Nesse panorama, na necessidade de se promover o desenvolvimento sustentável com intenção de preservar ecossistemas através de políticas públicas das mais variadas, o Protocolo de Quioto, constituído pela sua Convenção, criou um mercado de Créditos de Carbono, possibilitando que Estados em desenvolvimento continuasse seu progresso industrial, ao passo que os países já desenvolvidos promovessem, através de metas, as reduções de emissão de gases nocivos, adquiridos onerosamente por estes, constituindo, uma oportunidade de negócio rentável pautado no desenvolvimento sustentável e responsabilidade ambiental. O fato é que nem sempre a atração da iniciativa privada para investimentos em sustentabilidade torna-se viável sem que haja incentivos fiscais capazes de induzir este tipo de comportamento, motivo pelo qual a atividade extrafiscal do Estado torna-se um excelente instrumento para incremento dessas políticas públicas, aliando os investimentos particulares no meio ambiente com as vantagens financeiras advindas do comércio de crédito de carbono, proporcionando responsabilidade ambiental e difusão da “consciência verde”. Este trabalho foi desenvolvido com pesquisa expositiva por meio de revisão bibliográfica em livros e artigos publicados. O artigo pretende analisar o comércio de crédito de carbono sob o enfoque do fenômeno extrafiscal, como forma de incentivo a sistemas de produção renováveis proporcionado a iniciativa privada como uma solução viável ao desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Créditos de carbono. Extrafiscalidade. Protocolo de Quioto. Sustentabilidade.

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 30 maio e 15 jun. 2017.

Carbon credits and extra-fiscal: solution for sustainable development in Brazil

ABSTRACT: The relationship between man and the environment has never been as focused as it is today. Conventions, goals, and incentive programs continue to be traced across the four corners of the globe as a way to stem the breakthrough that disorderly progress and evolutionary imbalance have transformed the Earth. In this context, in the need to promote sustainable development with the intention of preserving ecosystems through the most varied public policies, the Kyoto Protocol, constituted by its Convention, created a carbon credits market, enabling developing States to continue their progress Industrial development, while the already developed countries promoted, through targets, reductions in the emission of noxious gases, which were costly acquired by them, constituting a profitable business opportunity based on sustainable development and environmental responsibility. The fact is that not always the attraction of private initiative for investments in sustainability becomes feasible without there being fiscal incentives capable of inducing this type of behavior, reason why the extrafiscal activity of the State becomes an excellent instrument to increase these policies Private investments in the environment with the financial benefits of carbon credit trading, providing environmental responsibility and the diffusion of "green awareness". This work was developed with expository research through bibliographic review in books and published articles. The article intends to analyze the carbon credit trade under the focus of the extrafiscal phenomenon, as a form of incentive to renewable production systems provided to private initiative as a viable solution to sustainable development.

KEYWORDS: Carbon credits. Extrafiscality. Kyoto Protocol. Sustainability.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes preocupações contemporâneas, do ponto de vista ambiental são os efeitos prejudiciais provocados pelo aquecimento global, considerado por diversos estudiosos como um fenômeno que ameaça todas as formas de vida na Terra, não obstante as contradições teóricas a respeito de sua vinculação direta ou não à ação antrópica. Seja de um modo ou de outro, um dado é certo, gases do efeito estufa (GEE) – estes sim decorrentes da ação humana – auxiliam drasticamente na aceleração do aquecimento global, potencializando, dentre outras circunstâncias, mudanças climáticas comprometedoras da vida e o equilíbrio do meio ambiente, a saúde populacional e a falta de suprimentos, gerando a escassez das matérias-primas capaz de provocar colapso nos meios de produção tradicionais.

Como uma tentativa de frear os efeitos provocados pelo aquecimento global, no ano de 1997 foi assinado o Protocolo de Quioto, decorrente do quadro das Nações Unidas sobre a mudança do clima, instituindo uma meta bastante clara que era a redução de 5,2% da emissão de gases estufa nos níveis de 1990 até o ano de 2012, em âmbito mundial, de modo que uma de suas principais contribuições foi a elaboração do denominado mercado do carbono, permitindo que Estados que investiam em tecnologias verdes e alcançavam patamares da meta, pudessem vender a sua quota de carbono para outros países sobre elas não tangíveis.

Segundo pesquisa divulgada em maio de 2012 pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), realizada pelo IBOPE, em dezembro de 2011, 65% da população brasileira considera o aquecimento global um problema muito grave; em 2010, o percentual era de 60%; em 2009, de 47%. Tais dados só demonstram que de algo muito grave está acontecendo, motivo pelo qual urge a atenção cada vez maior de parte da sociedade (CNP-IBOPE).

Dada a relutâncias de grandes nações como EUA e China, principais poluidores mundiais, as metas estabelecidas no Protocolo de Quioto foram sucessivamente prorrogadas até o ano de

2020, conforme encabeçado pela 18ª Conferência das Partes (COP 18) na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, no intuito de que esses Estados possam um dia a elas anuir, não obstante os interesses financeiros pela prática do comércio de carbono, comprovando assim que a preocupação com o meio ambiente deixa de ser tratada como fenômeno local, passando abranger assuntos de geopolítica e economia mundial (COP 18).

No Brasil, as metas abordadas pelo Protocolo de Quioto foram inferidas pelo evento Rio+20, estabelecendo dentre outras metas, discutir o meio ambiente a partir do desenvolvimento sustentável, isto é, acreditando que a sustentabilidade é a possibilidade de se criar um desenvolvimento econômico a partir da proteção ambiental e a erradicação da pobreza é o primeiro passo para se pensar numa sociedade sustentavelmente coerente, não obstante o fato de ter se extraído do respectivo evento metas um tanto tímidas, decorrentes das crises econômicas dos período de 2008 nos Estados Unidos e 2010 na Europa, uma vez que no contexto de crise mundial, poucos países se oferecem a criar ações efetivas a favor da sustentabilidade, preocupando-se muito mais com a sua economia, ainda que por demais predatória.

Com a criação do mercado de carbono, os Estados signatários do Protocolo passaram a ter possibilidade de reduzir a Emissão dos Gases de Efeito Estufa (GEE), e/ou sequestrar gás carbono através de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL) e Reduções Certificadas de Emissões (RCE), estas conhecidas como créditos de carbono, para vendê-los posteriormente aos países com metas de redução prejudicadas, sob pena de inferir as cláusulas punitivas do Protocolo de Quioto (MAY, 2010).

Sendo assim a comercialização do carbono passou a gerar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento sustentável dos países emergentes, e ao mesmo tempo, favorecendo o cumprimento das metas de redução dos países desenvolvidos, existindo não só objetivos a serem alcançados, mas sanções aplicadas àqueles que descumprirem ou não atingirem as metas outrora estipuladas, propiciando, assim, uma novo modo de se pensar o direito ambiental, sob o enfoque do investimento do capital privado.

Foi pensando nesse contexto de sustentabilidade sistematizado pelo comércio de créditos de carbono, previsto pelo Protocolo de Quioto, onde se percebeu a necessidade de aliar o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) a partir da prática regulatória de mercado proporcionada pelo fenômeno da Extrafiscalidade conferida a determinados tributos brasileiros como forma de incentivo e canalização de comportamentos sustentáveis através do campo tributacional, razão pela qual o presente artigo fora estruturado, primeiramente, ilustrando a viabilidade do comércio de carbono como meio de sustentabilidade através dos projetos de MDL, para somente após conferir a análise técnica da Extrafiscalidade como fenômeno condutor do pensamento verde à iniciativa privada, através da exploração da atividade econômica.

Para tanto, o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), prevê um meta bastante clara, isto é, a cada tonelada de CO₂ ou gases equivalentes não emitidos ou retirados da atmosfera por um Estado em desenvolvimento pode ser negociada no mercado mundial, tudo isso se dando através do incremento de projetos ambientais no meio de produção de determinado país, circunstância esta que nos traz a problemática de que boa parte da iniciativa privada não possui qualquer interesse na promoção de projetos socioambientais sem incentivos fiscais, urgindo assim a necessidade do Estado no incremento dessas políticas públicas fomentadoras da responsabilidade ambiental para redução desses gases.

A pesquisa é expositiva, de natureza qualitativa, tendo como base essencial revisão bibliográfica de livros, artigos e teses a respeito, tendo como objetivo central a atividade extrafiscal do Estado como meio de incentivar projetos de desenvolvimento sustentável propiciando uma maior inserção de empresas brasileiras no mercado de créditos de carbono.

1 O COMÉRCIO DE CARBONO E O MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO (MDL) COMO FORMA DE TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

A forma de pensar o meio ambiente atualmente constitui-se na maturidade de afastar ideia do individualismo humano como foco precípua para titularidade de direitos humanos. Vencidas as etapas iniciais de afirmação e desenvolvimento dos direitos humanos fundamentais, sobre o prisma da liberdade e igualdade, alcança-se a terceira geração de direitos, pautado no dever de fraternidade, caracterizando-se pelo fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2004).

Em análise correlata entre as gerações do Direito e os princípios formuladores das pretensões revolucionárias francesas, os direitos de terceira dimensão, inserem-se nos direitos à paz, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos. Isto é, trazem como nota distintiva a marca universalidade, ou, quando menos, a característica de transindividualidade ou metaindividualidade (MACHADO, 2015).

Na Carta de 1988 o legislador constituinte brasileiro, ao se comprometer com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e indicar os valores que darão concretude ao compromisso, estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa. Dentre eles, o primeiro, especialmente, deu densidade normativa à promessa do preâmbulo: a construção de uma sociedade solidária, tal como disposto em seu art. 3º, I (MACHADO, 2015).

O sistema de créditos de carbono originou-se na necessidade de compensar a emissão de gases poluentes causadores do efeito estufa (GEE) em um programa que demonstra a vontade política dos países desenvolvidos reverem seus procedimentos industriais, e com isso, atenuar o impacto no aquecimento do clima com a redução da poluição na atmosfera.

Visando conter o grande impacto ambiental e seus reflexos decorrentes do aquecimento global, diversos Estados da Comunidade Internacional reuniram-se em 1992, na Convenção – Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, no Rio de Janeiro, aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº. 1/1994, cujo objetivo primordial era alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impedisse uma interferência antrópica perigosa no sistema climático.

Todavia, foi com o Protocolo de Quioto, de 1997, que se idealizou a criação do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), instrumento este que tinha em foco ideia bastante simples; a cada tonelada de dióxido (CO₂) ou gases equivalentes deixada de ser emitida ou retirada da atmosfera por um país em desenvolvimento, a partir da concretização dos patamares da meta instituída para cada um, suas empresas terão direito as Reduções Certificadas de Emissões (RCE)¹, popularmente denominados de créditos de carbono, que, por sua vez, poderão ser negociada no mercado mundial, como um novo atrativo de redução das emissões de gases de efeito estufa, consistindo num meio de promoção do desenvolvimento sustentável em países em desenvolvimento (PROTOCOLO DE QUIOTO, 1997).

A função desses créditos e conseqüentemente a sua comercialização, seria a de fomentar, no todo ou em parte, os projetos de MDL no Estado, isto é, a inserção de projetos de consciência

¹ São os principais causadores do Efeito Estufa estabelecidos no protocolo de Kyoto e que podem fazer parte dos projetos de MDL são: CH₄ (Hidróxido de amônia), N₂O (Óxido nitroso), CO₂ (dióxido de carbono), HFCs (Hidrofluorcarbonos), PFCs (Perfluorcarbonos) e SF₆ (Hexafluoreto de Enxofre).

verde e sustentabilidade, no intuito de reduzir as emissões dos gases do efeito estufa contribuindo, assim, para o seu desenvolvimento e maior difusão da responsabilidade ambiental.

Para se ter uma ideia, o volume de transações oficiais e voluntárias do mercado de crédito de carbono foi avaliado em cerca de US\$ 64 bilhões no ano de 2007, multiplicando-se nos anos subsequentes (MAY, 2010). Esse sistema de comercialização de créditos de carbono criou um mercado internacional de Créditos de Carbono, onde grandes empresas que detêm licenças ou certificados de emissão passam a comercializá-las, lucrando com as altas ou baixas do mercado, idealizado pela Economia Ecológica.

A Economia Ecológica, por sua vez, constitui questões dos fluxos de energia e de materiais na economia humana, por analisar as discrepâncias entre o tempo econômico e o tempo biogeoquímico, por levar em conta a co-evolução das espécies (e as variedades agrícolas) com os seres humanos, bem como também incluir a valoração física dos impactos ambientais da economia humana (ALIER, e JUSMET, 2006), apontando para a necessidade de uma escala sustentável, ou seja, a existência de um estoque de capital natural que seja capaz de suportar as funções ecossistêmicas básicas, assim como o fornecimento de matérias primas e a capacidade de absorção dos resíduos gerados pelas atividades econômicas ao longo do tempo (MAY, 2010). Para esse último autor, inclusive, a contribuição principal da economia ecológica é a construção dos mercados ambientais, no entanto, é dada pela determinação dos limites ao crescimento associada à degradação do capital natural.

Justamente com a finalidade de se evitar o comprometimento da economia de alguns países, ou mesmo de puni-los por não haverem cumprido as metas outrora estabelecidas, o Protocolo previu que através da redução das emissões dos GEEs, esses países poderão comprar créditos de outras nações que possuam projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), razão de ser do mercado de carbono.

Um dos modos de se reduzir as emissões é deixar evidente que elas tem um custo e que este custo pesa no bolso de quem emite. Para isso é utilizada a tonelada de carbono como medida de referência, condicionando o fenômeno da precificação de carbono. Alguns países são tão bem sucedidos em reduzir suas emissões que eles simplesmente não necessitam de todos os créditos de carbono que lhe foram atribuídas inicialmente enquanto outros lutam para reduzir as suas emissões e precisam de mais créditos. Portanto os países podem comprar e vender unidades de carbono, de modo que o preço dessas unidades depende de quantas estão em circulação, similar a uma bolsa de valores, os valores variam de acordo com oferta e procura (BRUNO e OLIVEIRA, 2014).

A ideia instituída pelo Protocolo de Quioto não é bem essa, não obstante o fato dos interesses geopolíticos acabem induzindo a esse tipo de conjectura. A partir do momento que um país industrializado do Anexo I passa a ser signatário o referido documento, ele tem o compromisso perante a comunidade internacional aderente a promover os mesmos projetos de sustentabilidade tal como exigido àqueles em desenvolvimento, sendo ilógico se pensar em conduta diversa. O fato é que as matrizes energéticas poluidoras desses Estados já estão tão densamente encrostadas em seus meios de produção, fruto de anos e anos de ignorância ambiental, que a modificação desses sistemas requer ações um tanto cautelosas e mudanças de paradigmas, uma vez que não apenas de meio ambiente está em xeque, mas de soberania e influência internacionais, geopolítica estratégica, economia mundial etc. (FREITAS, 2011).

Não se está aqui tentando discutir a viabilidade moral do projeto em si, mas comentar os benefícios que podem ser galgados com investimentos deste jaez. De um modo ou de outro, um dado é certo, o sistema de créditos e comércio de carbono constitui medida plausível de sustentabilidade e responsabilidade ambiental, aliando a rentabilidade financeira em busca de um meio

ambiente equilibrado, ensejando não apenas a redução de gases do efeito estufa, mas uma nova forma de se observar e conhecer a relação homem e meio ambiente.

O Protocolo de Quioto foi taxativamente claro ao montar o tabuleiro perfeito para o incremento dessa política de sustentabilidade proporcionada pelo comércio das unidades de carbono. Basicamente, os Estados signatários do documento foram divididos em dois grupos, os que possuem meta de redução estabelecidos no Anexo I, encontrando-se aqui aqueles países que contribuem com a maior parte poluição e emissão de GEEs no planeta, e os que não possuem metas de redução, não estabelecidos, assim, no Anexo I. (PROTOCOLO DE QUITO, 1997).

Isso significa que os países intitulados no Anexo I precisam estabelecer políticas públicas de sustentabilidade e redução de gases do efeito estufa provocados pelas indústrias sediadas em seus territórios, para assim atingirem as suas metas o que, conseqüentemente, implica numa elevação dos custos de produção. Para reduzir esses custos foram desenvolvidos mecanismos de flexibilização como o MDL.

Partindo do princípio de que a atmosfera é uma só, as reduções podem ser feitas em indústrias de qualquer país assinante do Protocolo, inclusive aqueles do não Anexo I. Investimento em tecnologias limpas das empresas do não Anexo I contribuem para redução de GEE gerando emissões reduzidas (RCE), os famosos créditos de carbono. O MDL prevê que essas emissões podem ser comercializadas com países do Anexo I para alcançar as suas metas sob pena de recaírem nas cláusulas punitivas nos termos do Protocolo (BRUNO e OLIVEIRA, 2014).

Assim, objetivo principal da convenção (Artigo 2) foi o de estabilizar as concentrações de GEEs na atmosfera em um nível que poderia prevenir perigosas interferências antrópicas no sistema climático, conforme preconizado em seu texto (UNFCCC)²:

O objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável.

Existe um roteiro pré-estabelecido para o desenvolvimento e realização de um projeto de MDL, incluindo ideia do projeto pautado na redução de gases do efeito estufa (GEE) tais como dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), perfluorcarbonitos (PFCs) e outros³. Do mesmo modo, urge a necessidade de demonstração da Adicionalidade neste relatório, isto é, demonstrar que o projeto não seria implementado sem os incentivos do MDL, estabelecendo a quantidade de emissões que ocorreriam na ausência do projeto do MDL, denominada de Linha de Base, tudo isso para configuração do DCP – Documento de Concepção do Projeto, devendo conter a descrição das atividades e participantes, metodologia para cálculos de redução de emissões, plano de monitoramento e duração da atividade, validado por uma entidade local designada, cuja aprovação se dará pela autoridade pública competente, que no caso do Brasil é proposta perante a Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, órgão vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia, promovendo o registro perante a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

De modo prático, o MDL tem o seu objetivo traçado no art. 12, § 2º, do referido Protocolo:

² Tradução de Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima;

³ Gases estes previstos nos do Protocolo de Quioto, constituindo os principais elementos responsáveis pelo efeitos estufa.

[...] assistir às Partes não incluídas no Anexo I para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e assistir às Partes incluídas no Anexo I para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no art. 36. (PROTOCOLO DE QUIOTO, 1997).

Vários agentes podem participar de uma atividade de projeto do MDL, desde que sejam devidamente autorizados. Deste modo, todos se beneficiarão por meio das atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões, alcançando o objetivo maior da Convenção que é o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, e não poderia ser diferente diante da tendência e dos custos na implementação de tecnologia verdes na exploração da atividade econômica (LOPES, 2002).

O fato é que estamos, inconscientemente, evoluindo para um estado em que grande parte de nosso tempo é gasta com dispositivos de baixa energia. Uma civilização ultra *high-tech* e de baixa energia pode ser possível, mas seria bem diferente da visão atual de baixa energia de desenvolvimento sustentável e energia renovável, onde a massa tenta sobreviver com alimentos de pequenos agricultores orgânicos que cultivam uma Terra indignada. Estamos em nosso caos atual porque os luxos da calefação central das casas e do transporte privado por carro se tornaram necessidades que ultrapassaram a necessidade da Terra (LOVELOCK, 2006).

Desse modo, esse mecanismo permite um movimento coordenado entre os países do Anexo I e as Partes do não Anexo I em prol da redução nas emissões dos GEEs. Assim, através de investimentos em sustentabilidade que resultem na redução ou aumento da remoção destes gases nos Estados em desenvolvimento, países que ratificaram o Protocolo de Kyoto podem contabilizar para si unidades de redução da emissão dos GEE, ou crédito de carbono, para alcançar as metas outrora fixadas, constituindo um sistema plausível de propagação da consciência verde e preservação ambiental para as futuras gerações.

Nesse sentido Hans Jonas (1995):

O melhor estado, então, pensava-se, é o melhor também para o futuro, justamente porque a sua, equilíbrio corrente interna, a qualquer momento, garante o futuro como tal e é também, naturalmente, o melhor no futuro, uma vez que os critérios de boa ordem (incluindo a duração é contada) não mudam. E eles não mudam porque não alterar a Natureza humana, que, com suas imperfeições, é fornecida na concepção de uma ordem política viável, que é o que tem que ser a concepção do legislador sábio. Por conseguinte, este conceito não aponta para o ideal, estado perfeito, mas o melhor estado real, isto é, para o melhor estado possível, o que é agora possível e, ao mesmo tempo é tão ameaçador no futuro.

Tal como disposto nos parágrafos iniciais do presente capítulo, há uma tendência de se promover a propagação de direitos transindividuais, como a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, pautados no interesse coletivo, solidário, fraterno, servindo como instrumento de propagação de direitos de terceira geração, e proteção as futuras gerações.

Nesse sentido, a própria “Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, já havia adotado similar orientação, consagrando no seu pósito, princípios/valores preliminares em sede de **PREÂMBULO**, introduzindo o articulado normativo com relevantes compromissos (MACHADO, 2014).

Sendo assim, contemplou o supremo legislador brasileiro a moldura jurídico-constitucional de um Estado não mais comprometido com uma ideologia puramente liberal ou social, ou até liberal-social, mas com a construção de um Estado Fraternal (BRITTO, 2004), motivo pelo qual a proteção ao meio ambiente atinge essa finalidade, urgindo a necessidade do Estado de promo-

ver políticas públicas essenciais para incentivo desse tipo de comportamento focado na responsabilidade ambiental, de modo que uma de suas formas de incentivo dá-se através da relação fiscal, conforme será explanado no capítulo abaixo consignado.

2 A EXTRAFISCALIDADE COMO INCENTIVO A SUSTENTABILIDADE

A revolução industrial trouxe em seu bojo a ideia de maximização dos rendimentos pelo menor custo possível, com a finalidade de suprir um mercado de serviços e bens de consumo voraz. De lá para cá, o homem vem utilizando os recursos naturais com a finalidade econômica, de modo que apenas nas últimas décadas, medidas públicas têm sido firmemente estabelecidas para controlar a degradação ambiental e a poluição em suas diversas formas.

Imparcial aos argumentos ideológicos voltados ao prejuízo provocado a intervenção do Estado na atividade econômica ou qualquer outra vicissitude de cunho neoliberal ou mesmo estadista, um dado é certo, o Estado é agente crucial na canalização de comportamentos dos seus súditos, pautado em seus inúmeros projetos de políticas públicas, de modo que na sustentabilidade não é diferente (ATALIBA, 1990).

Um dos principais objetivos da atividade fiscal do Estado é a captação de recurso para os cofres públicos, como instrumento essencial para se promover a concretização das garantias constitucionais, manutenção da máquina pública e compromissos firmados com a ordem constitucional. A chamada extrafiscalidade tributária diz respeito ao fato de utilizar-se da coerção do pagamento dos impostos, com o intuito de estimular, induzir ou até mesmo coibir os contribuintes, aplicando-se as receitas não apenas com a intenção arrecadatória para sanar despesas públicas, mas induzindo comportamentos (LOPES, PORTUGAL e CARDOSO, 2010).

Ao contrário da fiscalidade, o fenômeno da extrafiscalidade não está vinculado a ideia meramente arrecadatória, isto é, o singelo interesse de engrandecimento do Erário Público, mas constituindo um importante instrumento no direcionamento de comportamentos de seus contribuintes.

Ataliba define claramente a essência da Extrafiscalidade (ATALIBA, 1990):

Consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. [...] É lícito recorrer aos tributos com o intuito de atuar diretamente sobre os comportamentos sociais e econômicos dos contribuintes, seja fomentando posicionamento ou inibindo certos procedimentos. Dá-se tal fenômeno (extrafiscalidade) por intermédio de normas que, ao preverem uma tributação, possuem em seu bojo, uma técnica de intervenção ou conformação social por via fiscal. São os tributos extrafiscais, que podem ser traduzidos em agravamentos ou benefícios fiscais dirigidos ao implemento e estímulo de certas condutas.

O fato é que sempre que se fala em intervenção ou mesmo manipulação do Estado sobre a atividade econômica – e a relação extrafiscal detém essa aptidão – tal tipo de conjectura nem sempre é vista com bons olhos, tendo em vista catastróficas experiências desse tipo de ação na história do Brasil.

A intervenção estatal na economia pode reduzir a eficiência econômica. Mas no caso de se manifestarem externalidades, a intervenção estatal pode realmente aumentar a eficiência econômica e aumentar o bem-estar da sociedade. O modo como o governo intervém é extremamente

importante, por isso uma análise econômica lançada sobre as políticas de intervenção na economia garantiria que os programas estatais sejam economicamente o mais eficiente possível (BRUNO e OLIVEIRA, 2014).

Sendo assim a ideia da extrafiscalidade nada mais é que o objetivo excepcional de um tributo, que ultrapassa o viés exclusivamente financeiro e reflete de diversas maneiras em diferentes âmbitos, tais como o político, o social, econômico e, porque não, o ambiental.

Para se ter uma ideia dos efeitos da extrafiscalidade, abordaremos o exemplo do IPI, tradicionalmente contemplado como tributo extrafiscal. Previsto no art. 153, IV, da Constituição Federal, o IPI é de competência exclusiva da União e foi instituído pelo Decreto nº. 4.544/02. Esse imposto tem suas alíquotas estabelecidas de acordo com a variação dos produtos disposto na tabela TIPI, por demais extensa, diga-se de passagem. Isto porque o número de bens sob os quais incide o IPI é extenso tendo em vista a definição de “industrializados” é muito abrangente, para inserção de sua hipótese de incidência, como se observa no art. 4º do Decreto aludido:

Art. 4º: Industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para o consumo, tal como:

I – transformação;

II – beneficiamento;

III – montagem;

IV – acondicionamento ou reacondicionamento (embalar ou dar nova embalagem);

V – renovação ou recondicionamento (restauração do produto).

No final do ano de 2011, o Governo Federal Brasileiro editou o Decreto n.º 7.567/2011, que diminuiu – em alguns zerou – as alíquotas incidentes sobre veículos aqui produzidos com no mínimo 65% (sessenta e cinco por cento) de conteúdo nacional e, conseqüentemente, majorou as alíquotas de IPI para carros importados, elevando de 13% para 43% o percentual aplicado a esses produtos. Essas alterações, além de engordar o tesouro nacional, contribuíram para o crescimento da indústria automobilística nacional, uma vez o aumento supracitado onerou muito os produtos da indústria internacional, diminuindo a sua incidência no mercado interno.

Perceba que a clareza dos efeitos da extrafiscalidade do IPI pode interferir diretamente na balança comercial do país (BERTI, 2012):

[...] imagine-se que manter um saldo positivo na balança comercial é conveniente para o país, o que efetivamente é verdade. Ora, tal saldo só é passível de ocorrer se as indústrias brasileiras aumentarem seus volumes de vendas ao exterior. Este objetivo pode ser estimulado pelo fisco de algumas formas diferentes: a) mediante uma tributação menor sobre as exportações (observe-se que há imunidade do IPI para vendas ao exterior, conforme previsto no texto do art. 153 da CF/88); b) através de subsídios financeiros para empresas exportadoras; c) com a abertura de linhas especiais de financiamento para a exportação; d) através do uso de outros benefícios fiscais para os exportadores, por exemplo, créditos presumidos para o IPI sobre a parcela de bens não exportados e vendidos no país ou mesmo para serem usados na compensação de outros tributos federais no caso de a indústria exportar praticamente toda sua produção.

Da mesma forma que o IPI, outros impostos contribuem para relação de extrafiscalidade, como é o caso do IOF – Imposto sobre Operações Financeiras – incidente sobre operações de crédito, de câmbio, de seguros, de títulos de valores mobiliários e ouro quando definido em lei como ativo financeiro.

O imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários, ou, na forma resumida, como é mais conhecido, imposto sobre operações financeiras-IOF, tem função predominantemente extrafiscal. Efetivamente, o IOF é muito mais um instrumento de manipulação da política de crédito, câmbio e seguro, assim como de títulos e valores mobiliários, do que um simples meio de obtenção de receitas, embora seja bastante significativa sua função fiscal, porque enseja a arrecadação de somas consideráveis (MACHADO, 2013).

Podemos citar como exemplo de uso extrafiscal do IOF, a partir do momento em que o Governo Federal, tentando evitar o aumento da procura por moeda estrangeira e consequente desvalorização da moeda nacional, eleva as alíquotas do imposto que incide sobre as operações de câmbio. Observando a elevação no preço, a procura por moeda estrangeira, presumidamente se torna menos subsistente e é reduzida, o que tende a estabilizar o mercado cambial. Obviamente apenas essa medida, se adotada pelo governo, não acabaria com o problema citado (MACHADO, 2013).

Como se percebe, a manipulação do IPI e do IOF como instrumentos reguladores de mercado, induzindo comportamentos dos contribuintes, constitui medida plausíveis para o incremento de políticas públicas de projetos de proteção ambiental, isto é, uma forma do Estado fomentar esse tipo de comportamento altruísta, a partir de incentivos fiscais, seja na implementação desses projetos pela iniciativa privada, bem como na redução de suas alíquotas perante o mercado de créditos de carbono, cuja participação e rentabilidade estão umbilicalmente unidas ao fomento de projetos de sustentabilidade e redução de gases do efeito estufa, ampliando, inclusive, a noção de responsabilidade empresarial sobre a exploração de recursos naturais.

Aliado ao IPI e o IOF, outros tributos detêm esse condão de induzir comportamentos, motivo pelo qual sobre eles recaem os efeitos da extrafiscalidade, tais como Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), CIDE – Combustível e ICMS – Combustível, tributos estes que influem diretamente no meio de produção e captação de riquezas, criando o ambiente propício para sustentabilidade no caso de implementação de políticas públicas deste jaez (MACHADO, 2013).

A grande problemática reside no fato de que nem sempre o Estado está apto a abrir mão de receita fiscal que possa comprometer os compromissos por ele já firmados, mormente levando em consideração o cenário de rotineiras crises econômicas mundiais pelas quais passam os diversos Estados, dentre eles até muito recentemente, o Brasil, aliado ao fato de que sem incentivos fiscais, não há como esperar uma postura diversa da já consignada pela iniciativa privada, uma vez que impor a necessidade dispêndios em políticas públicas ambientais, seja ela qual for, sem qualquer tipo de contraprestação por parte do Estado, só iria prejudicar a atividade econômica nacional, onerando ainda mais a classe produtiva (HARADA, 2009).

Aproveitando o ensejo, falar em atividade contraprestacional ao pagamento de tributos não é lá uma grande virtude brasileira, levando em consideração que temos uma elevada carga tributária, longe de se igualar aos países escandinavos, é verdade, mas consideravelmente pesada a produção de riquezas dentro do território brasileiro, donde a manutenção da máquina pública ineficiente é rotineiramente utilizada como subterfugio a taxaço voraz por parte do Estado, administrado por gestores também ineficientes e na maioria das vezes aproveitadores (MACHADO, 2012).

O comércio de créditos de carbono, pelo menos, flexibiliza os dispêndios aproveitados na implementação de projetos de redução de gases do efeito estufa (GEE), possibilitando a participação desses agentes na comercialização de títulos – créditos de carbono – em um mercado de relativa rentabilidade de modo a compensar os investimentos realizados, proporcionando ao final

o desenvolvimento sustentável pautado em responsabilidade ambiental, daí a necessidade de se tutelar do ponto de vista fiscal, incentivos para esse tipo de negócio (BERTI, 2012).

Induzir comportamentos pautados na consciência verde e de sustentabilidade através de investimentos da iniciativa privada em projetos proteção ambiental e redução dos gases do efeito estufa (GEE) através da relação de extrafiscalidade tributária é uma medida essencialmente válida, mormente levando em consideração que os dispêndios nesses projetos podem ser recuperados na comercialização de certificados créditos de carbonos eventualmente emitidos para aquelas empresas que almejam as metas de redução a elas atribuídas no MDL, podendo se valer de um mercado de rentabilidade expressiva e mais do que isso, auxiliando na minimização dos impactos do aquecimento global e o incentivo da responsabilidade ambiental corporativa, de modo que o adquirente dos créditos advindos das operações do Mercado de Carbono, ou seja, o poluidor seja também contribuinte vinculado a patrocinar projetos que vise à contenção dos desastres ocasionados pela poluição (MAY, 2010).

Por fim, o que se pretende com a inserção do fenômeno da extrafiscalidade na tributação ambiental é aliar a pretensão do Estado Brasileiro como garantidor da sustentabilidade e proteção de um meio ambiente equilibrado, tal como disposto no art. 225 da CF/88, proporcionando um equilíbrio econômico e ambiental, conquistado por posturas ecológicas dos contribuintes e, sobretudo, do Estado como canalizador desse tipo de comportamento.

CONCLUSÃO

Que o investimento no mercado de carbono gera rentabilidade financeira a quem dele explora e aliado à implementação de projetos de sustentabilidade que auxiliam na preservação de um meio ambiente equilibrado, cuja ausência não há como se falar desse tipo de negócio, isso é fato. Do mesmo modo, fato também é a necessidade de o Estado promover políticas públicas capazes de desenvolver esse tipo de iniciativa. Longe de se passar por mais um programa que vise a implementação tributação voraz, ao contrário, o intuito aqui é justamente se utilizar do fenômeno extrafiscal como forma de induzir o comportamento dos administrados como instrumento tenaz e eficiente para o despertar da responsabilidade ambiental e do progresso sustentável, onde o que se visa é o incentivo e não a punição, a tutela do bem coletivo e, ao mesmo tempo, o individual.

A partir do momento que um país passa a ser signatário do Protocolo de Quito, independentemente se industrializado ou não, o mesmo passa a ter sérios compromissos perante a comunidade internacional aderente, no intuito de se fomentar a implementação de projetos de desenvolvimentos sustentáveis e modificação de matrizes energéticas para outras fontes menos poluidoras. Não fosse essas metas, os maiores poluidores mundiais – EUA e China – não mediriam esforços para ingressar nesse sistema e logo dominá-lo.

Este comércio possibilita que os países em desenvolvimento possam continuar a crescer de forma sustentável, de modo que os em desenvolvidos teriam que frear seu aquecido mercado industrial, patrocinando e ajudando a desenvolver nos países em desenvolvimento, projetos voltados para a preservação ecossistemas e responsabilidade ambiental que consigam reduzir as emissões de gases do efeito estufa, não obstante a situação um tanto tímida que nos encontramos na seara de proteção ambiental.

Companhias e políticos precisam conciliar urgentemente uma cessação rápida e controlada de emoções da queima de combustíveis fósseis com a necessidade humanas em sociedade. O fato é que o crescimento econômico exacerbado muitas vezes não permite a viabilidade de

condutas mais complacentes com a tutela do meio ambiente, daí urgir na necessidade do Estado intervindo nessa relação como canalizador para responsabilidade ambiental, se valendo do seu melhor instrumento, a relação fiscal decorrente de sua soberania.

A comercialização de créditos de carbono constitui medida viável ao progresso pautado na sustentabilidade e responsabilidade ambiental de um país. No Brasil não é diferente. A utilização do nosso fenômeno extrafiscal, como instrumento de políticas públicas fomentador de comportamentos torna-se contumaz ao eventual incremento de projetos ambientais de diminuição de GEEs, mormente ao se levar em consideração que age como mecanismo propiciador de incentivo a atividade empresarial e a função social da empresa.

Assim, se nota que o fenômeno extrafiscal da tributação brasileira, que nada mais é que a intervenção do Estado na relação tributária, transcendendo o cunho meramente arrecadatário, mas sendo capaz de forçar, estimular, induzir ou inibir determinados comportamentos dos administrados, é instrumento viável ao desenvolvimento de projetos de sustentabilidade possibilitado pelo mercado de crédito de carbono, auxiliando na tutela de um meio ambiente equilibrado e concomitantemente sem abrir mão do interesse econômico-comercial, tudo isso como forma de se instigar uma nova consciência, a responsabilidade com o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALIER, Joan Martínez e; JUSMET, Jordi Roca. **Economia Ecológica y política Ambiental**. México: Fondo de Cultura. 2006.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, 1990.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos Extrafiscalidade e Não-Confisco**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRITTO, Carlos Ayres Britto, **Teoria da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Análise Econômica do Direito aplicada às medidas de intervenção estatal sobre os Créditos de Carbono. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v.11. n.22. p. 255-269.

CNI-IBOPE: **Retratos da sociedade brasileira: meio ambiente**; maio 2012. Brasília: CNI, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte. Forum. 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JONAS, Hans. **El Principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Barcelona: Herder; 1995.

LEI. Decreto nº. 4.544/02 – **Imposto sobre o produto industrializado**.

LOPES, Andréia Regina Ubeba, PORTUGAL, Heloisa Helena de Almeida, CARDOSO, Sergio, **Investimento em Crédito de Carbono: Possibilidade Tributária**.

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006. Intrínseca.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Constitucionalismo Fraternal. Diálogos Possíveis**, Salvador, ano 14, n. 2, p. 3-19, jul./dez. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MAY, Petar H. **Economia do Meio Ambiente. Teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **Economia Ecológica Aplicações no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus. 1991.

PROTOCOLO de Kyoto. 1997. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/28739.html>> acesso em: 10 out. 2016.

<<http://www.bmf.com.br/carbon>>. Acesso em: 21 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DA EXPANSÃO DO AGRONEGÓCIO DA SOJA NA REGIÃO DE SANTARÉM – PA E A CRISE DOS INSTRUMENTOS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL

Jonismar Alves Barbosa

Doutorando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante, Espanha. Bolsista CAPES. Mestre em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor de Direito Ambiental. Advogado.
jonismar@hotmail.com.

Eliane Cristina Pinto Moreira

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Promotora de Justiça. Professora de Graduação e Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFPA. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais” na UFPA.
moreiraeliane@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a inserção do agronegócio da soja no município de Santarém, no Pará, Brasil a partir do Zoneamento Econômico Ecológico feito para a BR 163, revela que há uma ausência de aplicabilidade dos instrumentos de boa governança ambiental, destaca que esta monocultura trouxe inúmeros impactos socioambientais para a região, aumentou os índices de grilagem e violência no campo, fato este agravado pela instalação de um Porto graneleiro na cidade de Santarém, que se efetivou sob fortes questionamentos de descumprimento da legislação que rege o licenciamento ambiental, demonstra que a produção de soja amazônica leva os povos tradicionais a deixarem suas terras comunais, o que afeta diretamente, de modo negativo, os modos de fazer, criar e viver amazônico, revela que a política de ocupação territorial da Amazônia ainda é feita como na época do período colonial, onde vigora a ideia do desenvolvimento a qualquer custo, em detrimento da proteção e valorização de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Agronegócio, Soja, Instrumentos de Governança Ambiental, Impactos, Socioambientais, Povos, Tradicionais, Amazônia.

Socio-environmental impacts of the expansion of soya agribusiness in the region of Santarém - PA and the crisis of instruments of environmental governance

ABSTRACT: This article aims to analyze the soybean agribusiness insertion in the city of Santarém, Para, Brazil, since the Ecological Economic Zoning made for BR 163, reveals that there is a lack of applicability of the instruments of good agro-environmental governance, points out

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 26 abr. e 05 maio 2017.

that this monoculture brought numerous social and environmental impacts for the region aggravated deforestation rates, land grabbing and violence in the country, shows that the installation of the Port of Cargill in the city of Santarém for transportation of production to the export market was made in violation of the standards of environmental licensing, in place that soybean production Amazon requires that traditional people to leave their communal lands, which directly affect, negatively, the ways of doing, create and live the Amazonian man, reveals that Amazon land occupation policy is still made as at the time of the colonial period, where prevails the idea of development at any cost, to the detriment of the protection and enhancement of fundamental rights.

KEYWORDS: *Agrobusiness, Soya, Environmental Governance Instruments, Impacts, Social, Environmental, People, Traditional, Amazon.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a problemática da dinâmica de exploração do agronegócio da soja na Amazônia, especialmente, na região de Santarém, no Pará, evidenciando graves falhas na governança ambiental a partir da análise da implementação de dois instrumentos de governança ambiental: o Zoneamento Econômico-Ecológico e o Licenciamento Ambiental.

Estes instrumentos, essenciais à boa governança ambiental, não tem sido utilizados de modo eficiente, como será visto a partir do caso concreto, o que resulta em violações de direitos e garantias fundamentais descritos não só na norma constitucional brasileira, mas também em Tratados Internacionais de proteção de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

O artigo em questão é fruto da pesquisa de mestrado do primeiro autor, que foi orientado pela segunda autora, para a elaboração do mesmo fez-se uso de referências bibliográficas, por meio da leitura de livros, teses, dissertações e artigos de vários estudiosos sobre a temática de direitos humanos, povos tradicionais, geopolítica e agronomia e do trabalho de pesquisa de campo.

A pesquisa de campo foi realizada no mês de setembro de 2012, em Santarém-PA e contribuiu para a reflexão feita no estudo, pois foi por meio das visitas às comunidades afetadas e às entrevistas que foram realizadas, envolvendo dirigentes de diversas entidades, foi possível coletar informações relevantes e atuais sobre o agronegócio da soja e as violações de direitos humanos dos povos tradicionais no município de Santarém.

A partir do material catalogado por meio de estudos dedutivos e empíricos foi possível demonstrar que existe um contexto de expansão do agronegócio da soja na região amazônica, ao qual se alia uma crise dos instrumentos de governança ambiental, em um cenário de agravamento dos problemas ocasionados por essa nova fronteira agrícola, que gera fortes impactos sociais e ambientais na área de sua abrangência, reproduzindo antigas dinâmicas como o desmatamento, a grilagem e a violência no campo.

Diante desse cenário, nota-se que a crise identificada nos instrumentos de governança ambiental ora tratados é resultado direto da política neo-desenvolvimentista vigente no Brasil desde o período colonial e que tem se revelado ainda mais danosa à região amazônica nas duas últimas décadas.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA REGIÃO E DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL

A Amazônia tem se configurado em palco de conflitos de uso do território que desafiam as políticas públicas para a região, cujos esforços para o estabelecimento de um desenvolvimento regional com sustentabilidade é algo inolvidável como já sinalizava Bertha Becker.

Tratando do espaço amazônico envolto às novas políticas globalizantes, Bertha Becker descreve os processos contemporâneos que atribuem significado às transformações na Amazônia brasileira, na qual se inclui o espaço geográfico de Santarém. A autora em sua análise dá ênfase à compreensão da dinâmica regional a partir do estudo das diversas manifestações de conflitos pelo uso da posse da terra, e examina o conceito de fronteira por meio do complexo contexto histórico e geopolítico da atualidade, deixando evidentes os riscos da inserção das novas fronteiras inseridas no espaço amazônico¹.

As antigas preocupações de Bertha se converteram em inquietudes atuais, de fato, não obstante a importância da manutenção da floresta em pé, algo que tem sido constantemente levantado pelo próprio Estado e organismos de proteção do meio ambiente, não se pode negar que esta tem sido cada vez mais explorada e impactada.

E nesse cenário de preocupações constantes a aplicabilidade dos instrumentos de governança ambiental voltados para a Amazônia recebem maior atenção, pois somente com o uso adequado e racional da floresta se pode preservá-la.

O conceito de governança ambiental criado pela doutrina e legislação brasileira não é algo novo, ao contrário, o arcabouço de normas e instituições que o caracterizam possui uma elaboração, com antecedentes que foram criados ainda no século passado, na década de 30, no entanto, a aplicação destas regras fora do mundo das leis, ou seja, na realidade, ilustra bem os conflitos entre a economia e a ecologia que se observam no país.

É fato notório que o Brasil possui uma avançada legislação sobre o meio ambiente permitindo inclusive uma participação ativa de atores sociais, o que pode ser visto nos âmbitos nacional e estadual. Todavia, ainda prevalece no país o pensamento de que o desenvolvimento só pode ser alcançado com crescimento ilimitado da economia, o que na maioria dos casos leva à perdas irreparáveis ao meio ambiente, ou seja, vigora a lei do crescimento econômico a qualquer custo.

A governança ambiental brasileira deve ser fruto da elaboração de uma política de responsabilidades em prol do meio ambiente, pautada em uma gestão na qual esteja presente a consciência coletiva dos impactos ambientais diante da tomada de decisões em matéria econômica, principalmente no caso da Amazônia.

Desde a Conferência de Estocolmo em 1972, o país tem avançado muito na criação de leis e organismos de proteção ambiental, o próprio sistema de repartição de competência em matéria ambiental é sem dúvidas algo louvável, sobretudo, porque oportuniza a participação de diversos atores sociais, mas ainda assim, vive-se a crise dos instrumentos de gestão ambiental no Brasil.

¹ Na obra *Amazônia – geopolítica na virada do III milênio*, publicado pela Editora Garamond em 2004, Bertha Becker revela as nuances desse processo de tomada do espaço amazônico, delimita os aspectos das novas fronteiras, destacando com maestria o entendimento da Amazônia em seus múltiplos aspectos interligados, geográfico, político, econômico, social e ambiental, face ao fenômeno da globalização.

Para a adequada governança ambiental é fundamental que se associem fatores estruturantes tais como: legislação adequada, estruturação do Estado para seu cumprimento, efetiva participação da sociedade, e monitoramento constante para a avaliação da aplicabilidade, eficiência e eficácia dos instrumentos em busca de uma efetiva sustentabilidade.

Clóvis Cavalcanti (2004, p. 1-10) ressalta que no caso da governança ambiental brasileira houve uma feição orientada pela noção da sustentabilidade ecológica abarcando o capital natural, funções do ecossistema e serviços na natureza, registra também que o país dispõe efetivamente de um marco institucional vasto capaz de lidar com os problemas de gestão ambiental, todavia, destaca que, de um prisma mais concreto, deve-se dizer que faltam ao Brasil certos elementos necessários para a governança ambiental bem sucedida. Segundo ele, o ato de decidir questões ambientais no país, em geral, tende a ser dirigido no sentido do rápido crescimento da economia, com sérias consequências socioambientais, que de modo geral são deixadas de lado, em nome do “desenvolvimento”.

Assiste razão a Cavalcanti, pois as políticas públicas brasileiras voltadas ao meio ambiente amazônico tendem a contemplar a promoção do crescimento econômico sob o discurso de desenvolvimento da região, algo que tem se intensificado desde a década de 60 do século passado.

Nesse cenário de aberturas de fronteiras agrícolas, de exploração mineral desenfreada, de crescimento dos índices de desmatamento, de aumento da grilagem e violência no campo, se nota o desrespeito aos compromissos firmados pelo país depois de 1992, além de um distanciamento do discurso oficial voltado à sustentabilidade ecológica.

A retomada do crescimento econômico brasileiro ao longo dos últimos vinte anos deixa evidente a falta de compromisso do Estado brasileiro com os instrumentos de governança ambiental, além de demonstrar o descaso dos governantes e entidades ambientais com aqueles que habitam a região amazônica, sobretudo de Santarém, como se verá mais adiante.

2 OS IMPACTOS NO PLANEJAMENTO TERRITORIAL E GOVERNANÇA AMBIENTAL NA REGIÃO

O Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE)² tem sido utilizado pelas instâncias governamentais para dar base às decisões de planejamento socioeconômico e ambiental de maneira a facilitar o uso sustentável do território nacional brasileiro. E este tipo de procedimento foi também utilizado para a construção da BR 163, a chamada Santarém-Cuiabá.

O ZEE é um instrumento de suma importância para direcionar a formulação de políticas territoriais da União, estados membros e municípios, no sentido de fazer com estes possam aprimorar a toma de decisões a quando da realização de políticas públicas e de diretrizes de planejamento estratégico para o desenvolvimento sustentável do país. Por meio dele almeja-se induzir o desenvolvimento econômico de forma planejada, equiparado e respeitando de forma sustentável as potencialidades do patrimônio ambiental e sociocultural de determinado espaço geográfico³.

² O Zoneamento Ecológico-Econômico tem previsão legislativa federal nos Decretos Leis de números 99.193, 99.246 e 99.540 de 27/3, 10/5 e 21/09 de 1990; Decreto nº 237 de 24/10/91; Decreto nº 707 de 22/12/92, além do art. 9º da Lei n.º 6.938/81.

³ Para maiores informações ver o trabalho dos pesquisadores Bertha Becker e Cláudio Ecler, Detalhamento da metodologia para execução do zoneamento ecológico econômico pelos estados da Amazônia Legal, p. 06-08.

No caso da Amazônia, mais precisamente do estado do Pará, registramos que este apresentou ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) uma proposta preliminar de um grande macrozoneamento do estado, baseado na presença de Unidades de Conservação e terras indígenas, históricos de ocupação humana das áreas, fragilidade ambiental e valor ecológico das áreas. Este macrozoneamento foi denominado de “Mapa de subsídios à gestão territorial do estado do Pará”⁴.

Desta forma, o objetivo geral do ZEE da BR 163 seria a obtenção de informações sobre a distribuição de espécies existentes na região da BR-163 por meio da análise de dados primários e secundários a fim de propor ações pertinentes que permitam a conservação da biodiversidade no âmbito do Zoneamento Ecológico-Econômico da região.

As análises do relatório do ZEE da BR 163 foram divididas nas seguintes etapas básicas: análise de representatividade das áreas protegidas na área de abrangência do Projeto de Zoneamento Ecológico-Econômico da BR-163, a fim de sistematizar as referências para o estabelecimento, em bases objetivas, de uma hierarquia de prioridades para a conservação *in situ*; análise de lacunas e seus procedimentos para identificar o grau de representatividade do atual conjunto de áreas protegidas na área de abrangência do Projeto de Zoneamento Ecológico-Econômico da BR-163; identificar e quantificar a influência da infraestrutura humana na antropização na área de abrangência do Projeto de Zoneamento Ecológico-Econômico da BR-163, de forma a tentar preservar o máximo possível a biota local.

O ZEE da BR 163, sobretudo, no estado do Pará deu ênfase ao estudo do potencial dos agronegócios a serem implantados na região, de maneira que possibilitou a inserção deste em grande parte do território de Santarém e seus arredores. Nesse sentido, pode-se dizer que o ZEE da BR 163 foi feito de maneira a demonstrar as variáveis de desenvolvimento da região, e, por meio dele afirmar que a zona da BR 163 adstrita ao Pará estava apta à agricultura empresarial mecanizada, principalmente na região do planalto santareno.

Esse estudo revela as nuances dos aspectos particulares da expansão do agronegócio como atividade econômica em Santarém, assim como da dinâmica social a ela associada, o que pode ser visualizado por meio da análise dos produtos que o constituem - a soja, o arroz e o milho - na sua área de maior concentração, o planalto santareno⁵.

Santarém e Belterra possuem grandes Unidades de Conservação, como a Floresta Nacional do Tapajós e a Reserva Extrativista Tapajós-Arapuins, nestes locais vivem grande parte dos povos tradicionais da Amazônia paraense, que a consolidaram em uma zona de produção familiar forte e diversificada, tal produção é feita por vários segmentos sociais também miscigenados, com larga tradição regional, tais como as famílias de migrantes nordestinos, que vivem do comércio, da produção de farinha e da fruticultura, algumas comunidades indígenas em fase de reconhecimento, cujos integrantes se auto reconhecem como indígenas, as comunidades ribeirinhas e quilombolas, que vivem do extrativismo e da pesca (TURA; CARVALHO, 2006, p. 01).

⁴ A importância do atual sistema de unidades de conservação e terras indígenas na conservação da biodiversidade e contenção do desflorestamento na região da BR-163 no Estado do Pará, in Zoneamento Ecológico-Econômico da Área de Influência da Rodovia BR-163, EMBRAPA, p. 03.

⁵ O agronegócio chegou em Santarém no final da década de 90, quando muitos fazendeiros de outras regiões vieram em busca de terras mais baratas para o cultivo de grãos, principalmente o arroz, a soja e o milho. Nos primeiros anos foram plantados apenas milho e arroz e em seguida, iniciou-se o plantio da soja. Após a instalação do porto da Cargill em Santarém (2001 e 2002), houve um aumento da área plantada de soja passando de 50 ha de área plantada em 1997 para 22.000 ha em 2005 e caindo para 15.000 ha em 2007 (fonte IBGE 2009).

O ZEE do estado do Pará indica várias metas a serem perseguidas e a execução dessas seria de extrema importância para o desenvolvimento sustentável do mesmo, todavia, em Santarém, o que se tem observado é o surgimento de múltiplas políticas públicas feitas sem o adequado planejamento que tome por base estudos sobre seus efeitos futuros, o que tem afetado a dinâmica do uso e a forma de apropriação da terra, com danos irreversíveis para a população local⁶.

Em virtude dessa diversidade populacional, das regras de uso do território, referentes às diversas modalidades de assentamentos existentes na região, se pode dizer que enquanto as normas do ZEE não sejam implementadas em sua totalidade, a tendência é o contínuo avanço da agricultura de grãos nessas áreas, causando o aumento do desflorestamento e a ocupação por agricultores empresariais, nas quais as condições biofísicas se mostrem adequadas (em especial áreas de relevo plano).

Na região santarena, os programas de colonização e os programas agropecuários existentes foram parte das políticas implementadas pelo Governo Militar brasileiro com o intento de trazer o desenvolvimento e ocupar a Amazônia, os quais estimularam a imigração para a esta nova fronteira agrícola no final dos anos 1960 e nos anos 1970. Todavia, a efetividade de tais programas em mantê-la de modo sustentável é ainda muito questionável (FEARNSIDE, 2006, p. 281).

No entanto, o ingresso do novo colonizador, seja da época do período áureo da borracha ou mesmo ao longo da instalação da Transamazônica, do “integrar para não entregar”, acabou por incentivar o crescimento desordenado dos grandes projetos agropecuários, e, em várias situações veio a culminar com a expulsão de ribeirinhos, seringueiros, povos indígenas ou descendentes destes e pequenos posseiros, que historicamente já ocupavam a região (CASTRO, 2010, p. 163-165).

Diante disso, se nota que a dinâmica de ocupação do solo na Amazônia tem se alterado, principalmente no município de Santarém, onde se percebe que os colonos assentados pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) ou pequenos posseiros deixaram suas terras e migraram para novas fronteiras agrícolas ou para a cidade, enquanto seus antigos lotes passam a pertencer a produtores mais capitalizados, novos ocupantes vindos de outras regiões do país, que trabalham o solo de forma mecanizada, com pouca mão de obra, usando o capital a seu favor⁷.

A atual estrutura fundiária em Santarém se pauta em grandes propriedades, em lotes pertencentes a posseiros, ribeirinhos e demais membros de comunidades tradicionais, algumas ainda em fase de titulação (como é o caso das terras indígenas), no entanto, a introdução da agricultura de grãos na região concorre para a diminuição das áreas florestadas e, principalmente, para a redução dos territórios agrícolas tradicionais, além disso, favorece uma maior concentração fundiária.

⁶ A soja foi trazida para a região santarena por meio do contato direto de governantes locais (Lira Maia), que na década de 90, se dirigiram para o Mato Grosso e estimularam os produtores daquele estado a se instalarem em Santarém. O planalto santareno era propício à mecanização do solo e as terras nessa época eram baratas, o que facilitou o ingresso da soja no município, porém, não houve nenhum tipo de estudo dos impactos que a soja poderia desencadear às terras, aos rios, igarapês e aos povos locais (fonte: pesquisa de campo, setembro de 2012).

⁷ Segundo informações obtidas na pesquisa de campo, realizada em setembro de 2012, há relatos de que muitas famílias deixaram suas terras, foram compelidas a isso em virtude da chegada de grandes produtores, que os compriram diante de suas grandes plantações de soja e de arroz, fazendo com que estes não tivessem outra alternativa a não ser vendê-las e migrar. Muitos foram para a zona urbana, em Santarém, outros para Manaus, Belterra, e Belém, quando não se dirigiram para ao longo da BR-163, perto da FLONA (Floresta Nacional), onde formaram pequenos conglomerados, vilarejos, ou mesmo foram para o interior da mata, onde desmataram alguns lotes de terra e novamente passaram a plantar, exercendo a agricultura de subsistência.

E, caso as regras de uso do território, referentes às diversas modalidades de assentamentos existentes na região, não sejam implementadas o quanto antes, a tendência é o contínuo avanço da agricultura de grãos na mesma, causando o aumento do desflorestamento e a ocupação por agricultores empresariais, em locais cujas condições biofísicas se mostrem adequadas, em especial, as áreas do planalto santareno.

O planalto santareno congrega os municípios de Santarém, Belterra e Mojuí dos Campos, que é na atualidade o mais novo município paraense, mas que conta com um grande problema fundiário, a concentração de terras, oriunda justamente desse tipo de política agrícola descontrolada⁸.

O atual contexto deixa claro que em alguns casos, o desenvolvimento trazido à região e o aglutinamento de diversas áreas de colonização também favoreceram a rotatividade dos que cultivam a terra, pois a elevação do preço desta tornou a venda do lote mais rentável para os primeiros habitantes daquela do que a agricultura em si.

Diante disso, aumentou-se a especulação e a pressão dos novos colonizadores por maiores áreas de terras, uma vez que necessitavam estar cada vez mais perto dos centros de transporte dos grãos, a exemplo da BR 163 e do Porto da Cargill, o que fez com que o processo de apropriação pelos grandes produtores se intensificasse, ocasionando a redução do número de lotes destinados à agricultura de subsistência.

A inserção dos novos polos produtores de grãos em Santarém fez com que houvesse uma maior rotatividade no uso do solo, sai o agricultor tradicional, praticante da agricultura de subsistência e entra o grande produtor, que usa a mecanização e extensas áreas para produzir, tal rotação é oriunda tanto da venda da terra como do abandono desta por parte do primeiro.

Neste contexto o campesinato local é invisibilizado e sua antiga forma de vida e a rotatividade no uso das pequenas propriedades rurais podem ser acompanhados pela concentração fundiária e pelas mudanças no uso da terra. Campari, escrevendo sobre a temática, assinala que “A transferência de um lote de um indivíduo para outro e a concentração de terras ao longo do tempo – sobretudo pela aglutinação de lotes vizinhos que acabam constituindo grandes estabelecimentos agropecuários – constituem a base da hipótese de rotatividade e desmatamento, do inglês *turnover hypothesis of deforestation*” (CAMPARI, 2002, p. 7).

Nesse sentido, o uso da terra em Santarém sofre mudanças radicais, que vão desde a abertura das fronteiras aos diferentes modos de uso do solo e nos modos de exploração, o mesmo ocorre com a apropriação da cobertura vegetal desta, sendo estes distintos com a chegada dos pioneiros (tidos como precursores do processo de desmatamento da região) até a chegada dos novos proprietários, que foram os que mais contribuíram para o aumento dos índices de desmatamento em função da pecuária ou da agricultura destinada ao agronegócio de grãos.

Bertha Becker (2009, p. 86) reconhece uma tendência ao esgotamento da Amazônia como fronteira móvel; a autora destaca a “falência do arco do fogo”, ou seja, ressalta uma transformação da cadeia produtiva local; assevera que o homem do campo perde importância e ganha mais visibilidade aquele que vive nas cidades, isso devido a uma incorporação da Amazônia ao tecido produtivo nacional, que dá prioridade aos grandes produtores, pode-se perceber o alinhamento desta leitura com a realidade local observada no que tange aos efeitos das práticas capitalistas

⁸ A pesquisa de campo feita pelos autores mostra que vilas inteiras deixaram de existir para ceder espaço ao cultivo da soja e que escolas e até mesmo cemitérios ativos funcionam dentro das plantações.

implantadas em Santarém na última década, onde os mecanismos de governança ambiental revelam-se falidos e sem nenhum valor diante da busca incessante pelo suposto crescimento econômico da região.

O cenário de ocupação da Amazônia, de Santarém, foi e está sendo pautado em conflitos resultantes de interesses antagônicos pela terra, onde os detentores de capital, vindos de outras regiões e incentivados de diversas formas pelo Estado acabam por fazer uso do território amazônico sem levar em conta os interesses das pessoas que já viviam ali antes. Isso tem se tornado na atualidade um dos desafios às políticas públicas para a Amazônia, coadunar os interesses dos novos migrantes com os das populações locais, além, é claro, de ter que medir esforços para o estabelecimento de um desenvolvimento regional sustentável para a região (BECKER, 2009, p. 125-126).

Para Bertha, existe um novo significado geopolítico da Amazônia no sentido de fronteira do capital natural com importância mundial, nesse cenário, se deve ressaltar a importância de pensar e agir na escala da Amazônia Transnacional, e que existe uma tendência ao esgotamento desta como fronteira de expansão demográfica e econômica nacional justamente devido aos conflitos desencadeados na região em virtude desse tipo de apoderamento da terra, que é feito sem levar em conta os interesses e direitos das comunidades locais (BECKER, 2009, p. 53).

Soma-se a isso, o fato de que atualmente se nota uma maior organização e resistência por parte das populações tradicionais diante da expropriação de suas terras, florestas e identidades. Estes povos buscam formas de desenvolvimento sustentável, e isso sempre deve ser levado e considerado pelo Estado. Deste modo, percebe-se que a voz da sociedade civil regional é algo que merece maior atenção e não deve ser renegada a um segundo plano, sob a desculpa de se desenvolver a região a qualquer custo.

Com o incentivo estatal às grandes propriedades agropecuárias, o aumento do êxodo rural desde a década de 80 em todo o Brasil e a continuidade do processo de substituição da ocupação pioneira da Amazônia, nota-se que tem havido a substituição de pequenos agricultores por produtores mais capitalizados, de maneira a dar uma nova roupagem à estrutura fundiária local, caracterizada, sobretudo, pela dinâmica demográfica (mobilidade e distribuição da população) e pela diversidade dos usos da terra na Amazônia, que por muitas vezes tem fomentado novos desmatamentos⁹.

A partir de 2011, um estudo revelou que a concentração fundiária na região de Santarém e Belterra decorre de dois tipos de mudanças nos limites dos lotes originais, a saber:

- a) fragmentação de lotes, ou seja, a divisão de lotes amostrados em estabelecimentos menores (alguns deles dificilmente poderiam ser denominados como estabelecimentos agropecuários, dadas as suas dimensões (em torno de 250m², semelhante à de lotes urbanos), localização (em vilas/comunidades) e uso (servem geralmente como local de moradia); b) consolidação de lotes, ou seja, a incorporação de vários lotes originais em estabelecimentos maiores, grandes unidades não familiares, muitas das quais sem residentes, geralmente destinadas à pecuária e ao plantio mecanizado de arroz e soja¹⁰.

Na pesquisa em questão, os estudiosos demonstraram que:

⁹ Ver Relatório **Relação entre o cultivo de soja e desmatamento. Compreendendo a dinâmica**, do Fórum Brasileiro de Organizações Não Governamentais e Movimentos Sociais para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (FBOMS), Grupo de Trabalho de Florestas, ISA, IMAFLORA, Instituto Centro Vida, WWF-Brasil, 2004.

¹⁰ Polarização da estrutura fundiária e mudanças no uso e na cobertura da terra na Amazônia (Polarization in the land distribution land use and land cover change in the Amazon) de D' Antona Alvaro, Leah Vanwey e Thomas Ludewigs, trabalho publicado na Revista Acta Amazonia, Volume 41, nº 02, Manaus, 2011.

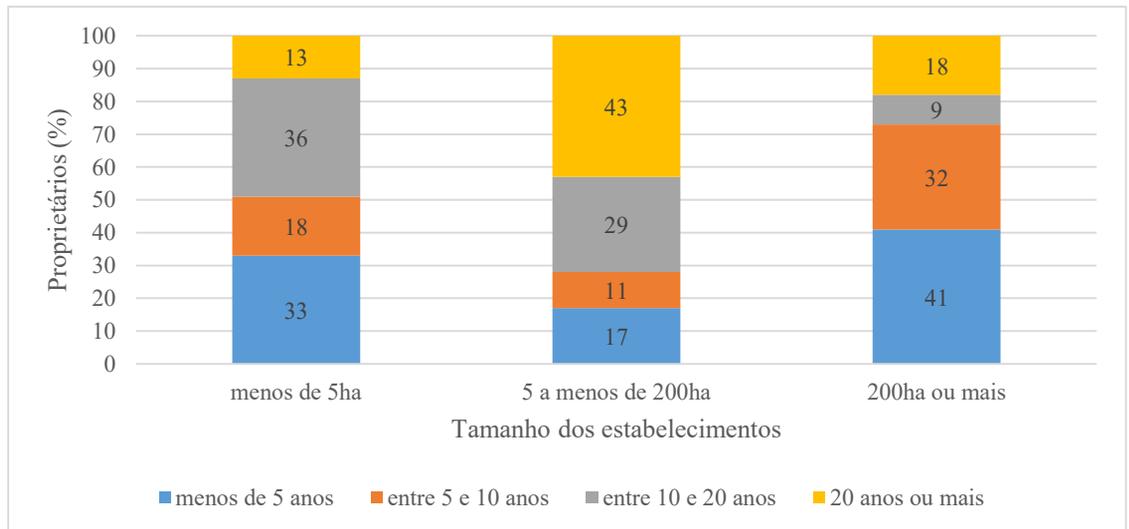
de 587 lotes, 131 (22%) mantiveram os mesmos limites originais; 39 (7%) foram divididos em estabelecimentos menores; 389 (67%) foram incorporados a estabelecimentos maiores; e 23 (4%) foram fragmentados e parcialmente incorporados a estabelecimentos maiores. O estudo evidencia que em termos absolutos, houve aumento no número de estabelecimentos com até 5ha (de 20 para 127) e na área ocupada por eles (de 59ha para 113ha); diminuição no número de estabelecimentos entre 5 ha e menos de 200ha (de 546 para 270) e na área ocupada por eles (de 22.934ha para 13.226 ha); e aumento no número de estabelecimentos com 200 ha ou mais (de 16 para 63) e na área ocupada por eles (de 4.988 ha para 46.528 ha)¹¹.

Nota-se, por conseguinte, que houve a diminuição no número de estabelecimentos agropecuários familiares, havendo, em contrapartida o aumento de grandes estabelecimentos agropecuários não familiares, o que revela um novo modo de trabalhar a terra na região santarena. Em razão desta alteração, percebe-se que as peculiaridades de atuação na terra desses novos atores agrícolas ajudam a pensar sobre a transformação do meio rural santareno para além dos modelos usualmente adotados.

As mudanças no modo de ocupação do solo revelam expressiva mobilidade populacional interna ao município e a redistribuição humana na área ao longo do decurso do tempo, principalmente a partir dos anos 90, quando então a soja se instalou no planalto santareno¹².

O Gráfico abaixo sugere que a rotatividade dos lotes existe ao longo do tempo, fato que não se restringe só aos grandes estabelecimentos agropecuários, mas também alcança pequenos proprietários, que substituem alguns antigos donos de terras em pequenas e médias propriedades rurais.

Gráfico 1: Tempo de ocupação de terras zona rural da Amazônia



Fonte: Alvaro, Vanwey e Ludewigs, 2011.

No município de Santarém, as pequenas propriedades rurais próximas umas das outras tem a maior concentração de residências e de edificações para a prestação de serviços (postos de

¹¹ Para maior entendimento da explanação ver trabalho descrito na nota de número 15.

¹² Tal fato pôde ser constatado na pesquisa de campo, em visita às plantações de soja, por meio das conversas talhadas com trabalhadores rurais, sindicalistas e na entrevista realizado com o representante da Comissão Pastoral da Terra Diocese de Santarém (CPT/STM).

saúde, escolas e igrejas), o que as deixam com ares de comunidades, agrovilas do que de propriedades agropastoris; nelas algumas famílias mantêm pequenas roças (no geral de mandioca, arroz e feijão), plantam alguns pés de pimenta ou café, cultivam uma horta e árvores frutíferas; o gado é pouco, sendo usado para a produção de leite; rebanhos maiores, somente existem em áreas alugadas ou cedidas pelos pequenos agricultores, que servem de tratadores deste, geralmente na várzea, formando uma fonte de renda extra para as famílias¹³.

Alguns lotes de terra são fruto da colonização do INCRA feita na década de 70, quando não, se resumem à mera posse. Grande parte das terras do município ainda está em fase de registro junto aos órgãos competentes¹⁴.

Por meio da pesquisa de campo, se nota que os estabelecimentos com tamanho mediano dão continuidade ao uso mais diversificado da terra, há a manutenção de culturas anuais (milho, mandioca, arroz e feijão, por exemplo), perenes (pimenta e café) e criação de gado (para corte e leite), a mão de obra é familiar quando não, é contratada por empreitada em momentos certos, como na época da preparação do plantio e na safra (colheita), e é exatamente este tipo de produção que alimenta a população local, de Santarém, e movimentam o mercado de mão de obra ruralista.

Por fim, no que tange aos grandes estabelecimentos restou claro que nestes predomina o cultivo mecanizado de arroz, milho e soja, com ínfimo uso de mão de obra, que é feito de modo maciço no planalto santareno, cujo principal vetor, além das planícies, é a proximidade com o Porto de Santarém, quando não, se dedicam à criação de gado bovino em larga escala¹⁵.

E, constata-se que em Santarém as áreas de porte médio ainda são uma realidade, apresentam práticas agrícolas mais tradicionais, bem como movimentam a economia local, no entanto, a concentração fundiária tem sido algo latente e vigora devido à mutação de um cenário baseado na agricultura familiar para o agronegócio, caracterizado por grandes estabelecimentos agropecuários, que se utilizam do uso intensivo da terra e de pouquíssima mão de obra, tendo estes em sua maior parte sido formado a partir da aglomeração de lotes pertencentes aos pequenos agricultores que tradicionalmente labutavam nas terras da região.

Como se vê o ZEE serviu-se de instrumento viabilizador das mudanças de uso da terra com forte predominância da agricultura de monocultivo mecanizada em detrimento das populações locais e agricultores familiares.

3 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM XEQUE: A CONCESSÃO DE LICENÇA DE OPERAÇÃO AO PORTO DESTINADO AO ESCOAMENTO DA SOJA

A expansão da soja em Santarém se deu não só pelo incentivo dos governantes locais nos anos 90 do século passado ou pelo solo propício à mecanização, mas foi também fruto da instalação do Porto de uma das maiores empresas graneleiras do mundo **no município**.

¹³ Fonte: Pesquisa de campo, setembro de 2012.

¹⁴ Na década de 1970, o Programa de Integração Nacional (PIN) deu origem a vários projetos de ordenamento territorial orientado pelo estado, entre eles, o de ocupação dirigida, que motivou um fluxo migratório para a região de pessoas de origem, principalmente, nordestina, o fomento à atividades agrícolas e ao uso e prospecção dos recursos naturais, resultando em conflitos em função dos diferentes interesses dos atores envolvidos.

¹⁵ Assim como nas plantações de soja e arroz, a criação e gado não depende de grande número de mão de obra, no geral, há apenas um vaqueiro e alguns poucos trabalhadores que são usados para a manutenção do pasto. O número de rebanho bovino do Município de Santarém em 2009 era de 116.503 cabeças, segundo o IBGE.

O Porto de Santarém foi inaugurado na década de 1970 em uma área de 500.000m², está localizado na margem direita do rio Tapajós, em uma parte que dá confluência com o rio Amazonas, o acesso fluvial a este se dá pelos rios Tapajós e Amazonas, fato que o permite receber navios com calado de 10 metros no período de maior estiagem e de até 16 metros no período de cheia do rio (março e setembro), por sua vez, o acesso rodoviário ao porto pode ser realizado pelas BR-163 (Cuiabá-Santarém) e BR-230 (Transamazônica) e foi exatamente nesse Porto que a Empresa Cargill se instalou após sair vencedora de um processo de licitação¹⁶.

A multinacional com sede nos Estados Unidos tem como principal área de atuação o comércio internacional de grãos e é a maior exportadora de soja do Brasil. No ano de 1999, começou a se instalar em Santarém e justamente nessa época, a soja brasileira chegou ao seu auge, repetindo a mesma façanha no mercado internacional, atingindo preço elevadíssimo, desde então a empresa se mantém como potência na exportação grãos pelo Porto de Santarém¹⁷.

A alta do preço da soja no mercado internacional e a procura pela diminuição dos custos, a instalação da **Cargill** no porto da **Companhia das Docas do Pará**, em Santarém, em 1999 veio fortalecer o agronegócio local, na medida em que facilitou o escoamento da produção vinda do Mato Grosso e incrementou a produção local por meio de financiamentos aos produtores, como antes mencionado.

Todavia, a instalação da empresa ensejou várias controvérsias, na medida em que, segundo relatos, teria contribuído para a extinção de uma praia da cidade, a **praia da Vera-Paz**, e trouxe discussões em torno de possíveis danos ao ecossistema do Rio Tapajós, sobretudo, com a entrada de espécimes exógenas, estranhas à biota local, danos estes que poderiam ter sido ventilados a quando da realização de estudos preliminares na área, mas que somente vieram a ser feitos após o ajuizamento de ações contra a obra¹⁸.

Neste contexto surgiram os questionamentos sobre a necessidade de se questionar a legalidade da instalação da empresa no Porto, uma das críticas era a falta de EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental), fato que fez com que o Ministério Público Federal (MPF) ingressasse com duas Ações Cíveis Públicas: a primeira, em 1999, questionando o procedimento licitatório, então em andamento, por não prever as áreas arrendadas no

¹⁶ O porto entrou em operação em 2003, o Terminal Fluvial de Granéis Sólidos de Santarém foi construído para escoar parte da produção de grãos adquirida pela Cargill na região centro-oeste do Brasil (Mato Grosso), e também permitiu à comunidade local a possibilidade de escoamento de sua produção. Segundo a própria Cargill, atualmente o Terminal movimentava soja e milho, operando por meio dos modais rodoviário e hidroviário: mais de 80% dos grãos viaja de Mato Grosso até Porto Velho (RO) ou Miritituba (PA) em caminhões, onde são posteriormente transbordados para as barcas que seguem até Santarém, os outros 20% chegam ao terminal em caminhões vindos diretamente do estado do Mato Grosso pela BR 163 ou são oriundos da produção local. Segunda a empresa, a capacidade atual para embarque é de dois milhões de toneladas de grãos ao ano e armazenagem de 60 mil toneladas. O Terminal iniciou sua obra de expansão em maio de 2014, o que permitirá um aumento da capacidade de embarque anual para cinco milhões de toneladas e armazenagem de 114 mil toneladas (CARGILL, 2016).

¹⁷ Com a construção do terminal graneleiro, a Cargill passou a exportar grãos de Santarém para vários países da Europa, para o Japão, para a China e para o México. Desde a sua inauguração, em abril de 2003 até agosto de 2005 cerca de 1.728.000 toneladas de grãos haviam sido exportados. Desse total, cerca de 200 mil toneladas eram de milho e o restante de soja (CARGILL, 2009). Em 2006, a Cargill movimentou cerca de 1 milhão de toneladas de grãos pelo Porto de Santarém (Fonte: Jornal Valor Econômico – www.jornalvaloreconomico.com.br-, de 27/03/07).

¹⁸ Segundo a CPT/STM (2012), um grande e preocupante problema nos rios da região do Baixo Amazonas é a introdução de espécies exóticas invasoras, transportadas pela água de lastro dos navios que transitam e aportam nos rios da região, principalmente quando vem para o embarque dos grãos por meio da Cargill. Estudos confirmam a introdução do molusco **Bivalve Corbicula Fluminea** nos rios Surubíu (braço do rio Amazonas) e Tapajós. O molusco tem origem asiática e pode se alastrar rapidamente ocasionando assim uma diminuição drástica no número de espécies nativas. Entre as consequências diretas da invasão de espécies exóticas em ecossistemas diferentes, estão a diminuição da biodiversidade e o desequilíbrio ambiental. O grande agravante é que invasões biológicas não desaparecem por conta própria em médio ou longo prazo.

Porto de Santarém; e a segunda, em 2000, requerendo que fosse impedida qualquer obra na área arrendada, antes de aprovado o EIA/RIMA.

Todavia, o empreendimento seguiu por todas as fases do licenciamento ambiental, Licença Prévia, Licença de Instalação e Licença de Operação, quando o empreendimento já estava construído e em pleno vapor, com a licença de operação totalmente ativa, depois de quase 8 anos após o ingresso das demandas, a Justiça Federal finalmente obrigou a Cargill a realizar o EIA/RIMA. Pela ordem judicial, o empreendimento deveria ser paralisado enquanto não fossem respeitadas as leis ambientais, no entanto, esta decisão foi derrubada por força de outra ação de mandado de segurança.

Os trabalhos da empresa continuaram e ela realizou o EIA/RIMA e quando finalmente se encerrou o estudo e seus resultados foram apresentados e discutidos com a sociedade, em sede de audiência pública, todos foram surpreendidos com as denúncias de irregularidades no instrumento¹⁹.

Na época da audiência pública, o Procurador da República, Felício Pontes, do MPF/PA chamou de “absurdo jurídico” o fato de a empresa ter conseguido operar sem passar pelo crivo do EIA/RIMA. O principal questionamento sobre a legalidade da atuação da Cargill pauta-se, sobretudo, na elaboração dos laudos e nos pareceres dados pelos técnicos que fizeram parte da equipe técnica. A primeira versão do EIA/RIMA foi concluída em 2008, ou seja, cinco anos após aprovada a licença de operação do terminal fluvial. Em que pese tal fato, a SEMA-PA (Secretaria de Meio Ambiente do Pará) determinou a realização do estudo do EIA/RIMA de forma mais abrangente, abarcando assim, toda a área de influência do empreendimento, para que fossem analisados todos os impactos socioambientais aportados pela expansão do cultivo da soja no oeste paraense, impulsionada pela instalação da multinacional no Porto. Esta segunda versão do EIA/RIMA da Cargill somente ficou pronta em 2010.

O MPE-PA (Ministério Público do Estado do Pará), discordou da atuação e dos resultados obtidos pela empresa que elaborou os estudos de impacto ambiental ajuizando ação penal contra a mesma em razão do uso de informações falsas no mencionado instrumento.

Segundo os estudos realizados pela equipe multidisciplinar contratada pela empresa, a instalação do Porto da Cargill não teria influenciado o desmatamento na região santarena, sendo o aumento dos índices deste oriundos das atividades agropecuárias que previamente existiam na região. A conclusão deste relatório agilizou a tomada de decisão de forma favorável à concessão da licença de operação do Porto. Todavia, restou demonstrado que a instalação do Porto não só agravou os conflitos pela posse da terra, como também incentivou o aumento do desmatamento na região, sobretudo no planalto santareno, principal polo de produção da soja amazônica.

E, justamente devido a este fato, na ação do MPE-PA, a empresa autora dos estudos fora acusada de ter inserido “informações parcialmente incongruentes, as quais apontam desconformidades entre os textos utilizados como pilares para a construção dos argumentos favoráveis ao Licenciamento Ambiental da empresa Cargill S.A e os resultados dos próprios autores quanto às suas conclusões” (texto usado nas argumentações do MPE-PA), tais informações levaram em conta os dados supostamente distorcidos apresentados pela equipe multidisciplinar responsável, dentre os quais se destacam principalmente os dados estatísticos sobre o índice de desmatamento

¹⁹ No dia da audiência pública, constatadas as fraudes, um membro do MPE/PA se dirigiu à Delegacia de Polícia Civil e providenciou a instauração de inquérito policial para apuração do fato. Assim teve início o IPL no 273/2010.000082-4, em 29/07/2010, requisitado pelo MPE/PA e pelo MPF por meio do Ofício no 304/2010-MP/CMP. O inquérito concluiu pela existência de autoria e materialidade dos crimes tipificados no art. 69-A, **caput**, da Lei no 9.605/98 e art. 299, **caput**, do Código Penal imputados à CPEA (empresa que elaborou o EIA/RIMA) e à Cargill.

na zona rural de Santarém, os quais segundo o órgão ministerial, teriam sido adulterados de forma a não ser relacionados à instalação do porto da Cargill²⁰.

Como se não bastasse, diversas entidades que trabalham em parceria com movimentos sociais e populações tradicionais também acusaram a equipe responsável pelo EIA/RIMA da Cargill de não levar em consideração diversos fatores para a concessão da licença, tais como os problemas socioambientais sofridos por algumas comunidades indígenas e de quilombolas que habitam o planalto santareno e que foram diretamente afetadas pelo plantio e pelo transporte da soja, a exemplo das comunidades de Açaizal e da Gleba Nova Olinda, onde há um movimento de índios ressurgidos, além de diversas outras comunidades locais.

Discussões jurídicas à parte, fato é que a Cargill continua em plena operação e a cada ano ver aumentado em várias toneladas sua exportação de grãos, no caso de arroz, milho e soja, sendo este último seu maior produto de exportação.

E mesmo diante de todas as contradições e entraves ocorridos por conta do EIA/RIMA, em 08.08.2012, a SEMA-PA, concedeu licença de instalação para que a empresa pudesse realizar a expansão do terminal. O licenciamento formaliza o parecer técnico da SEMA sobre a viabilidade do empreendimento e permitirá com que este realize novos investimentos no terminal. Com o novo licenciamento, a empresa deve aumentar a capacidade de armazenagem do terminal, que passará a ter potencial para receber 90 mil toneladas de grãos. Segundo a empresa, também serão realizadas melhorias logísticas para recebimento, estocagem e embarque de grãos²¹.

Neste contexto, verificou-se o aumento do desmatamento, com ênfase à expansão do plantio da soja. Somente em 2006, com a Moratória da Soja, as derrubadas foram contidas. A Moratória gerou um compromisso feito pela Associação Brasileira da Indústria de Óleos Vegetais – ABIOVE - e Associação Nacional dos Exportadores de Cereais – ANEC -, além de suas associadas, dentre elas, a própria Cargill. Pelo acordo, nenhuma soja plantada em área desmatada depois dessa data (2006) poderia ser comercializada. Mas, apesar do recuo da devastação, os impactos continuam sem soluções práticas e há relatos da CPT de que a moratória seria um engodo para tentar acalmar os ânimos sobre o consumo sustentável do grão principalmente nos mercados estrangeiros²².

CONCLUSÃO

Como é possível observar está instalada na região santarena uma crise dos instrumentos de gestão ambiental que reflete na atuação estatal em prol do crescimento econômico e em prejuízo da sustentabilidade socioambiental.

²⁰ Fonte: Rio de ouro e Soja, artigo publicado por Carlos Juliano Barros em <http://www.apublica.org/2012/12/rio-de-ouro-soja/>, com acesso em 19.02.2012, às 14h.

²¹ Fonte: Brasil Econômico, com acesso em http://www.brasileconomico.ig.com.br/noticias/cargill-recebe-licenca-para-expandir-terminal-em-santarem_120393.html, com acesso no dia 09.11.2012.

²² Segundo matéria publicada no Jornal **O Liberal**, de 21/09/2008, a moratória da soja na Amazônia, decretada por organizações não-governamentais (ONGs), grandes empresas de grãos e até mesmo pelo movimento ambientalista Greenpeace, não passou de propaganda e de marketing para influenciar consumidores da Europa seduzidos pelo apelo de preservação da floresta. A matéria destaca que a suposta moratória que foi criada supostamente para frear o desmatamento na região seria uma autêntica farsa, tais argumentos surgem com base em um relatório divulgado pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) de Santarém, o relatório da CPT diz que, além dos impactos ambientais, o cultivo de soja na Amazônia provocou e ainda provoca conflitos sociais e fundiários na região.

A soja foi trazida para a região de Santarém acabou gerando fortes impactos sociais e ambientais na área de sua abrangência, dizimando modos de vidas, além de agravar alguns problemas já existentes, como o desmatamento, a grilagem e a violência no campo. Tudo isto sob os auspícios do poder público num cenário em que o ZEE da BR 163 apresentou-se como um instrumento que permitiu agilizar e incentivar a chegada de grandes produtores de outras regiões, tais como do Mato Grosso, Rio Grande do Sul e Paraná, sem atentar para as necessárias cautelas com este tipo de nova destinação do uso do solo, fato que historicamente tem gerado riqueza para uns e pobreza para outros. Ao lado disto, se pode observar que o licenciamento ambiental apresentou-se como um instrumento ineficaz contribuindo também para esta realidade.

Diante disso, para solucionar tais conflitos, faz-se necessária a presença do Estado como de fato o deve ser, como um ente protetor, garantidor dos instrumentos da boa governança ambiental, dos direitos básicos da população, principalmente das minorias, no caso, dos povos tradicionais diretamente afetados; é necessária uma real aplicação do exercício do poder de polícia, que possibilite à Administração a atuar de forma a prevenir e evitar desmatamentos, grilagem, a violência e outros impactos socioambientais em Santarém; faz-se necessário, de imediato, mapear e avaliar corretamente todos impactos socioculturais desencadeados pelo cultivo da soja em Santarém; é crucial que a atuação do Estado para ocupação e exploração econômica da Amazônia leve em conta os modos de vida, de criar, fazer e viver dos povos que nela residem, pois em não o fazendo, fatalmente estará levando-os à extinção.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Bertha K. **Amazônia: Geopolítica na virada do III milênio**. Rio de Janeiro: Garmond, 2009.
- CAVALCANTI, Clóvis. Economia e Ecologia: Problemas da Governança Ambiental no Brasil. **Revista Iberoamericana de Economía Ecológica**, v. 1, 2004.
- BENATTI, José Heder, **Posse Agroecológica e Manejo Florestal**. Curitiba: Juruá, 2003.
- BICKEL, Ulrike, **Brasil: Expansão da Soja, Conflitos Sócio-Ecológicos e Segurança Alimentar**. 2004. Tese de Mestrado em Agronomia Tropical, Universidade de Bonn, Faculdade de Agronomia, 2004.
- CASTRO, Edna. In: BOLLE, Willi; CASTRO, Edna; VEJMEJKA, Marcel (org.). **Amazônia: região universal e teatro do mundo**. São Paulo. Globo, 2010.
- COELHO, Andréa dos Santos, **Modelagem de dinâmica do uso da terra e cobertura vegetal na região de Santarém, oeste do Pará**. 2009. 128f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Pará, Instituto de Geociências, Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais. Belém, 2009.
- CPT. Santarém apresenta dossiê contra Cargill em audiência pública na região. **CPT Nacional**, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/noticias/12-conflitos/321-cpt-santarem-apresenta-dossie-contr-cargill-em-audiencia-publica-na-regiao>>. Acesso em: 21 jan. 2013.
- FEARNSIDE, Philip M. O cultivo da soja como ameaça para o meio ambiente na Amazônia brasileira In: L.C. Forline, R.S.S. Murrieta and I.C.G. Vieira (eds.). **Amazônia além dos 500 anos**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2006.

GRILAGEM NA AMAZÔNIA, A grilagem nas terras públicas da Amazônia, IPAM: Brasília, MMA, 2006.

ALVARO, D' Antona; VANWEY, Leah; LUDEWIGS, Thomas. Polarização da estrutura fundiária e mudanças no uso e na cobertura da terra na amazônia. **Revista Acta Amazonia**, Manaus, v. 41, n. 02, 2011.

PUTY, Cláudio Castelo Branco. **Zoneamento Econômico Ecológico da BR 163 Relatório: Agricultura Empresarial Mecanizada**. Departamento de Economia – UFPA, Belém 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS E MOVIMENTOS SOCIAIS PARA O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO (FBOMS). Grupo de Trabalho de Florestas. **Relatório relação entre o cultivo de soja e desmatamento**. Compreendendo a dinâmica. ISA, IMAFLORA, Instituto Centro Vida, WWF-Brasil, 2004.

TURA, Leticia, CARVALHO, de Vânia, **A expansão do monocultivo de soja em Santarém e Belterra (PA): injustiça ambiental e ameaça à segurança alimentar**. Artigo defendido no 1º Encontro da Rede de Estudos Rurais, 4-7 jul. 2006, UFF, Niterói.

ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO DA ÁREA DE INFLUÊNCIA DA RODOVIA BR-163. EMBRAPA, 2006.

DA INTEGRAÇÃO À INCLUSÃO SOCIAL: O ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO PELOS DIREITOS ASSEGURADOS

Renata Salgado Leme

Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Santa Cecília (UNISANTA). Advogada.
renataleme@aasp.org.br

Samira da Costa Fontes

Mestranda em Direito da Saúde UNISANTA. Advogada. Membro da Comissão de Direito da Saúde da OAB/Santos.
samirafontes@hotmail.com

RESUMO: O movimento de emancipação das pessoas com deficiência passou por diversas fases, começando pela exclusão, depois segregação, integração social e, por fim, inclusão social. A ideia central deste trabalho é, após percorrer as fases históricas, chegar ao atual modelo de inclusão social, demonstrando a evolução conquistada pelo Brasil com a edição da nova Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência, também chamada de Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Destacou-se que diversos dos direitos previstos nesta Lei possibilitam a realização da inclusão de maneira concreta, a fim de que efetivamente se rompam todas as barreiras que impedem a interação das pessoas com deficiência à sociedade global.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiência; Acessibilidade; Saúde; Trabalho; Cidadania.

From integration to social inclusion: the Status of People with Disabilities and the realization of the inclusion by the assured rights

ABSTRACT: *The emancipation movement of people with disabilities went through several phases, starting with exclusion, then segregation, social integration, and finally social inclusion. The central idea of this work is, after going through the historical phases, up to the current model of social inclusion, to demonstrate the evolution achieved in Brazil with the new Law on the Inclusion of People with Disabilities, also called the Statute of People with Disabilities (Law 13.146/2015). We adopted documentary and bibliographic research and historical-comparative analysis. Thus, it is presented how several of the rights provided for in the law effectively turn inclusion into something concrete, so that effectively all barriers that prevent the interaction of people with disabilities with the whole of society can be broken.*

KEYWORDS: *Disabled; Accessibility; Health; Work; Citizenship.*

INTRODUÇÃO

Sempre houve na sociedade um expressivo contingente de pessoas com limitações de ordem física, mental, sensorial ou intelectual e, aos membros dessa coletividade, nem sempre se reconheceu a condição de “sujeitos de direitos iguais” atribuída aos demais seres humanos. A História é marcada por preconceitos, exclusão e segregação social dos indivíduos que integram esse grupo. Mas, sem dúvida, a humanidade vem avançando e, na atualidade, observa-se uma maior conscientização sobre a urgência em reconhecer e respeitar essas pessoas.

O presente estudo é de cunho teórico, segue o método dedutivo, o procedimento de pesquisa bibliográfico e adota uma abordagem qualitativa, entendendo ser a forma adequada para se compreender a natureza do fenômeno social investigado.

Ademais, o trabalho busca analisar o tema a partir da perspectiva histórica, utilizando como fontes bibliográficas SILVA (1987), FIGUEIRA (2008), GARCIA (2011), GUGEL (2016) e MAIOR (2016).

O texto também pretende evidenciar o processo de inserção social e de emancipação das pessoas com deficiência, destacando a análise dos modelos da exclusão, segregação, integração e inclusão deste grupo social.

Os conceitos exclusão e segregação serão utilizados na acepção de FIGUEIRA (2008), ou seja, o termo exclusão considera a pessoa deficiente como inválida e inútil para a sociedade e a expressão segregação considera o deficiente como ser inferior, portanto, discriminado pela coletividade.

Os conceitos integração e inclusão serão usados na acepção de SASSAKI (2006), isto é, a integração para indicar que a comunidade permanece estática, cabendo ao deficiente se adaptar à mesma e pelo prisma da inclusão a sociedade assume uma postura dinâmica, devendo promover mudanças culturais, sociais, espaciais etc., a fim de atender as reais necessidades destas pessoas.

No caminhar investigativo aqui delineado, busca-se demonstrar a mudança de consciência da sociedade a respeito das pessoas com deficiência, após a era das Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Nesses novos tempos, não se exige que o deficiente se adapte aos modelos impostos pela sociedade, mas que parta da sociedade o ajuste, a promoção de adequações e a eliminação das barreiras que impeçam o exercício de direitos por esse universo de pessoas.

Procura-se demonstrar o grande avanço brasileiro a partir da publicação da Lei 13.146, em 6 de julho de 2015, conhecida como “Estatuto das Pessoas com Deficiência” ou “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência”, que abarcou em seu título e em diversos dispositivos a expressão “inclusão”. Com isso, o objetivo deste trabalho é demonstrar como os direitos assegurados na Lei de Inclusão devem ser concretizados.

Com a criação de Tratados Internacionais e de novos diplomas normativos, espera-se que a sociedade se sensibilize e mude sua concepção, a partir da consolidação de uma consciência coletiva que valorize a importância da proteção desses direitos, buscando concretizá-los para que não fiquem apenas listados de forma genérica e abstrata. Afinal, a população com deficiência no Brasil tem aumentado por diversas razões, tais como: subdesenvolvimento social e econômico, aspectos ambientais, pessoais e de trabalho, além do aumento da expectativa de vida, já que a deficiência não é apenas congênita, mas também pode ser adquirida.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, mais de 45,6 milhões de brasileiros declararam ter alguma deficiência, representando 23,9% da população do país.

Cada vez mais a coletividade passa a ter contato com pessoas que possuem algum tipo de limitação ou restrição. Isso demonstra que o assunto precisa ser amplamente debatido e que melhorias, por meio da promoção de políticas públicas inclusivas, precisam ser urgentemente efetivadas. Ademais, nenhuma lei, serviço, estratégia, benefício ou programa deve ser executado sem a participação das próprias pessoas com deficiência, pois se elas são “sujeitos de direitos”, iguais a todos, sua opinião deve ser sempre considerada.

1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Como já foi dito, a humanidade sempre conviveu com pessoas que tinham certas limitações, seja de ordem física, mental, sensorial ou intelectual. Apesar disso, conquistas na seara dos direitos das pessoas com deficiência só foram alcançadas em período muito recente. Infelizmente, essas pessoas não eram reconhecidas como “sujeitos de direitos”, já que não opinavam e nem decidiam sobre as suas vidas.

Interessante é a divisão feita por SASSAKI (2011, p. 2) quanto às práticas sociais em relação às pessoas com deficiência. O autor divide-as em quatro eras: exclusão (antiguidade até o início do século 20), segregação (década de 20 até 40), integração (década de 50 até 80) e inclusão (décadas de 90 até as próximas décadas do século 21).

O modelo de exclusão era predominante na Antiguidade e na Alta Idade Média. Conforme Gugel, a conclusão dos estudiosos quanto ao tema é no sentido de que, na concepção das sociedades existentes à época, o indivíduo deficiente significava um fardo para a comunidade, tanto que certas tribos se desfaziam de crianças detentoras de tais condições.

Em Esparta, por exemplo, por volta de 480 a. C., crianças recém-nascidas frágeis ou com alguma deficiência eram jogadas do alto do monte Taigeto, há mais de 2.400 metros de altura, por não estarem dentro do padrão físico adequado (SULLIVAN, 2001, p. 262-266 apud LOPES).

A civilização romana, por sua vez, como preconizava a perfeição e a estética corporal, tinha a deficiência como monstrosidade, o que legitimava atos seletivos. Nesse sentido, afirma Otto Marques da Silva (1997, p. 127-129):

No Direito Romano havia leis que se referiam ao reconhecimento dos direitos de um recém-nascido e em quais circunstâncias esses direitos deveriam ser garantidos ou poderiam ser negados. A vitalidade e a forma humana eram condições essenciais. Estava permitida a morte intencional de qualquer criança abaixo dos três anos de idade quando tivesse nascida mutilada ou fosse considerada como monstruosa. Nestes casos, a lei previa a morte ao nascer. Na sequência, o autor expõe um trecho do famoso discurso de Sêneca (4-65 d. C) que justifica o infanticídio: ‘Não se sente ira contra um membro gangrenado que se manda amputar; não o cortamos por ressentimento, pois, trata-se de um rigor salutar. Matam-se cães quando estão com raiva; exterminam-se touros bravios; cortam-se as cabeças das ovelhas enfermas para que as demais não sejam contaminadas; matamos os fetos e os recém-nascidos monstruosos; se nascerem defeituosos e monstruosos afogamo-los; não devido ao ódio, mas à razão, para distinguirmos as coisas inúteis das saudáveis’.

Já na época dos hebreus, a deficiência era sinal de impureza. Havia uma visão reducionista da questão da “imagem e semelhança a Deus”. Predominava a visão de que o milagre que

Da integração à inclusão social: o Estatuto das Pessoas com Deficiência e a concretização da inclusão pelos direitos assegurados

poderia acontecer às pessoas com deficiência era a cura, já que a deficiência era uma punição de Deus.

No período clássico havia uma busca pela sociedade ideal e perfeita. Platão e Aristóteles recomendavam a exclusão dos “imperfeitos”. Platão ensinava que se deveria deixar morrer os que apresentassem corpo “mal organizado”. Aristóteles, por sua vez, registrou, em *Política*, a respeito de quais crianças deveriam ser abandonadas ou educadas, que deveria existir uma lei que proibisse a alimentação de crianças disformes (SILVA, 1997, p. 124).

Com o Cristianismo, a história mudou o seu curso quanto ao tratamento dessas pessoas, uma vez que todas as almas eram consideradas filhos de Deus. Surge, com isso, uma fase assistencial, da caridade e do amor, em que os homens passam a se preocupar com os seus semelhantes e se valem das pessoas com deficiência e necessitadas para praticar a caridade.

Neste período ocorre o modelo da segregação e as pessoas com deficiência passam a ser recolhidas em instituições. Como essas pessoas são retiradas da sociedade para viverem juntas em outro lugar, elas param de circular entre as demais e, com isso, tornam-se invisíveis. Em que pese essa segregação, deve-se reconhecer que nesta época a existência desse assistencialismo às pessoas com deficiência teve grande relevância, já que tais indivíduos estavam abandonados pelos seus parentes. Muitas crianças eram largadas na roda dos expostos por serem resultado de gravidez indesejada, por miserabilidade econômica da família ou por possuírem doenças degenerativas.

2 A COMUNIDADE INTERNACIONAL NO TRATAMENTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E OS CONCEITOS DE INTEGRAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL

No âmbito internacional, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) após a Segunda Guerra Mundial, o mundo passa a se preocupar com questões relacionadas aos direitos humanos, já que surge um engajamento da sociedade pelo bem-estar comum.

A preocupação com as pessoas deficientes aumentou após as duas grandes guerras, porque a comunidade se deparou com milhares de soldados e civis vítimas de limitações em sua locomoção, audição e visão ocasionadas pelos combates. Essas pessoas tornadas deficientes com os conflitos passaram a exigir reabilitação e acessibilidade para a sua reintegração na sociedade.

Em 1955 foi aprovada a Recomendação número 99 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para tratar da “reabilitação das Pessoas Deficientes”.

Posteriormente, a Assembleia Geral da ONU empreendeu esforços para aprovar declarações acerca dos direitos dessas pessoas com deficiência. Assim, aprovou em 1971, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental e, em 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Apesar de serem diplomas normativos não vinculantes, por pertencerem a chamada “*soft law*”, já representaram um grande avanço nos direitos das pessoas com deficiência.

Um ano depois, em 1976, houve a aprovação da Resolução 31/123, que proclamou o ano de 1981 como o “Ano Internacional para as pessoas deficientes”, com o propósito de conscientizar o mundo acerca da necessidade de se implementar as declarações anteriores.

Nesta época, a Declaração então vigente, de 1975, adotava um modelo de integração social, anterior ao atual modelo de inclusão social. Com isso, importa mencionar os postulados 6 e 9:

6. As pessoas deficientes têm direito a tratamento médico, psicológico e funcional, incluindo dispositivos protésicos e ortopédicos, a reabilitação médica e social, a educação, formação e reabilitação profissional, a apoio, aconselhamento, serviços de colocação e outros serviços que lhes permitam desenvolver ao máximo as suas capacidades e aptidões e acelerem os seus processos de **integração** ou **reintegração social**.¹

9. As pessoas deficientes têm direito a viver com as suas famílias ou com pais adotivos e a participar em todas as atividades sociais, criativas ou recreativas. Nenhuma pessoa deficiente será sujeita, no que diz respeito à sua residência, a um tratamento diferenciado não exigido pela sua situação ou pela melhoria que possa derivar de um tratamento diferenciado. Caso seja indispensável à permanência de uma pessoa deficiente num **estabelecimento especializado**, o ambiente e as condições de vida nele existentes serão tão aproximados quanto possível dos da vida normal de uma pessoa da sua idade.²

Nesse período adotou-se o modelo médico da abordagem da situação das pessoas com deficiência. Essa solução enxergava a deficiência como doença que necessitava de tratamento ou cura. Após o tratamento deste “defeito”, a pessoa com deficiência poderia se tornar capaz de se integrar à sociedade. As pessoas com deficiência é que deveriam se adaptar aos modelos que já existiam na sociedade, e esta faria apenas pequenos ajustes.

Os progressos da medicina e a organização de serviços de reabilitação global tornavam esse processo de integração bem menos árduo, mas o trabalho de se chegar a uma situação integrada dependia apenas da própria pessoa deficiente. Para se integrar, o grupo de excluídos deveria provar que estava apto para viver junto com os outros em sociedade. Logo, os ajustes da sociedade para receber essas pessoas reabilitadas eram apenas superficiais.

A atenção da sociedade e do Estado era voltada ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência, para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana. A aplicação de tal formato acarretou na disseminação, entre as pessoas deficientes, da pobreza, da invisibilidade e da perenização de conceitos prestabelecidos negativos, como o entendimento de que deficientes são meros destinatários de misericórdia. Esse esquema falha na medida em que estimula a visão da deficiência como uma disformidade pessoal e afasta a compreensão de que são necessárias políticas de inclusão voltadas a esse público (RAMOS, 2017, p. 237).

No contexto do modelo médico, citando o caso das crianças surdas, elas devem aprender a falar o português a qualquer custo, talvez nunca aprendendo a língua de sinais brasileira (Libras). Por influência deste formato, nos dias de hoje, em diversos países em desenvolvimento, a linguagem de sinais ainda é desconhecida ou é confundida com mímicas e linguagens gestuais informais. No Brasil, somente em 2002 a Libras e os outros recursos de comunicação a ela associados foram reconhecidos como meio legal de comunicação, por meio da Lei nº 10.435/02 (WERNECK, 2004, p. 17).

Não dá para se negar que para a época houve um grande avanço, pois foram realizados esforços a fim de que as pessoas com deficiência participassem de reabilitações, objetivando a

¹ 6. Disabled persons have the right to medical, psychological and functional treatment, including prosthetic and orthetic appliances, to medical and social rehabilitation, education, vocational training and rehabilitation, aid, counselling, placement services and other services which will enable them to develop their capabilities and skills to the maximum and will hasten the processes of their social **integration** or **reintegration**.

² 9. Disabled persons have the right to live with their families or with foster parents and to participate in all social, creative or recreational activities. No disabled person shall be subjected, as far as his or her residence is concerned, to differential treatment other than that required by his or her condition or by the improvement which he or she may derive therefrom. If the stay of a disabled person in a **specialized establishment** is indispensable, the environment and living conditions therein shall be as close as possible to those of the normal life of a person of his or her age.

diminuição de suas limitações, bem como se iniciava um processo de integração desses indivíduos à sociedade, evitando-se que eles vivessem segregados ou confinados no seu espaço, o que restringia as suas atividades e oportunidades sociais. Já se falava em promover condições adequadas para que eles tivessem acesso à sociedade sem obstáculos, às instalações e aos equipamentos sociais relativos à educação, trabalho, esportes e outras formas de recreação.

Por outro lado, não havia inclusão e, conforme já ressaltado, as pessoas com deficiência é que precisavam se adaptar à sociedade para se integrar, inexistindo esforço desta última para a plena acomodação das pessoas com deficiência. Faltava reconhecer que nem todas as pessoas conseguem se reabilitar, e que deveriam ocorrer mudanças substanciais na sociedade para permitir que as pessoas com deficiência tivessem acesso a todos os direitos e não apenas a alguns; a inserção não deveria ser parcial e condicionada à capacidade individual de integração, mas sim total e incondicionada, independentemente do grau de limitação.

De qualquer forma, o conceito da integração permitiu que se empreendesse esforços para que a sociedade rompesse preconceitos.

Apenas a partir de 1981, no Ano Internacional da Pessoa Deficiente, promulgado pela ONU, a pessoa com deficiência passou a se organizar politicamente. Antes disso, caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades (FIGUEIRA, 2008, p. 115).

No dia 7 de junho de 1999 surge a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. O Brasil assinou o documento um dia depois, o Congresso Nacional o aprovou em 15 de agosto de 2001 e a promulgação ocorreu em 8 de outubro desse mesmo ano. Essa Convenção ainda usou em seu texto a expressão “integração social”.

Posteriormente, após um processo que durou cinco anos, a comunidade internacional conseguiu aprovar uma Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ano de 2006.

O movimento das pessoas com deficiência culmina com a ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A participação direta e efetiva desse grupo de indivíduos não foi fruto do acaso, tendo decorrido de seu paulatino fortalecimento, até a exigência de direitos civis, políticos, sociais e econômicos (GARCIA, 2011).

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados pelo Brasil na cidade de Nova York, em 30 de março de 2007. Trata-se do primeiro diploma internacional acerca desses direitos com caráter vinculante. No Brasil, essa Convenção teve elevada importância, já que foi o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado com quórum de emenda constitucional, conforme o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Entrou em vigor no Brasil em 25 de agosto de 2009, através do Decreto 6.949.

Essa Convenção também trouxe uma evolução na expressão utilizada para se referir a esse grupo de pessoas. Na Declaração de 1971, utilizou-se a expressão “retardo mental”; na Declaração de 1975, “pessoas deficientes”, na Convenção Interamericana, aderiu-se à expressão “portador de deficiência”, todas estas expressões sofreram críticas ao longo do tempo.

Finalmente, a partir de muitos debates, o termo “pessoa com deficiência” foi empregado no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com a finalidade de valorizar o cidadão e mostrar dignidade em relação à realidade da deficiência. Conforme esse diploma internacional as pessoas com deficiência são:

aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas. (art. 1º, final).

Como se percebe, o conceito de deficiência considerou a limitação funcional adjetivada da forma como o mundo acordou e também considerou que essas limitações obstruem a participação plena na sociedade quando somadas com as diversas barreiras. Ou seja, se eliminadas as barreiras arquitetônicas, de comunicação e atitudinais, elimina-se a limitação biológica.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência positivou o modelo social da deficiência, da inclusão, contrapondo-se ao modelo médico visto anteriormente, que sustenta ideologicamente o paradigma da integração. A adoção do modelo social pode ser verificada no art. 3º da Convenção, que traz como um de seus princípios, “a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade”.

Conforme André de Carvalho Ramos (2017, p. 237), esse formato, também chamado de “modelo de direitos humanos”:

vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando o dado médico apenas para definir suas necessidades. A principal característica é a abordagem de “gozo de direitos sem discriminação”. Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano. Assim, não se trata mais de exigir da pessoa com deficiência que esta se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão.

A adoção do modelo social não pressupõe o abandono da reabilitação e dos tratamentos médicos. Significa que apesar de eles serem importantes, não devem constituir condição à efetividade dos direitos das pessoas com deficiência; mesmo porque nem sempre a reabilitação é atingível. A deficiência faz parte da diversidade humana e não inviabiliza uma vida plena por parte de quem a suporta. O que incapacita o indivíduo com deficiência para a plenitude de sua potencialidade é o meio em que está inserido, de modo que se o ambiente for adaptado para o acesso universal a bens e serviços, os deficientes são elevados a condições equiparadas àquela das demais pessoas. Logo, a sociedade precisa eliminar as barreiras existentes e construir as pontes necessárias.

Quando todos esses acessos estiverem garantidos é que haverá distribuição equitativa de oportunidades. Por expandir e dar complexidade ao sentido do vocábulo deficiência, o modelo social fortalece as reflexões sobre o valor das diferenças individuais e traz o assunto para o contexto de diversidade, direitos humanos e sustentabilidade do sistema (WERNECK, 2004, p. 18).

Dessa maneira, o modelo social da deficiência confere maior intensidade ao ativismo social em torno dessa condição existencial, dados os instrumentos analíticos e políticos que lhes são característicos, e desloca para o corpo social o enfrentamento da questão, para que não fique restrita à vida privada e dos cuidados familiares, situação observada nos modelos biomédicos (SANTOS, 2008, p. 506).

Por fim, como mais um poderoso instrumento de inclusão social especificamente para as pessoas com deficiência visual, foi celebrado em junho de 2013, no âmbito da Organização das Nações Unidas, o Tratado de Marraquexe, em Marrocos. Por meio deste documento, os países signatários se comprometem a criar instrumentos em suas legislações internas de reprodução e distribuição de obras, livros e textos em formato acessível às pessoas cegas, com deficiência visual, ou com outras dificuldades de leitura. Há compromisso em atualizar leis antiquadas que estejam impedindo que obras sejam convertidas e distribuídas em formato mais acessível. É um

Da integração à inclusão social: o Estatuto das Pessoas com Deficiência e a concretização da inclusão pelos direitos assegurados

acordo internacional que possibilita o acesso à cultura. Trata-se de mais um Tratado de Direitos Humanos aprovado no Brasil com “*status*” de norma constitucional. O Brasil ratificou em 2015 e o Tratado passou a ter vigor internacional em 30 de setembro de 2016.

3 A LEI DE INCLUSÃO BRASILEIRA E A CONCRETIZAÇÃO DE SEUS DIREITOS

O Brasil já vinha regulamentando os direitos das pessoas com deficiência em sua Constituição Federal em diversos dispositivos e também em algumas leis esparsas.

Há leis próprias para a política de inclusão, acessibilidade e garantias para as pessoas surdas, cegas e com baixa visão. Importantes direitos estão inseridos, de forma transversal, na legislação geral da saúde, educação, trabalho, proteção social, cultura e esporte. Outras leis mais recentes regulamentam alguns aspectos da pessoa com deficiência como, por exemplo, a acessibilidade nos programas habitacionais públicos e a política de mobilidade urbana (MAIOR, 2016).

Em relação à norma abrangente, a primeira lei federal sobre as pessoas com deficiência é a nº 7.853/1989. A lei dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), além de instituir a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e disciplinar a atuação do Ministério Público; também define crimes e outras providências.

Em que pese o grande avanço da lei supramencionada, a atual Lei de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) traduz uma verdadeira conquista social: coaduna-se com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e traz a plena inclusão de pessoas que antes eram vistas como absolutamente e relativamente incapazes.

Mas é preciso que haja real concretude desses direitos. Nesse sentido, com razão, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 150):

existe um paradoxo na sociedade, que, de um lado, está obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos de respeito e proteção ao deficiente; de outro, impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante esses direitos, de modo a levá-los a uma efetivação concreta nas práticas sociais.

Portanto, o objetivo não é apenas listar as grandes mudanças, mas sim descrever como elas podem ser efetivadas na prática.

Em primeiro lugar, o art. 6º do Estatuto deixa claro que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Já o art. 84 estabelece: “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Com isso, os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro foram reestruturados eliminando-se a incapacidade absoluta, por falta de necessário discernimento para as práticas dos atos da vida civil, e a incapacidade relativa dos excepcionais, aqueles sem desenvolvimento mental completo. A partir de agora, as pessoas com deficiência mental passam a ter plena capacidade para os atos da vida civil. Desde janeiro de 2016, o único critério para a incapacidade absoluta é o etário. Prestigiou-se a dignidade e a liberdade desse grupo de pessoas que vinha lutando pela conquista de seus direitos. A ótica agora é que as próprias pessoas com deficiência sabem o que é melhor para elas e devem decidir o seu destino: “nada sobre nós, sem nós”. As pessoas com deficiência são sujeitos de direitos e possuem capacidade de fato.

Com essa mudança, as pessoas com deficiência possuem incentivos legais para assumir outra postura que não a típica do papel de deficiente. O rótulo de deficiente, de pessoa com anormalidade, atingia o sujeito em sua totalidade, impedindo que ele pudesse crescer e se desenvolver de forma natural e satisfatória, o que acabava por afetar também a sua família, que ficava presa aos cuidados de uma pessoa considerada totalmente dependente.

Infelizmente, as pessoas com algumas limitações já eram programadas para ter atitudes e comportamentos dependentes e infantilizados, sem oportunidade de demonstrar habilidade para interagir com a sociedade mais ampla. Isso porque elas próprias se percebiam e eram percebidas apenas como deficientes, sendo consideradas incapazes e limitadas, tendo sempre os seus defeitos enfatizados.

Atualmente, enxerga-se a pessoa com deficiência como uma pessoa com imensas possibilidades, com capacidade de decidir e direcionar a sua vida cotidiana com autonomia e independência. O novo estatuto, conforme a Convenção sobre as pessoas com deficiência, prestigia a dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da capacidade plena da pessoa emancipada não significa que ela nunca precise do auxílio de outrem para o exercício de sua capacidade. Justamente para conciliar a autonomia da pessoa com deficiência e a necessidade fática de medidas protetivas, é que o Código Civil criou um instituto alternativo à curatela: a tomada de Decisão Apoiada (art. 1783-A).

Este instituto é inédito no nosso ordenamento e foi inserido pelo art. 116 da Lei de inclusão brasileira, que obedeceu a mandamento assumido pelo Brasil e pelos demais Estados-partes da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência (aprovada como emenda constitucional). Conforme o art. 12, item 3 da Convenção: “Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

Esse sistema da tomada de decisão apoiada se coaduna com os princípios previstos no art. 3º da Convenção: “respeito à dignidade, à autonomia individual e à liberdade de fazer as próprias escolhas”. De fato, a própria pessoa com deficiência escolherá “pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e as informações necessários para que possa exercer a sua capacidade” (art. 1783-A, caput, do Código Civil). Esse instituto será muito útil para pessoas que descubram, por exemplo, que estão com *Alzheimer*, principalmente em idade precoce. Mas note-se que o instituto não se aplica apenas às pessoas com deficiência mental, já que o dispositivo se refere ao gênero “pessoa com deficiência”. Com isso, pode também ser bastante útil para facilitar a vida de pessoas com deficiência sensorial.

Novamente com fundamento na liberdade, a pessoa emancipada formulará um termo, junto com os seus apoiadores, estabelecendo os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (§ 1º do art. 1783-A). Esse regime se constituirá pela via judicial. Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (§ 3º). A pessoa com deficiência terá apoiadores não porque lhe foram impostos, mas sim porque assim preferiu.

A curatela ainda subsiste, mas será adotada de forma excepcional, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (conforme art. 84, § 3º, da Lei 13.146/15). Isso porque ainda é possível a incapacidade civil relativa daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade (art. 3º, III c/c art.

Da integração à inclusão social: o Estatuto das Pessoas com Deficiência e a concretização da inclusão pelos direitos assegurados

1767, I, ambos do Código Civil). O detalhe é que agora a curatela está muito mais restrita, já que afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não afetando os direitos personalíssimos, inerentes a qualquer pessoa humana, tais como o próprio corpo, a sexualidade, o matrimônio, a privacidade, a educação, a saúde, o trabalho e o voto (art. 85, da Lei de inclusão).

É de importância salutar o art. 1.777 do Código Civil (incluído pelo novo Código de Processo Civil): “as pessoas referidas no [inciso I do art. 1.767](#)³ receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio”. Este dispositivo busca preservar a inclusão social, evitando-se que regredamos ao modelo da segregação.

Também buscando garantir a capacidade civil plena da pessoa com deficiência, o novo Código de Processo Civil previu que “o curador deverá buscar tratamento e apoios apropriados à conquista da autonomia pelo interdito” (art. 758). Isto é, a curatela deve subsistir apenas pelo tempo necessário.

O ideal é que a tomada de decisão apoiada torne a curatela um instituto em desuso. Porém, apenas o tempo demonstrará se isso ocorrerá, uma vez que não se desconhece que há casos em que a pessoa não consegue gerir a sua própria vida. Para essas situações, recomenda-se a proteção jurídica, já que o sujeito é ainda mais vulnerável. Mas o intuito da reforma é que a curatela seja a “*ultima ratio*”, e não a primeira opção, conforme vinha acontecendo. Em suma, os institutos atuais são menos invasivos na esfera existencial, já que se evita uma interdição e curatela geral.

Nesse momento, após o reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direito, capaz de conduzir a sua própria história, urge comentar acerca da efetivação dos direitos previstos no Estatuto. A sociedade tem a responsabilidade de se transformar, tornando-se mais inclusiva e menos excludente, concretizando o quanto antes os direitos desse segmento vulnerável de pessoas. As conquistas não podem parar, pois apesar do avanço em abstrato, a sociedade agora precisa se adequar para garantir os direitos concretamente.

A Lei Brasileira de Inclusão tratou da educação no capítulo quarto. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem (art. 27).

Durante muitos anos adotamos o modelo de educação especial, em que a pessoa com limitações, com o objetivo de se reabilitar e ser reintegrada em sociedade estudava em instituições que mantinham equipes multidisciplinares.

A noção da necessidade de segregação de alunos com deficiência como forma necessária para a sua educação deve ter sido muito mais contundente em nosso país, já que não há informação de qualquer outra iniciativa não segregacionista, até, pelo menos, o início da década de 1930, quando foram criadas as primeiras classes especiais em escolas regulares. (BUENO, 2006, p. 174, apud FIGUEIRA, 2008, p. 111).

A segregação não é prejudicial apenas para a criança com deficiência, mas também para os outros alunos, já que quanto mais a criança interagir espontaneamente em situações diferenciadas tanto mais ela adquirirá o genuíno conhecimento. A segregação prejudica a todos, porque impede que as crianças das escolas regulares tenham oportunidade de conhecer todas as dimensões e desafios da vida humana. Evoluir não significa tratar igual, pois as pessoas são diferentes.

³ I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Alunos diferentes terão oportunidades diferentes, para que o ensino alcance os mesmos objetivos. Incluir é abandonar estereótipos (WERNECK, 2000, p. 56).

O Estatuto prevê o modelo de inclusão, que é mais avançado que a integração. Na política da integração, garante-se que a pessoa com deficiência tenha acesso aos mesmos bens que as pessoas sem deficiência; no aspecto da educação garante-se que ela possa frequentar as mesmas escolas. Mas essa criança só tem a garantia de estar presente, e ela é quem deve se esforçar para acompanhar a turma, contratando, por exemplo, professores particulares para suprir suas dificuldades. Já na educação inclusiva, a classe e os professores precisam se adaptar para que o vulnerável possa aprender. Logo, é necessário que as escolas contratem profissionais especializados, para ajudar e perceber as dificuldades dessas pessoas com limitações. Além disso, as escolas devem fornecer cursos e palestras aos professores para que eles aprendam novas didáticas, com a finalidade de que aprendam técnicas de inclusão das pessoas com dificuldades. É preciso que os professores tenham sensibilidade para adaptar a sua pedagogia, ao invés de insistirem nos métodos até então utilizados. Enfim, a escola é que tem a obrigação de romper as barreiras, criando respostas educativas para as necessidades e limitações específicas de cada aluno.

A escola é um dos principais ambientes para a inclusão, pois as crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento, são inocentes e já crescem aprendendo a lidar com a diversidade, para que se formem pessoas melhores, despidas de qualquer preconceito na fase adulta. Na sociedade inclusiva todos aprendem: as pessoas com limitações passam a ter a oportunidade de demonstrar habilidade para interagir com a sociedade mais ampla, e os outros alunos crescem conhecendo a diversidade humana. As crianças e os adolescentes são, inclusive, capazes de modificar os conceitos ou preconceitos de seu lar, tornando os adultos com quem convivem pessoas melhores, respeitadoras dos direitos humanos. A sociedade inclusiva começa com uma educação inclusiva, uma educação cidadã.

Mas é claro que a sociedade e as instituições, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, precisam fiscalizar o cumprimento da educação inclusiva nas escolas. Não são raras as vezes que nos deparamos com reportagens sobre escolas que alegam não ter mais vaga quando a mãe diz que seu filho tem alguma deficiência, e, no mesmo dia alegam ter disponibilidade para crianças sem limitações. Assim, só resta proliferar um movimento de exigência dos direitos listados na lei. Essa tarefa não deve ficar sob a responsabilidade exclusiva do grupo de pessoas violado em seus direitos.

Por fim, é importante que a escola ensine direitos humanos e realize atividades de conscientização, a fim de eliminar preconceitos e estigmas entre os alunos. Participando de atividades de sensibilização, esses alunos serão capazes de mudar o futuro da sociedade.

A locomoção é uma das principais dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência e um dos mais importantes direitos, uma vez que de nada adianta garantir educação, trabalho, cultura, saúde e lazer, se a pessoa não consegue chegar aos locais. No que tange ao direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, o artigo 46 estabelece que esse direito será assegurado em igualdade de oportunidade com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso. Nos dispositivos seguintes há previsão de direitos de mobilidade nos transportes públicos, de incentivos à fabricação de carros adaptados e de vagas especiais para os carros desse grupo de pessoas emancipadas.

Após lutas para a concretização desses direitos, as vagas especiais em estacionamentos privados e nas vias públicas começam a ser definidas e devem, de fato, ser respeitadas. Os carros que não respeitam as vagas reservadas precisam ser guinchados; todos os Municípios devem prezar por essa fiscalização.

Quanto à acessibilidade dos coletivos municipais, infelizmente em 2016 as cidades ainda não cumpriram integralmente o Decreto Presidencial nº 5.296/2004 que determina que “a frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infraestrutura dos serviços deste transporte deverão estar totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da publicação deste decreto”. O prazo venceu em 2014. Mesmo após tanto tempo da publicação do Decreto, os veículos não estão 100% adaptados. Levantamento inédito realizado em 2016 pelo “Fiquem sabendo”⁴ com base em dados da SPTrans (empresa municipal de transporte) obtidos por meio da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), aponta que 14% dos 14.702 coletivos em circulação na cidade de São Paulo não têm itens básicos de acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Se a grande cidade de São Paulo ainda não cumpriu totalmente a lei, imagine as outras cidades. Fora isso, há reclamações de cadeirantes de que os elevadores são velhos e às vezes não funcionam, e que os funcionários precisam ser treinados para lidar com o equipamento.

Em relação à acessibilidade, esta deve caminhar na direção do desenho universal, que, segundo o Estatuto das Pessoas com Deficiência (Lei 13.146/2015), é a “concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva” (art. 3º, inciso II).

O desenho universal poderia ser chamado ‘desenho inclusivo’, ou seja, projeto que inclui todas as pessoas. Os produtos e ambientes feitos sob o desenho universal ou inclusivo não aparentam ser especialmente destinados a pessoas com deficiência, já que são feitos para a utilização por qualquer pessoa, deficiente ou não. Inclusive é possível que pessoas sem deficiência nem percebam, nesses produtos ou ambientes, certas especificidades que atendem às necessidades de pessoas com deficiência. (SASSAKI, 2006, p. 141).

A Lei Brasileira de inclusão trata da acessibilidade a partir do artigo 53, segundo o qual “a acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”. Já o artigo 3º, inciso I, traz o conceito de acessibilidade como “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida”.

O Estatuto traz importantes obrigações de acessibilidade. Conforme o artigo 56, a construção, a reforma, a ampliação ou a mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo deverão ser executadas de modo a serem acessíveis. Os novos edifícios também deverão atender as regras de acessibilidade. Espera-se que haja fiscalização do cumprimento dessas regras.

Lamentavelmente, quando observamos as vias públicas, verificamos que a acessibilidade para cadeirantes está longe de ser alcançada, já que raramente encontramos rampas de acesso nas calçadas. Muitas mães também já devem ter percebido a dificuldade para subir e descer calçadas com um carrinho de bebê. Ao que parece existem algumas rampas bem distantes (quando existem) para fingir o cumprimento das leis. Enquanto a mobilidade nos transportes públicos tem recebido progressiva atenção, a acessibilidade entre o local que a pessoa com deficiência desce e até onde ela tem que ir ainda possui muitas barreiras, já que as vias públicas estão longe de

⁴ Cf. Fiquem sabendo. São Paulo não cumpre lei que prevê 100% dos ônibus adaptados para deficientes. Disponível em <<http://www.fiquemsabendo.com.br/2016/06/2-110-onibus-municipais-nao-sao-adaptados-para-deficientes-em-sp/>> Acessado em: 24 de novembro de 2016.

ser acessíveis, inclusive nas grandes cidades. Trata-se de medida simples de ser executada, mas que exige boa vontade dos administradores públicos.

As edificações são outro aspecto também relevante, já que o trajeto da pessoa é traçado para chegar a um local final. Dentro dos estabelecimentos também há a necessidade de rampas de acesso, mas poucos se preocuparam em fazer esta adaptação, pois ainda observamos prédios que possuem apenas escadas. Outra importante forma de efetivar a acessibilidade é admitindo a entrada e a permanência de cão-guia junto à pessoa com deficiência.

A população deve fazer essas exigências através de audiências públicas, abaixo assinados e até provocação da mídia para atrair a atenção de mais pessoas. É importante pleitear, nos Municípios, a elaboração de Plano Diretor de Acessibilidade com normas gerais e critérios básicos que promovam a acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A acessibilidade também inclui a efetivação da informação e da comunicação das pessoas com deficiência, não se reduzindo aos casos daqueles indivíduos que possuem limitações físicas. Importa também mudar a realidade social para a recepção das pessoas com limitações sensoriais. Deve haver estímulo e aumento do aprendizado da linguagem dos sinais para surdos, a fim de que audiências públicas, palestras, atrações culturais e profissionais sejam realizadas também com a presença de uma pessoa que se comunique por meio dessa linguagem. O “braille” para cegos também precisa ser difundido; espera-se que o compromisso do Brasil com o Tratado de Marraquexe realmente amplie a impressão de livros na linguagem “braille”, para superar a fome do livro⁵, já que as estimativas apontam que nos países subdesenvolvidos apenas 1% dos livros publicados são adaptados para um formato acessível. É essencial que se assegure o acesso das pessoas cegas à cultura e ao aprendizado por meio da leitura. Todo livro que nasce digital, precisa nascer acessível.

Ainda no que tange à mobilidade, o Estatuto traz o conceito de tecnologia assistiva ou ajuda técnica, que consiste em:

produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social. (art. 3º, inciso III).

A tecnologia assistiva é um termo usado para identificar todos os produtos, recursos e serviços que contribuem para proporcionar ou ampliar as habilidades funcionais de pessoas com deficiência com a finalidade de promover a sua inclusão social.

Como existem pessoas impedidas de se locomover, que possuem membros amputados, com problemas de audição, de visão etc. elas poderão ter uma melhor qualidade de vida com a utilização de tecnologias assistivas.

Nas palavras de Mara Gabrilli (2008, p. 76):

com essas tecnologias, as deficiências das pessoas desaparecem. Essas tecnologias podem ser próteses ou órteses (equipamentos que substituem parte do corpo humano podendo ser implantadas ou não), aparelhos auditivos, sistemas de comunicação alternativos (principalmente usados por pessoas com paralisia cerebral), telefones para

⁵ Acessibilidade eletrônica para cidadãos com necessidades especiais. A Fome de Livros, um termo cunhado por *George Kersher* do consórcio DAISY expressa-se no facto de que no mundo desenvolvido, todos os anos, do total de livros publicados apenas 7% são adaptados para um formato acessível para pessoas com incapacidade para ler ou manusear material impresso. Na Europa, nos Estados Unidos, no mundo desenvolvido, as pessoas com incapacidade para ler ou manusear material impresso têm a sorte de ter acesso a 7% dos livros publicados nos seus países de origem. Até à pouco tempo atrás este número era apenas de 5%. No mundo em vias de desenvolvimento, esta percentagem é bastante mais próxima do 1%.

surdos, softwares de voz para pessoas com deficiência visual e equipamentos tecnológicos em geral (pedalar uma bicicleta adaptada e andar por eletroestimulação, por exemplo). Esses são alguns casos de tecnologia que faz com que as pessoas com deficiências se integrem com mais facilidade.

Muito interessante é a criação em São Paulo de um Centro de Tecnologia Adaptada. Ainda segundo Gabrilli, a Prefeitura de São Paulo, por meio da Secretaria Especial da Pessoa com Deficiência e Mobilidade reduzida, criada em 2005 e comandada por ela até 2007, desenvolveu diversos projetos para promover a integração social das pessoas com deficiência, disponibilizando equipamentos com tecnologias que garantam sua autonomia. A ideia é que esse Centro seja expandido para todo o País.

O acesso a diversos recursos tecnológicos contribui para a remoção das barreiras existentes para as pessoas com limitações. É indispensável, também, estimular a pesquisa na inovação de tecnologias e sua consequente implementação, com o objetivo de possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem a sua independência e possam participar dos meios mais usuais utilizados pelas outras pessoas da sociedade, a fim de que haja a equiparação de oportunidades e uma vida com dignidade.

No capítulo sexto do Estatuto, encontra-se o sagrado direito ao trabalho, sendo este garantido tanto nas pessoas jurídicas de direito público quanto de direito privado. O trabalho dignifica o homem, e isso inclui a pessoa com deficiência.

As cotas reservadas às pessoas com deficiência, previstas no art. 37, VIII, da Constituição Federal já é um grande instrumento de inclusão social e de efetivação da igualdade material. Antes, porém, cumpre mencionar que a vaga reservada não pode ser enxergada como um “prêmio”, uma vez que a pessoa com deficiência só a obterá depois de demonstrado o preenchimento de requisitos mínimos. É sim uma forma de distribuir oportunidades e de reconhecer que as pessoas com deficiência são capazes de exercer funções ao lado das pessoas sem deficiência.

Quando se fala em “cargos ou empregos públicos”, isso inclui o Poder Judiciário e os cargos de juízes. Também engloba o ingresso em outras instituições, como nos cargos de promotores de justiça, defensores públicos, procuradores e policiais. Mas lamentavelmente ainda ocorre muito preconceito em algumas dessas instituições. Muitos candidatos concorrem na vaga reservada e outros não, por se considerarem capazes de disputar na concorrência geral.

Todavia, muitos acabam eliminados nas fases de aptidão física, de psicotécnico ou na fase oral. Quando surge uma dúvida se a pessoa possui alguma deficiência ela já é eliminada sem ter a chance de provar que não a possui. E caso detenha alguma limitação de forma incontroversa, menos chances ela apresenta. É surpreendente como os diagnósticos são feitos na maioria das vezes em um único dia para doenças que levam meses para serem confirmadas por um profissional especializado. Desprezam-se considerações de ordem pessoal, tais como nervoso, ansiedade ou surpresa. Nos casos de limitações físicas, muitos são eliminados por não serem capazes de realizar todas as provas de aptidão física. Isso demonstra como o preconceito é grave e como não se deposita a mínima confiança de que essas pessoas podem ser plenamente capazes para o exercício do cargo e, em muitos casos, até de forma mais eficiente que algumas pessoas sem deficiência.

Em caso de dúvida, a inclusão deve ser prestigiada. Para aferir o desempenho ou a capacitação do candidato, deve-se permitir seu ingresso no serviço público e acompanhá-lo no estágio probatório. Se tiver desempenho satisfatório, é caso de permanência no cargo; do contrário, deverá ser dispensado, por falta de habilitação necessária. A função do estágio probatório é exatamente verificar como se desempenha o funcionário no período. Portanto, só pode ser aferida a

situação a partir da prática. Barrar o candidato em caso de incerteza é decidir contrariamente ao princípio da inclusão (ARAÚJO e RAGAZZI, 2007, p. 45).

Assim, qualquer cargo ou emprego público deve ser inclusivo, e não apenas os subalternos, em razão do princípio da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

O direito ao trabalho também deve ser assegurado na iniciativa privada. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são princípios fundamentais que não podem ser afastados da ideia de inclusão social. As empresas precisam proporcionar acessibilidade aos seus empregados que tenham adquirido uma deficiência de curto ou longo prazo, como também devem admitir em seu quadro de pessoal o ingresso de pessoas com deficiência. Uma empresa inclusiva é aquela que acredita na diversidade humana.

A política de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho iniciou-se com o sistema de cotas compulsório. Em um primeiro momento, isso se mostrou necessário e apresentou resultados positivos. Todavia, atualmente é imprescindível a adoção de políticas mais abrangentes. Conforme o artigo 93 da Lei Previdenciária (Lei 8213/91), a empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% até 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas.

O Ministério Público do Trabalho desempenha papel eficaz no cumprimento da política de cotas através da realização de termos de ajustamento de conduta com empresas que não estão cumprindo a lei. Havendo descumprimento do compromisso, tem-se a execução da multa prevista.

Fora a política compulsória de cotas, o Poder Público necessita observar o art. 27, item 1, alínea *h* da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência, que estabelece que os Estados-partes devem “promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas”. Logo, a concessão de incentivos fiscais, bem como de selos de responsabilidade social constituem excelentes formas de mudar a consciência dos administradores das empresas privadas para que elas sejam mais inclusivas. A imagem empresarial positiva pode estimular contratações acima da porcentagem de cotas obrigatórias por lei.

É preciso educação social no sentido de que a empresa tenha interesse em realizar um trabalho de responsabilidade social que seja transformador e viabilize a inclusão das pessoas com deficiência. A política de contratação não deve ser simbólica a fim de preencher as vagas com algumas pessoas com deficiência, mas sim deve ser centrada na competência profissional da pessoa com deficiência e na sua capacidade de ocupar o seu espaço no mercado de trabalho.

Com previsão no capítulo III, a pessoa com deficiência tem direito ao adequado tratamento da saúde. É assegurada atenção integral à saúde dessas pessoas em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário (art. 18). Nos dispositivos subsequentes, percebe-se que a pessoa com deficiência tem direito a participar das políticas públicas de saúde a ela destinadas, que possui direito a habilitação e reabilitação, garantida a capacitação inicial e continuada, assim como acesso a medicamentos, e se a deficiência for física, tem direito a próteses e órteses. Analisando todos os dispositivos mencionados, constata-se que a pessoa com deficiência tem direito a todos os recursos disponíveis e também àqueles relacionados às especificidades de sua deficiência, em conformidade com o princípio da integralidade.

Ainda que tenhamos adotado um modelo social de inclusão, a pessoa com deficiência tem direito a tratamentos que auxiliem na diminuição da sua limitação. O modelo social convive com este raciocínio; a diferença em relação ao modelo médico é que o modelo social vai além, prega

que as pessoas com deficiência possam conviver integralmente em sociedade com a eliminação de todas as barreiras, pois conforme já foi dito, nem sempre a reabilitação é possível. A sociedade também se adequa a ela, e não apenas ela é que terá que se reabilitar ao padrão imposto anteriormente pela sociedade. Mas esse paradigma não afasta o direito de a pessoa tentar eliminar suas limitações. Constitui dever do Estado oferecer atendimento multidisciplinar na área de prevenção e reabilitação de deficiências, por meio de uma rede de médicos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos e assistentes sociais. Esses profissionais devem definir a melhor forma de atendimento.

Assim, todos os tratamentos e medicamentos devem ser inseridos nas políticas do Sistema Único de Saúde em razão da integralidade e devem ser universais a todos que necessitem. O SUS já oferece gratuitamente equipamentos sensoriais e de locomoção às pessoas com deficiência. Mas o tratamento e as tecnologias adequados devem estar sempre atualizados nas Portarias e efetivamente disponibilizados. Em caso de inércia, resta a judicialização. O SUS desempenha essas funções com o objetivo de promover a inclusão social e melhorar a qualidade de vida dessas pessoas.

CONCLUSÃO

A inclusão de pessoas com deficiência vem sendo introduzida no Brasil há pouco tempo. Nossa história é marcada pela exclusão, num período que se considerava a pessoa com deficiência como inválida e inútil para a sociedade, e segregação, com o desenvolvimento de políticas públicas de assistencialismo, piedade e discriminação, tudo construído culturalmente.

A posterior fase da integração social foi uma grande conquista para a época, já que se iniciou um processo de contato e interação entre as pessoas com deficiência e a totalidade da sociedade, opondo-se à exclusão e à segregação. Mas nessa etapa, por prevalecer o modelo médico de deficiência, as pessoas com limitações deveriam passar por tratamentos médico, psicológico, funcional e, também, por processos de reabilitação de acordo com as suas limitações: física, social, educacional etc. Esses serviços serviam para que os indivíduos com deficiência desenvolvessem e aprimorassem as suas capacidades e habilidades, de modo a que pudessem, após a reabilitação, ser integrados à sociedade. Em outras palavras, a sociedade, estática, unicamente aguardava o esforço de adaptação da pessoa, dinâmica.

Já a atual teoria da inclusão social se propõe a realizar uma mudança cultural. Não se nega a utilização de reabilitação e mecanismos que auxiliem o sujeito na superação das limitações, mas se vai além, pois a inclusão social significa tornar essas pessoas participantes da vida social, econômica e política, aceitando as suas limitações sem forçá-las a se adequarem à sociedade. A inclusão social é o conjunto de meios e ações que visam combater a exclusão das pessoas com deficiência dos benefícios da vida em sociedade. Significa oferecer as mesmas oportunidades de acesso a bens e serviços para essas pessoas que sofreram discriminação ao longo dos anos. Para isso, é preciso romper com o descaso do Poder Público e de diversos setores da sociedade. A sociedade deve ter a responsabilidade de eliminar todos os problemas estruturais que venham a impedir a concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, visto que tais indivíduos são sujeitos de direitos e merecem igualdade de condições em relação aos demais membros da sociedade em todos os aspectos da vida, com a mesma possibilidade de exercício da sua cidadania.

É importante conhecermos todos os conceitos inclusivos que abrangem valores que devem ser inculcados, difundidos, introduzindo novas práticas culturais para que possamos viver em uma sociedade realmente igualitária. Em relação ao direito à educação inclusiva, a classe e os professores devem receber a pessoa com deficiência, adaptando a metodologia para que ela

possa aprender. É necessário que as escolas contratem profissionais especializados, para que se ofereçam condições, às pessoas com deficiência, possibilitando que as dificuldades existenciais venham a ser superadas. Com isso todos ganham, na medida em que a educação é a força motriz do processo de mudança cultural e, nesse caso, alunos sem deficiência também seriam beneficiados, pois aprenderiam, com maior propriedade, a lidar com a diversidade humana.

Os direitos de locomoção e acessibilidade são aqueles que devem ser imediatamente concretizados porque os exercícios dos demais deles dependem. Se não existir um desenho universal, com uma logística que garanta a chegada das pessoas com deficiência a todos os lugares, não há efetivamente direito à educação, ao trabalho, ao lazer, à liberdade de culto, às atividades esportivas etc. Assim, todos os obstáculos existentes no trajeto da pessoa com deficiência que impeçam o seu deslocamento em razão de sua condição existencial devem ser eliminados. Deve haver todo tipo de transporte público adaptado, calçadas acessíveis e edifícios também acessíveis. É preciso mudança nas políticas públicas, fiscalização no cumprimento de leis que imponham a obrigação de fazer e ações extrajudiciais ou até judiciais para a conquista da plena acessibilidade e mobilidade sociais.

No aspecto do direito ao trabalho, tanto o serviço público quanto a iniciativa privada devem conceder igualdade de oportunidades. Já existe a política de cotas no ambiente laboral como um todo, mas as regras estabelecidas precisam ser fiscalizadas e exigidas, pois não são raras às vezes em que editais relativos a concursos são impugnados pela falta de previsão da reserva de vagas e que empresas privadas deixam de obedecer à lei de cotas.

Seria adequado, no âmbito do serviço público, que as bancas examinadoras fossem inclusivas, dando chance de participação às pessoas com deficiência. Deve-se registrar que a existência de deficiência, na maioria das vezes, não interfere na aptidão individual para o cargo, e que o estágio probatório parece o instituto temporário pertinente para aferir a compatibilidade entre a condição existencial e as exigências laborais.

Quanto ao âmbito privado, entende-se que a política do Estado deve ir além da repressão, que prevê, por exemplo, a aplicação de multas a empregadores que não cumprem as cotas, devendo, sobretudo, gerar estímulos àqueles que voluntariamente assumam a devida responsabilidade social. Essa atuação positiva pode se dar por intermédio de incentivos fiscais e selos que premiem a empresa com uma imagem de empresa cidadã. Prêmios podem ter mais efetividade do que a coerção.

Consideramos que nesses novos tempos a política de inclusão precisa ser ampliada e, desse modo, faz-se coerente o incentivo ao desenvolvimento da tecnologia assistiva, que estimula e intensifica a inclusão. Frise-se que o acesso aos recursos tecnológicos, de forma indubitável, contribui para a remoção das barreiras existentes, já que possibilitam que as pessoas com deficiência conquistem a sua autonomia e independência, tendo maior controle nos vários ambientes físicos e sociais que pretendam frequentar para atingir seus objetivos de vida.

Por fim, a saúde das pessoas com deficiência deve ser garantida pelo SUS já que este é um programa universal. As pessoas com deficiência têm direito aos tratamentos e remédios, como toda pessoa, e também a tratamentos e recursos tecnológicos específicos para a sua limitação. Para tanto, a atualização das Portarias precisa ser perene, visando o adequado atendimento às condições existenciais próprias destes sujeitos, garantindo-lhes uma vida digna e igualitária.

Todos nós somos responsáveis por um trabalho que efetive a inclusão social das pessoas com deficiência, ajudando-as a resgatar a sua autoconfiança e a vontade de vencer, permitindo e estimulando que elas participem de todas as políticas públicas a elas dirigidas, e que possam

Da integração à inclusão social: o Estatuto das Pessoas com Deficiência e a concretização da inclusão pelos direitos assegurados

exercer todos os seus direitos fundamentais sem barreiras intransponíveis e em igualdade de condições em relação a todos os outros membros da sociedade.

REFERÊNCIAS

ACESSIBILIDADE ELETRÔNICA PARA CIDADÃOS COM NECESSIDADES ESPECIAIS. Disponível em: <<http://www.acessibilidade.gov.pt/arquivo/361>> Acesso em: 24 nov. 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; RAGAZZI, José Luiz. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. **Revista do Advogado**, ano XXVII, n. 95, dez. 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Deficiente na perspectiva da Antropologia Filosófica. **Revista do Advogado**, ano XXVII, n. 95, dez.2007.

FIGUEIRA, Emílio. **Caminhando em silêncio**: Uma introdução à trajetória as pessoas com deficiência na história do Brasil. 2. ed., São Paulo: Giz Editorial, 2008.

FIQUEM SABENDO. **São Paulo não cumpre lei que prevê 100% dos ônibus adaptados para deficientes**. Disponível em <<http://www.fiquemsabendo.com.br/2016/06/2-110-onibus-municipais-nao-sao-adaptados-para-deficientes-em-sp/>> Acesso em: 24 nov. 2016.

GABRILLI, Mara. **Mobilidade Pessoal**. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada / Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital / Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <<https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20so-bre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>> Acesso em: 19 nov. 2016.

GARCIA, Vinicius Gaspar. **As pessoas com deficiência na história do Brasil**. 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-brasil>> Acesso em: 18 nov. 2016.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php> Acesso em 9 nov. 2016.

LOPES, Gustavo Casimiro. O preconceito contra o deficiente ao longo da história. **EFDeportes.com**, Revista Digital, Buenos Aires, ano 17, n. 176, Janeiro. 2013. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd176/o-deficiente-ao-longo-da-historia.htm>> Acesso em: 9 nov. 2016.

MAIOR, Izabel. **Breve trajetória histórica do movimento das pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://violenciaedeficiencia.sedpcd.sp.gov.br/pdf/textosApoio/Texto2.pdf>> Acesso em: 19 nov. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Wederson R. dos. Pessoas com deficiência: nossa maior minoria. **Physis**: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312008000300008>> Acesso em 19 nov. 2016.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 7.ed. Rio de Janeiro: WVA, 2006.

_____. **Nada sobre nós sem nós**: Da integração à inclusão, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/nada-sobre-nos>> Acesso em 24 nov. 2016.

SILVA, Otto Marques da. **A epopéia ignorada** – A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS – Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1987.

WERNECK, Cláudia. Modelo médico x Modelo social da deficiência. In: MANUAL DA MÍDIA LEGAL 3: comunicadores pela saúde / Escola de Gente – Rio de Janeiro: WVA Editora, 2004.

_____. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. 2 ed., Rio de Janeiro: WVA, 2000.

LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO E POLÍTICAS ANTITRUSTE

Leandro Martins Zanitelli

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

leandrozanitelli@gmail.com.

RESUMO: O artigo versa sobre as implicações do republicanismo de Philip Pettit para o mercado. Mais precisamente, testa-se a coerência da sugestão de que o ideal da liberdade como não dominação é compatível com o mercado, mas requer medidas de combate a monopólios. Apesar da originalidade da abordagem republicana para o tema do mercado (em sintonia com concepções relacionais de justiça), argumenta-se que as suas implicações para as políticas antitruste são duvidosas. Primeiro, não está claro que os monopólios sejam um caso de dominação. Segundo, mesmo que o sejam, há razões para duvidar que o republicanismo requeira políticas antitruste indiscriminadamente agressivas.

PALAVRAS-CHAVE: Republicanismo; Neorepublicanismo; Liberdade como Não Dominação; Mercado; Monopólios; Antitruste; Pettit

Freedom as non-domination and antitrust policies

ABSTRACT: *The paper deals with the consequences of Philip Pettit's republicanism for the market. More particularly, it assesses the coherence of affirming that the ideal of freedom as non-domination, although compatible with the market, requires strong measures against monopolies. In spite of its originality, it is argued that the implications of the republican approach for antitrust policy are uncertain. First, it is not clear that monopolies give place to domination. Second, even if monopolies are dominating forces, there are reasons to challenge the view that republicanism would require indiscriminate and aggressive fighting against them.*

KEYWORDS: *Republicanism; Neo-Republicanism; Freedom as Non-Domination; Market; Monopolies; Antitrust; Pettit.*

INTRODUÇÃO¹

Nos últimos anos, autores como Philip Pettit (1997; 2012; 2014) e Quentin Skinner (1978; 1988) têm procurado reavivar o pensamento político republicano. Central para os novos republicanos² é o conceito de liberdade como não dominação, que difere tanto da liberdade (liberal) como não interferência quanto do que Benjamin Constant (1819) chamou de “liberdade dos antigos”, a liberdade de participação política.

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 02 e 09 maio 2017.

¹ Este artigo é resultado de projeto de pesquisa apoiado pela FAPEMIG (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais).

² Como ficará claro, o artigo fará referência à versão contemporânea do republicanismo, em especial às obras de Philip Pettit. Designar-se-ão os autores contemporâneos simplesmente como “republicanos”, ao invés de “neorepublicanos”, como também é comum. Entre os republicanos clássicos estão, entre outros, Cícero, Maquiavel, Rousseau e Adam Smith.

Uma curiosidade despertada pelo ideal republicano de liberdade é sobre as suas implicações de política: o que deve ser feito para que a dominação seja, se não abolida, ao menos mitigada? Indaga-se, por exemplo, sobre as implicações do republicanismo para as atuais sociedades capitalistas de mercado caracterizadas pelas grandes corporações.

Este artigo recolhe algumas contribuições de autores simpáticos ao republicanismo sobre os temas da dominação e do mercado. Mais precisamente, testa-se a seguir a coerência de pontos-de-vista republicanos acerca dos monopólios. Para os fins da análise, considera-se como poder monopolista o poder de estipular preços acima dos competitivos. Esse poder se verifica de modo permanente, quando há um único fornecedor, ou uma colusão estável entre fornecedores, ou circunstancial, como, por exemplo, no caso do naufrago que só conta com um navio para socorrê-lo. Têm-se em vista aqui, portanto, tanto os monopólios ditos estruturais (isto é, permanentes) quanto os situacionais (ou circunstanciais).

Monopólios costumam ser tratados pelos republicanos com suspeita. Como os monopólios parecem constituir casos de dominação, um eventual endosso aos mercados teria de vir acompanhado de políticas antitruste robustas, possivelmente mais robustas, inclusive, do que as ditadas pela eficiência. O presente artigo avalia se a oposição aos monopólios é, de fato, coerente com o ideal de liberdade como não dominação. As seções seguintes a esta introdução são, então, organizadas da seguinte maneira. Na segunda seção, apresenta-se mais detalhadamente o conceito de liberdade como não dominação, tendo-se como referência a obra de Philip Pettit. A terceira seção recolhe pontos-de-vista republicanos quanto à justificação e aos limites a que o mercado deve se sujeitar. A quarta seção traz à baila um problema para a caracterização do poder monopolista como poder de interferência arbitrário, o *problema da referência*. A quinta seção faz ressalvas à suposição de que o republicanismo requer políticas antitruste agressivas, ainda que monopólios sejam tidos como casos de dominação. A sexta seção mostra que o conceito de liberdades básicas como não dominação, um conceito encontrado em trabalhos mais recentes de Pettit, também leva a uma relação mais nuançada entre o republicanismo e o poder monopolista. A seção final resume as conclusões do artigo.

Com a análise acerca dos monopólios, o artigo pretende contribuir para uma visão mais clara sobre a relação entre republicanismo e mercado. Quando comparado a concepções de justiça preocupadas apenas com resultados distributivos (seja a distribuição em questão a da riqueza, do bem-estar ou até mesmo de liberdades, o republicanismo promete uma abordagem inovadora, pois sugere uma análise voltada para as relações que se travam no mercado, em particular para as relações de dominação, ao invés de limitada aos seus resultados. Ao fazê-lo, o republicanismo mostra afinidade com teorias que preferem conceber a justiça e a igualdade em termos relacionais.³ É interessante verificar, pois, o que o republicanismo é capaz de dizer de novo sobre a relação entre mercado, justiça e igualdade. Este artigo é um passo em tal sentido.

1 LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO

Segundo Pettit, a liberdade deve ser entendida como não dominação. Desfrutar de liberdade em uma escolha (no sentido de não dominação) é não estar sujeito a um poder arbitrário de interferência de uma outra pessoa.

Começemos com o conceito de interferência (PETTIT, 1997, p. 52-53). Uma interferência de A sobre B é um ato intencional ou quase intencional de A que piora a situação de B em relação a uma escolha qualquer. Em uma escolha, importam as opções, o seu resultado esperado

³ Sobre a ideia de igualdade relacional ou social, ver, por exemplo, Anderson (1999) e Scheffler (2003).

e o resultado atual da opção escolhida. Atos de interferência são atos que pioram a situação de B em relação a alguma dessas variáveis. Um ato de interferência pode suprimir uma opção ou piorar seu resultado esperado, como nos casos, respectivamente, em que A impede que B escolha *X* ou ameaça com uma retaliação caso *X* seja escolhido. Atos de interferência podem, por fim, ser também manipulativos, como no caso em que A faz com que B tenha uma percepção errônea sobre as opções de que dispõe.

A liberdade como não dominação é liberdade contra interferências, mas apenas interferências arbitrárias. A interferência de A sobre B somente é arbitrária caso A não seja forçado a levar em consideração os interesses de B – interesses que o próprio B reconheça como tais (PETTIT, 1997, p. 55). Há diferentes fatores capazes de forçar A, em menor ou maior medida, a ter em vista os interesses de B, reduzindo a arbitrariedade da interferência de A sobre B: por exemplo, A pode estar juridicamente obrigado a seguir os interesses de B, ou ter a sua reputação abalada caso não o faça.

Por fim, uma distinção crucial entre os conceitos de liberdade como não dominação e o que Pettit chama de liberdade como não interferência é que aquela não se contenta com a mera ausência de interferência (PETTIT, 1997, p. 63). Para que B seja livre, no sentido de não dominação, não basta que A não interfira arbitrariamente consigo: é preciso também que A não *possa* interferir. Pode-se sofrer dominação, portanto, sem interferência, como no caso da esposa em cujas escolhas o marido benevolente não interfere, embora, segundo a lei e os costumes locais, estivesse apto a fazê-lo.

Dois pontos são ainda particularmente importantes quanto à relação entre o ideal republicano de liberdade como não dominação e o mercado. Primeiro, o conceito de liberdade como não dominação implica que nem toda atuação estatal antimercado constitui um cerceamento de liberdade. Medidas de regulação de preços e outros atos de interferência estatal só atentam contra a liberdade caso sejam atos de interferência arbitrária.⁴ Ao contrário de um liberalismo de *laissez-faire*, portanto, o republicanismo não trata a atividade estatal disciplinadora do mercado como necessariamente inimiga da liberdade.

Segundo, a liberdade como não dominação é liberdade contra a dominação de agentes públicos e privados.⁵ Embora o Estado seja um motivo de preocupação, devido ao perigo de o poder estatal se tornar dominador, esse não é o único motivo de preocupação para os republicanos, já que a dominação também pode ser exercida por agentes não estatais. A posição do Estado em relação à dominação é, em consequência, ambivalente. De um lado, o Estado ameaça com dominação, caso suas decisões não sejam controladas de maneira a evitar que a interferência estatal seja arbitrária. De outro, a atuação estatal é um meio de prevenir a dominação exercida por agentes privados.

2 REPUBLICANISMO E MERCADO

Esta seção procurará fazer uma apertada síntese de pontos-de-vista republicanos sobre o mercado. Esses pontos-de-vista se referem basicamente a duas questões: qual ou quais são as razões para que haja mercados e quais são as condições para que os mercados sejam admitidos.

⁴ Ver Pettit (1997, p. 41): “*The well-ordered law does not deprive subjects of their freedom, interfering with those subjects but not dominating them.*”

⁵ Pettit (1997, p. 13) designa a dominação exercida pelo Estado e por agentes privados como *imperium* e *dominium*, respectivamente.

Uma razão para que haja mercados é instrumental. Mercados são desejáveis pela sua capacidade de alocar bens eficientemente. Um Estado republicano, diz Pettit (1997, p. 163), preocupa-se com a prosperidade econômica não apenas porque ela previne a dominação, mas também pelas escolhas que essa prosperidade propicia ou facilita. O valor instrumental do mercado também é admitido, em linhas gerais, por Dagger (2006, p. 157).

Pettit (2006, p. 139) se esforça, ainda, por demonstrar que não há uma incompatibilidade de princípio entre o republicanismo e o mercado. Primeiro, ele afirma que a desigualdade de riqueza não é, em si mesma, um problema para os republicanos (embora possa se tornar um, caso a desigualdade seja grande o bastante para engendrar dominação). Essa afirmação é importante se reputarmos a desigualdade como uma inevitável consequência do mercado. Dada essa premissa, o republicanismo, se não pudesse compactuar com a desigualdade, teria que rejeitar o mercado. Pettit explica, porém, que não ofende o ideal republicano de liberdade como não dominação o fato de alguns desfrutarem de certas escolhas e outros não, contanto que as escolhas que cada um pode fazer não estejam sujeitas à interferência arbitrária de ninguém. Em si mesma, a desigualdade de propriedade é análoga, portanto, a características naturais que também determinam diferentemente o que cada um de nós pode fazer. Tal como estas características, diz Pettit (2006, p. 139), a desigualdade condiciona a liberdade (isto é, limita as escolhas que podem ser feitas), mas não a contraria.

Segundo, quanto ao mercado em si, o argumento de Pettit (2006, p. 142-144) se baseia na diferença entre ofertas e ameaças. Em geral, diz ele, operações de mercado ocorrem como resultado de ofertas, e não ameaças. A distinção é importante porque, enquanto ameaças limitam a escolha, sujeitando uma das opções a um certo ônus, ofertas, em contraste, adicionam às opções preexistentes uma nova, ampliando a escolha. Assim, como aquele a quem uma mera oferta é endereçada não sofre interferência, não há dominação que seja inerente ao mercado.

Taylor (2013) vai além de negar a oposição entre republicanismo e mercado. Para ele, a atitude que republicanos devem ter em relação ao mercado é, mais do que meramente aquiescente, celebratória, porque o mercado está entre as instituições essenciais para a proteção dos cidadãos contra interferências arbitrárias (TAYLOR, 2013, p. 594). Taylor se refere a um mercado no qual a concorrência previne certos abusos, entre eles a dominação. Consideremos, primeiro, o caso em que um empregador seja um monopsonista. Como tal, o empregador em questão está à vontade para explorar os trabalhadores, pagando-lhes menos do que o produto marginal do trabalho que realizam. O monopsonio também permite que o empregador discrimine os trabalhadores pagando a cada um de acordo com seu salário de reserva (o mínimo pelo qual cada um está disposto a trabalhar), desde que, é claro, possua informação para tanto. O empregador dispõe ainda, por fim, de um poder discricionário sobre os trabalhadores, cujo exercício pode dar lugar a várias espécies de abuso, até mesmo sexual (TAYLOR, 2013, p. 595-596). Em contraste, empregadores submetidos a concorrência são forçados a pagar o equivalente ao produto marginal do trabalho e não têm poder algum sobre salários e modo de tratar os trabalhadores, os quais, em caso de mau tratamento, podem ir trabalhar em outro lugar (TAYLOR, 2013, p. 596).

Poder-se-ia objetar que um mercado concorrencial não é a única alternativa ao poder monopolista e à dominação que ele traz consigo. Taylor, porém, descarta o planejamento central por sua “brutal inadequação” (*gross inadequacy*) e acrescenta que um mercado competitivo não apenas previne interferências arbitrárias, mas também atende aos interesses de todos graças à sua eficiência produtiva e alocativa (TAYLOR, 2013, p. 597).

O fato de não haver incompatibilidade entre o republicanismo e o mercado e até mesmo – se Taylor estiver certo – de o mercado ser necessário à liberdade como não dominação não

quer dizer, por óbvio, que o mercado seja tolerado (ou celebrado) pelos republicanos sob quaisquer condições. Segundo Dagger (2006, p. 158), o republicanismo deve considerar os riscos que o mercado oferece contra a igualdade política, a liberdade como autogoverno, a política deliberativa e a virtude cidadã. Em relação à igualdade política, para começar, o problema é que a desigualdade de riqueza que o mercado engendra se traduz em desigualdade de influência política (DAGGER, 2006, p. 158).

Em relação à liberdade como autogoverno, Dagger (2006, p. 158-159) chama a atenção para três problemas. Primeiro, há o fato de a desigualdade de riqueza ser também uma desigualdade de liberdade (ou do que Rawls chamaria de “valor da liberdade”). Segundo, há as falhas de mercado, que um republicano pode ver como óbice a que o mercado seja um meio de autorrealização. Em terceiro vem o que Dagger chama de “vulnerabilidade de mercado”. Aqui não se trata apenas do fato de o mercado não colaborar para o autogoverno daqueles que nada têm a oferecer (isto é, os pobres, sem aptidões inatas e com baixa escolaridade): há também o problema de pessoas que necessitam de algo serem condenadas a relações de dependência, como a que tem lugar entre monopolista e consumidores. Outro exemplo são as relações de trabalho: para evitar que trabalhadores se sujeitem aos desmandos de empregadores, Pettit (2012, p. 115) defende restrições ao direito de despedida.⁶

Em relação à política deliberativa e à virtude cidadã, o receio é que o mercado “contamine” a política, fazendo com que o debate sobre o bem comum seja substituído pela barganha. O “cidadão-consumidor”, que atua para a maximização da própria utilidade, é, segundo Dagger (2006, p. 159), “*a corruption of what a citizen should be.*”⁷

As seções seguintes se concentrarão sobre o problema dos monopólios. Como visto acima, a defesa republicana do mercado é geralmente acompanhada por uma rejeição aos monopólios e à dominação que eles ensejam. Essa rejeição é patente nas considerações de Dagger (2006, p. 158-159) sobre a relação entre mercado e autogoverno e mais ainda na apologia de Taylor (2013) ao mercado competitivo como instituição antipoder.⁸ A seção subsequente versará sobre um problema para a caracterização dos monopólios como uma violação à liberdade como não dominação, o problema da referência. A seguir, na seção 4, veremos alguns problemas relacionados às implicações de política de um ideal republicano de liberdade como não dominação entendido como liberdade contra os monopólios.

3 O PROBLEMA DA REFERÊNCIA

Monopólios ensejam dominação? Monopolistas podem estipular preços supracompetitivos, isto é, superiores aos que seriam praticados sob perfeita concorrência. Chamemos de P o preço competitivo e de P_m o preço monopolista. Se o monopolista atuar de maneira a maximizar o lucro, a diferença x (a renda monopolista) entre P e P_m (a renda monopolista) é uma função

⁶ Restrições ao direito de despedida vão, contudo, na contramão da políticas defendidas por Taylor (2013), que se propõem a acirrar a concorrência tanto entre empregadores como entre empregados. Em uma nota, Pettit (2014, p. 218, nota 44) explica que sua divergência com Taylor é apenas aparente. Para Pettit, limites ao direito de despedida são adequados para circunstâncias não ideais de mercados imperfeitamente competitivos. Em circunstâncias mais ideais (por exemplo, em que a demanda por trabalho não enfrente barreiras à entrada), as políticas em favor da concorrência prescritas por Taylor seriam preferíveis.

⁷ Sandel (2012) também se refere a um efeito corruptor do mercado. A sua oposição, contudo, não é ao mercado em geral, mas à sujeição ao mercado de certos bens – com bebês, órgãos humanos e serviços comunitários – que põe em risco certas normas e atitudes.

⁸ Pettit não faz mais do que aludir ao problema dos monopólios (por exemplo, Pettit (2012, p. 111). Como comentado em nota anterior (nota 7), ele concorda com a defesa que Taylor faz de um mercado competitivo, muito embora a considere adequada apenas para circunstâncias mais ideais (PETTIT, 2014, p. 218, n.44).

inversa da elasticidade da demanda: quanto mais elástica a demanda, menor será x . Para caracterizar a relação entre monopolista e consumidores como relação de dominação, contudo, é irrelevante que o monopolista maximize, de fato, seu lucro aumentando o preço em conformidade com a demanda. Importante é que possa fazê-lo sem ter de levar em consideração o interesse dos consumidores. Tal como o marido em uma sociedade patriarcal, o monopolista benévolo, que se abstém de aumentar o preço em atenção ao interesse dos consumidores (e não ao seu próprio), é tão dominador quanto o que tira máximo proveito da sua posição.

Uma dificuldade com a caracterização do monopolista como dominador é a seguinte. Monopolistas somente podem ser tratados como dominadores se a estipulação de P_m for uma interferência, e, para tanto, é uma condição necessária que P_m piore a situação dos consumidores (PETTIT, 1997, p. 52). Esse será o caso, poderíamos dizer, sempre que P_m seja maior do que P , porque um preço maior aumenta o custo do ato de compra, ainda que não o impeça. É de indagar, contudo, por que devemos nos referir a um estado de coisas em que P é praticado a fim de avaliar se P_m é uma interferência. Considere o caso de consumidores aos quais um produto Z nunca foi oferecido.⁹ Um dia, um empresário começa a vender Z a esses consumidores ao preço monopolista P_m . Não seria mais natural dizer que o empresário aumenta as escolhas dos consumidores (que agora podem comprar Z ao preço P_m) ao invés de ter como referência um estado de coisas (de concorrência perfeita) que, no caso, nunca existiu?

Esse problema será doravante designado como *problema da referência*. Pettit não diz muito a esse respeito. Ele afirma que o contexto é importante para avaliar se um determinado ato piora a situação de escolha de alguém (PETTIT, 1997, p. 53). Afirma também que omissões podem ser, em certos contextos, atos de interferência, como no exemplo de um farmacêutico que se recuse a vender um medicamento de que alguém precisa com urgência, ou se recuse a vendê-lo por um preço justo (PETTIT, 1997, p. 53-54). Sobre esse caso, Pettit (1997, p. 54) acrescenta que o farmacêutico “*interferes in the patient's choice to the extent of worsening what by the received benchmark are the expected payoffs for the options they face*”. Em outras palavras, reputa-se como estado de coisas de referência um no qual o paciente tem a opção de comprar o medicamento por um preço justo. A recusa em vender por um preço justo piora a situação de escolha do paciente porque aumenta o custo de uma das opções.¹⁰

Não há nenhuma justificativa, todavia, para que o estado de coisas de referência inclua a opção de comprar o que quer que seja a um preço competitivo (ou justo), inclusive bens que nunca foram vendidos a um preço assim (tal como seria o caso de um medicamento cuja fórmula só é conhecida pelo farmacêutico) ou que jamais puderam, de fato, ser comprados pelas pessoas às quais essa opção é atribuída (como no caso de bens oferecidos pela primeira vez). No entanto, é essa a premissa da qual teríamos que partir para tratar toda a recusa a vender por um preço competitivo como um ato de interferência.¹¹

⁹ Pettit não o diz, mas é de supor que o farmacêutico seja o único capaz de prover o medicamento com a rapidez desejada. O farmacêutico está, portanto, em posição de monopólio, senão estrutural, situacional.

¹⁰ O exemplo do farmacêutico dá a entender que a distinção feita por Pettit entre oferta e ameaça é apenas parte da história. Como visto anteriormente, Pettit (2006, p. 144) afirma que o ideal republicano de liberdade trata ofertas e ameaças diferentemente, porque somente as segundas privam o agente de certo controle sobre seus atos. O exemplo do farmacêutico, contudo, sugere algo mais nuançado, porque nele a oferta de venda do medicamento por um preço exorbitante é considerada uma interferência. A julgar pelo que diz Pettit sobre esse caso, portanto, ofertas podem se equiparar a ameaças.

¹¹ E por que não poderíamos ter como referência a opção de receber o medicamento gratuitamente? Em tal hipótese, o farmacêutico pioraria a situação de escolha do paciente com a mera recusa a doar o medicamento (e mesmo, portanto, que estivesse disposto a vendê-lo a um preço justo). Em resposta, Pettit (1997, p. 22) poderia dizer que, em tal caso, a interferência, mesmo que caracterizada, não seria arbitrária, porque não se trata de uma escolha que o farmacêutico pode fazer impunemente, uma vez que fica sujeito a falência caso doe o medicamento ao invés de vendê-lo. Mas se a opção de receber a droga gratuitamente fosse referencialmente atribuída apenas a algumas pessoas (como as mais

Outra dificuldade relacionada ao problema em análise é que muitos monopolistas conseguem ganhos de escala. Graças a esses ganhos, o preço praticado pelo monopolista, apesar de incluir uma renda, pode não ser superior ao que se verificaria em um mercado com muitos fornecedores concorrendo entre si. Poderíamos afirmar, em tal hipótese, que, ao estipular um preço P_m que lhe permite auferir uma renda, o monopolista comete uma interferência? Essa afirmação dependeria de termos como referência a escolha de comprar a um preço P_g – ao mesmo tempo sensível à queda do custo de produção por unidade que o aumento da escala traz consigo mas não ao abrandamento da concorrência que lhe é correlato.

A caracterização do ato de estipular P_m como ato de interferência depende, portanto, de uma solução que pode parecer um tanto *ad hoc* para o problema da referência, a saber, a de partir de um estado de coisas no qual os consumidores dispõem da opção de comprar o que quer que seja a um preço competitivo (ou, de qualquer maneira, inferior a P_m) – inclusive bens que esses consumidores nunca puderam, de fato, comprar. Depende, também, de que o preço de referência seja inferior a P_m , a despeito dos ganhos de escala da produção sob monopólio.

4 REPUBLICANISMO E POLÍTICAS ANTITRUSTE

Admitamos que a solução apresentada acima para o problema da referência seja correta, e que, portanto, empresários monopolistas dominem consumidores porque são capazes de estipular preços acima dos competitivos, definindo-se como tais os que se verificariam sob concorrência perfeita e a custos de produção reduzidos pelos ganhos de escala possíveis. O que isso implica para o republicanismo?

Se monopólios engendram dominação, então um ideal de justiça baseado no valor da liberdade como não dominação deve recomendar políticas agressivas contra monopólios, sejam eles estruturais ou situacionais. Taylor (2013, p. 597), por exemplo, defende políticas que combatam monopólios “*by recreating competitive conditions or at least requiring market actors to behave in competitive ways*”.

Há, no entanto, três problemas com a ideia de que o republicanismo prescreva políticas antitruste agressivas. O primeiro é que essas políticas podem não ser eficientes (*problema da eficiência*). O segundo é que elas não são necessárias para combater a dominação (*problema da necessidade*). O terceiro é que, diferentemente de um mundo ideal, no qual os monopólios tenham sido completamente abolidos, políticas antimonopolistas aqui e agora são fadadas a ter um sucesso apenas parcial (*problema da idealização*).

Começemos com o problema da eficiência. Não há nenhuma dúvida de que políticas antimonopolistas podem ser ineficientes. Além do custo da atividade estatal envolvida, deve-se considerar que, ao eliminar monopólios, eliminam-se também os eventuais benefícios que monopólios trazem consigo, como os já referidos ganhos de escala. Outro exemplo são os monopólios propiciados por patentes, que, como se sabe, incentivam a pesquisa e o desenvolvimento.¹² Mesmo, pois, que os monopólios sejam em si mesmos uma causa de ineficiência, políticas de combate indiscriminado a monopólios tampouco são eficientes.

Evidentemente, a ineficiência de certas políticas antitruste não encerrará a questão caso a nossa preocupação maior seja não a eficiência, mas um valor como a liberdade como não domi-

pobres), poderia ser o caso de a decisão sobre doar ou vender (para essas pessoas) não trazer consigo maiores consequências para o farmacêutico.

¹² As mesmas reservas não se aplicam ao combate de monopólios situacionais. Ver, por exemplo, Shavell (2007).

nação. Pode-se esperar que republicanos motivados por esse ideal de liberdade endossem políticas antidominação ainda que com um certo sacrifício para a eficiência. O problema é saber o quão longe eles estariam dispostos a seguir por esse caminho.

Há razões para supor que, mesmo para republicanos, haja um limite no sacrifício a impor à eficiência na busca por eliminar a dominação a que os monopólios dão lugar. Uma delas é que é muito difícil atender a certas condições de concorrência perfeita, como falta de barreiras à entrada e homogeneidade de bens. É muito difícil atender, portanto, às condições para que os empresários não tenham poder algum sobre preços (isto é, reduzam-se a *price-takers*), o que faz do poder monopolista algo um tanto comum.¹³ Outra é que, se Dagger (2006, p. 158) estiver certo, republicanos defendem o mercado porque reconhecem o seu valor (instrumental) de prover bens. Essa capacidade de prover bens, entretanto, seria consideravelmente diminuída em um mercado no qual as condições de concorrência perfeita se verificassem, seja na hipótese ideal em que tais condições ocorram naturalmente, seja em outra, mais realista, em que a concorrência perfeita tenha de ser assegurada pela atuação estatal – em tal caso com o agravante dos recursos consumidos para o custeio das políticas antitruste.¹⁴

Passemos ao problema da necessidade. Eliminar monopólios não é a única maneira de eliminar a dominação que os monopólios engendram. Sobre isso, deve-se lembrar que a dominação não é caracterizada pela mera interferência, mas apenas pela interferência arbitrária. Consideremos então um empresário que, graças à sua posição de monopolista, pode estipular P_m , um preço superior ao competitivo. A decisão sobre o preço a praticar somente será arbitrária à medida que o empresário não seja forçado a atender aos interesses dos consumidores. Ora, há maneiras de fazer com que esse seja o caso sem sujeitar o empresário à concorrência. Por exemplo, a decisão sobre o preço pode ser regulada por uma agência governamental ou se submeter à chancela de um órgão interno à empresa no qual os consumidores estejam representados. À medida que esses ou outros meios de controle, tenham sucesso, consumidores não serão dominados pelo empresário monopolista.¹⁵ Talvez fosse então o caso de dizer que há monopólio, mas não poder monopolista, ou não, ao menos, um poder arbitrário.

O controle do poder monopolista por agências governamentais e a divisão do poder no interior da empresa não são, é claro, uma panacéia. Em certos casos ou além de uma certa medida, esses controles também serão, a exemplo das políticas antitruste, ineficientes. Eles bastam, não obstante, para contrariar a afirmação de Taylor (2013, p. 594) de que um mercado competitivo é essencial para prevenir a interferência arbitrária, ao menos se “essencial” for entendido como “necessário”.¹⁶

¹³ Ver, por exemplo, Norman (2015, p. 39): “market failures are as much a fact of life in a post-industrial, post-commodity, high-tech consumer economy as value pluralism is in an open democratic society. You cannot have a perfectly competitive market for iPhones, or even for smartphones.” Quando usa maçãs em seu exemplo de monopólio, Dagger (2006, p. 157-158) faz com que o poder monopolista soe bem menos comum do que de fato é.

¹⁴ Nos termos de Pettit, enquanto um mercado no qual empresários dispõem de poder monopolista é uma afronta à liberdade como não dominação, um mercado com menor diferenciação de bens, como aquele no qual as condições de concorrência perfeita se verificariam, cercearia tão-somente a liberdade como não interferência. Pettit (2002) atribui a Skinner a opinião de que restrições a essas liberdades são igualmente deploráveis, ao passo que, para ele, Pettit, a liberdade como não dominação é prioritária. Não está claro, porém, se essa prioridade é absoluta.

¹⁵ A decisão que mais atende aos interesses dos consumidores não é necessariamente a de estipular preços competitivos. Manter preços acima do patamar competitivo por algum tempo pode ser a melhor estratégia para acumular capital e atender a interesses dos consumidores a mais longo prazo.

¹⁶ A discussão acima é paralela à de Taylor (2013) sobre estratégias para conter a dominação de empresários sobre trabalhadores. Uma estratégia é aumentar a concorrência por mão-de-obra, facilitando a saída (*exit*) dos trabalhadores, enquanto outra é dar voz (*voice*) aos trabalhadores nas decisões da empresa. Taylor (2013, p. 599) manifesta reservas quanto à segunda estratégia, sob a alegação de que, para ser bem-sucedida, ela requereria uma atuação regulatória

Por fim, o problema da idealização. Esse problema é o de um descompasso entre o ideal republicano de um mercado sem dominação e o que é realizável. Um mercado sem dominação não é realizável, tendo em vista a onipresença do poder monopolista, o custo em que teríamos de incorrer para eliminá-lo e, se quisermos, até mesmo a falta de disposição das autoridades (em um mundo não ideal no qual as decisões governamentais atendam apenas parcialmente aos interesses do público) para as medidas necessárias. Afligidos pelo problema da idealização, republicanos podem prescrever políticas que não farão mais do que nos aproximar de um estado de coisas ideal não de todo realizável.¹⁷

Uma resposta a objeção recém enunciada é que a irrealizabilidade de um mercado sem poder não conspira contra políticas antipoder como as políticas antimonopolistas. Mesmo que um estado ideal não seja atingível, menos dominação é sempre melhor do que mais. Uma cruzada antipoder fadada a ser apenas parcialmente bem-sucedida seria, pois, ainda assim, desejável, contanto, é claro, que logre diminuir a dominação.

Não há nada absurdo em pensar que menos dominação é melhor do que mais, sobretudo se todo o restante for igual. Mesmo assim, pode ser perigoso ter em vista um ideal não realizável como o de um mercado sem dominação. O perigo é esquecer que, não sendo esse ideal de todo realizável, torna-se importante eleger prioridades. Movidos pela ilusão de que dispomos dos recursos necessários para abolir toda e qualquer dominação, podemos ser levados a aprovar qualquer medida que nos aproxime do ideal. Quando, ao contrário, lembramos que nossos recursos são limitados, isto é, que o custo para eliminar o poder monopolista é alto demais, o que salta aos olhos é a necessidade de eleger prioridades.

Eleger prioridades requer reconhecer que nem todos os casos de dominação têm a mesma gravidade. Da maneira como Pettit a concebe, a dominação certamente não é uma questão de tudo ou nada. A importância do poder de interferir varia, por exemplo, segundo a medida com que o custo de uma opção é aumentado (PETTIT, 1997, p. 53). Além disso, uma interferência somente é arbitrária se o agente puder desconsiderar os interesses da vítima impunemente, entendendo-se impunemente como livre de diversos constrangimentos (morais, inclusive) que podem se verificar com maior ou menor intensidade.¹⁸ No caso dos monopólios, além de ter em vista a medida com que o poder monopolista é cerceado (por normas sociais, por exemplo), parece plausível aferir a gravidade da dominação de acordo com o bem comercializado. Em relação a bens essenciais como água, luz e transporte, por exemplo, um eventual poder monopolista é alegadamente um caso de dominação comparativamente mais grave.

Vimos nesta seção que a preferência republicana por mercados competitivos carece de reparos, por três razões. Primeiro, a apologia à competição põe de lado o fato de que há um ponto a partir do qual políticas antimonopolistas deixam de ser eficientes. Embora seja de esperar que republicanos deem prioridade à liberdade como não dominação sobre a eficiência, não é plausível que estejam dispostos a incorrer em qualquer sacrifício desta pelo bem daquela. Políticas antitruste republicanas podem não se diferenciar consideravelmente, portanto, de políticas antitruste governadas pela eficiência. Segundo, a apologia à competição também ignora soluções de regulação e governança corporativa que levem os preços de monopólios a serem estipulados de acordo com os interesses de consumidores, prevenindo, pois, o exercício arbitrário do poder monopolista. Terceiro, tendo em vista que o poder monopolista não pode ser eliminado de todo,

intensa a ponto de engendrar dominação ela mesma, desta vez por parte do Estado. Com essa afirmação, porém, Taylor parece subestimar a intervenção regulatória que a preservação da concorrência (necessária à estratégia de *exit*) requer.

¹⁷ Um exemplo é Taylor (2013, p. 597), que defende o fim da associação sindical obrigatória e a liberdade de despedida como parte de políticas antipoder no mercado de trabalho.

¹⁸ Sobre limites impostos por normas sociais ao poder de estipular preços, ver Kahneman, Knetsch e Thaler (1986).

eleger prioridades parece uma estratégia superior a uma cruzada indiscriminada contra a dominação no mercado.

5 MONOPÓLIOS E LIBERDADES BÁSICAS

Veremos nesta seção se a indeterminação do republicanismo quanto às políticas antimopolistas pode ser em parte, ao menos, superada com a prioridade atribuída às liberdades básicas. O conceito de liberdades básicas aparece em obras mais recentes de Pettit (por exemplo, PETTIT, 2012; 2014). Com ele, Pettit parece ter dois propósitos. O primeiro é evitar certas consequências contraintuitivas do ideal de liberdade como não dominação.¹⁹ O segundo é orientar mais claramente as políticas republicanas de defesa da liberdade, as quais passam a ser entendidas como políticas de defesa das liberdades básicas como não dominação.

De acordo com Pettit (2012, p. 93), as liberdades básicas são constituídas pelas escolhas que atendem a dois critérios: o da coexercibilidade (*co-exercisability*) e o da cossatisfatoriedade (*co-satisfying*). Atender a ambos os critérios é também uma condição suficiente para que uma liberdade seja tida como básica e tenha de ser salvaguardada.

Uma liberdade é coexercível se todos os cidadãos podem exercê-la, e exercê-la mais ou menos ao mesmo tempo (PETTIT, 2012, p. 94-97). A condição de coexercibilidade impõe, portanto, limites de duas ordens, uma individual, outra coletiva. Quanto à primeira, não serão consideradas liberdades básicas escolhas que alguns não possam fazer. Escalar o Everest, por exemplo, não é uma liberdade básica. Em particular, inclui-se entre o que uma pessoa não pode fazer o que depende de outra – por exemplo, a liberdade para mudar sua opinião ou levá-lo ao cinema comigo não é coexercível, porque não se trata de algo que eu possa fazer por meus próprios meios. A consequência, diz Pettit (2012, p. 94), é que as liberdades básicas são autorreferenciadas ou agente-relativas. Em relação aos limites coletivos, também não se contam como liberdades básicas escolhas que as pessoas não possam fazer ao mesmo tempo. A liberdade para consumir ilimitadamente recursos naturais finitos, por exemplo, não é uma liberdade básica.

Uma liberdade é cossatisfatória se o seu exercício, de acordo com critérios socialmente aceitos, promove, no longo prazo, o bem-estar dos que a exercem (PETTIT, 2012, p. 98-101). Aqui também há limites de ordem individual e coletiva. Em relação aos primeiros, diz-se que uma liberdade não é cossatisfatória se o seu exercício é danoso para a pessoa mesma que a exerce. Para não incorrer em paternalismo, contudo, Pettit evita concluir que uma liberdade não seja merecedora de proteção por essa razão.²⁰ Os limites coletivos se referem a casos em que o exercício de uma certa liberdade é coletivamente indesejável, por se tratar de escolhas danosas (por exemplo, mentir ou roubar), que ensejem dominação (por exemplo, a liberdade de enriquecer ilimitadamente) ou que, quando feitas por várias pessoas ao mesmo tempo, revelem-se contra-producentes (por exemplo, a liberdade de falar a qualquer tempo em uma assembleia).²¹

Vejam agora se a liberdade contra monopólios atende aos dois requisitos recém citados. Em relação à coexercibilidade, convém lembrar que a liberdade que nos interessa é a liberdade

¹⁹ Como, por exemplo, a de que o ideal republicano de liberdade tem algo a opor ao fato de a minha escolha de ir ao cinema com você se sujeitar ao seu poder (arbitrário) de não querer ir ao cinema comigo.

²⁰ Em Pettit (2014, p. 66), ele termina por admitir que uma escolha individualmente insatisfatória possa ser, não obstante, cossatisfatória. “(In the absence of any other objection – for example, a threat to public order – it is not clear that choices of this kind should be ruled out of the class of the basic liberties.”

²¹ Os critérios da coexercibilidade e da cossatisfatoriedade mitigam o problema da referência. Em relação à minha escolha de ir ao cinema com você, por exemplo, o fato de ela não ser coexercível dispensa recorrer ao argumento de que tal escolha não faz parte do estado de coisas de referência à base do qual a sua recusa a ir ao cinema comigo deve ser ou não tida como uma interferência.

de compra, e que essa liberdade (entendida como não dominação) sofre interferência caso o vendedor possa arbitrariamente se recusar a vender o bem por um preço competitivo. Sendo assim, é evidente que a liberdade contra monopólios não passa no teste de coexercibilidade. Mesmo que todos os bens fossem oferecidos à venda por um preço competitivo, a escolha de comprá-los a esse preço é uma escolha que alguns consumidores não poderão fazer, por não disporem de recursos suficientes para tanto. Isso parece correto até mesmo nas circunstâncias de uma sociedade republicana ideal em que a dominação tenha sido completamente abolida. É de presumir que diferenças de renda em uma sociedade assim sejam menores do que costuma haver em sociedades reais (à medida que diferenças consideráveis de renda ensejem dominação), mas não que essas diferenças sejam abolidas a ponto de permitir que qualquer consumidor compre o que quer que seja oferecido à venda. Para atender ao critério da coexercibilidade, seria preciso, portanto, reduzir o âmbito da liberdade contra monopólios, limitando-a à liberdade contra monopólios para comercialização de bens que, a preços competitivos, todos possam comprar (senão de fato, ao menos nas circunstâncias ideais de uma sociedade sem dominação).

Passemos ao critério da cossatisfatoriedade. Ao se preocupar com o efeito sobre o bem-estar de certas escolhas, Pettit atenua a oposição entre republicanismo e monopólios. Mesmo que coexercível, a escolha de comprar a preços competitivos tem, como visto, efeitos deletérios para a eficiência, porque poder comprar a preços competitivos pressupõe um mercado sem diferenciação de bens e sem incentivos à inovação que assegurem aos inovadores poder monopolista. Ainda que não seja o caso de subordinar a liberdade republicana a um critério welfarista, não resta dúvida de que o custo de bem-estar de um mercado sem dominação monopolista é alto o suficiente para que uma liberdade contra monopólios *tout court* seja reprovada no teste de cossatisfatoriedade. Uma das implicações disso é que, em oposição a Taylor (2013, p. 599-600), uma liberdade geral contra monopólios que inclua a liberdade contra o monopólio de trabalhadores atuando coordenadamente por meio de sindicatos não é uma liberdade básica. Políticas republicanas não são, pois, necessariamente, políticas que favoreçam a competição no mercado de trabalho em detrimento da organização sindical.

CONCLUSÃO

A ideia de que os limites e a própria justificação do mercado devem se basear no ideal de liberdade como não dominação é à primeira vista atraente. O que se constatou neste artigo, todavia, é que há certas dificuldades para deduzir do republicanismo implicações claras sobre uma parte das políticas de mercado, as políticas antitruste. A novidade que o republicanismo promete trazer, em relação a essas políticas, é a substituição do critério da eficiência pelo da liberdade como não dominação. Se o poder monopolista infringe essa liberdade, então se poderia esperar uma defesa republicana de políticas antitruste em um ponto além do ótimo em termos de eficiência.

Há problemas, contudo. Um deles é que a caracterização mesma do poder monopolista como poder de interferência arbitrária depende de ter como referência um estado de coisas no qual os consumidores possuam no mínimo a escolha de comprar o bem em questão a um preço competitivo, porque é preciso um estado de coisas como esse para que o poder de que dispõe o monopolista (de se recusar a vender pelo preço competitivo) seja tido como poder de interferência arbitrária.

Além disso, mesmo que aceitemos a caracterização do poder monopolista como poder de interferência, há problemas com supor que o seu corolário sejam políticas antitruste mais agressivas. Um desses problemas é que um mercado em que os monopólios sejam completamente

abolidos tem um custo de eficiência enorme. Mesmo que republicanos queiram levar o combate aos monopólios além do ponto ótimo, é difícil que não haja algum limite na disposição a sacrificar a eficiência, já que a ineficiência também é danosa à liberdade como não interferência (uma liberdade quiçá secundária, mas não destituída de valor para os republicanos). Outro problema é que monopólios não implicam poder arbitrário caso as decisões sobre preços estejam sujeitas a algum controle que as faça ter em vista os interesses dos envolvidos, dentre eles os consumidores. Políticas de livre concorrência não são, portanto, o único meio de evitar que monopólios engendrem dominação. Outro problema, ainda, é que o ideal de um mercado sem poder corre o risco de desviar a nossa atenção dos casos em que abolir a dominação é mais urgente. Ao invés de ambicionar a eliminação pura e simples de todo o poder monopolista, seria mais conveniente procurar critérios para eleger prioridades, como, por exemplo, o combate ao poder monopolista arbitrário em relação a bens essenciais.

A substituição de um ideal de liberdade como não dominação em geral por um ideal de liberdades (como não dominação) básicas pode marcar uma inflexão da oposição republicana aos monopólios. As liberdades básicas são, segundo Pettit (2012, p. 94-101), apenas as que satisfazem conjuntamente aos requisitos da coexercibilidade e da cossatisfatoriedade. Uma liberdade geral contra monopólios não atende a nenhum desses requisitos. A escolha de comprar quaisquer bens a preços competitivos não é coexercível, já que, mesmo em uma sociedade ideal republicana na qual diferenças de riqueza tenham sido consideravelmente atenuadas, não é plausível que todos pudessem comprar tudo o que é oferecido à venda, ainda que a preços competitivos. Essa escolha não é, tampouco, cossatisfatória, tendo em vista a ineficiência de um estado de coisas em que os monopólios sejam completamente abolidos. Assim, se são as liberdades básicas que de fato importam, é preciso admitir que a rejeição republicana aos monopólios é relativa, e que políticas republicanas antitruste precisam de alvos mais limitados.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, E. What is the point of equality? *Ethics*, v. 109, n. 2, jan. 1999, p. 287-337.
- CONSTANT, B. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. 1819. Disponível em: <[https://fr.wikisource.org/wiki/%C5%92uvres_politiques_\(Constant\)/De_la_libert%C3%A9_des_Anciens_compar%C3%A9e_%C3%A0_celle_des_Modernes](https://fr.wikisource.org/wiki/%C5%92uvres_politiques_(Constant)/De_la_libert%C3%A9_des_Anciens_compar%C3%A9e_%C3%A0_celle_des_Modernes)>. Acesso em: 15 mar. 2017.
- DAGGER, R. New-republicanism and the civic economy. *Politics, Philosophy & Economics*, v. 5, n. 2, jun. 2006, p. 151-173.
- KAHNEMAN, D.; Knetsch, J. L.; Thaler, R. H.. Fairness and the assumptions of economics. *Journal of Business*, v. 59, n. 4, parte 2, out. 1986, p. 285-300.
- NORMAN, W.. Rawls on markets and corporate governance. *Business Ethics Quarterly*, v. 25, n. 1, jan. 2015, p. 29-64.
- PETTIT, P. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- _____. Keeping republican freedom simple: on a difference with Quentin Skinner. *Political Theory*, v. 30, n. 3, jun. 2002, p. 339-356.
- _____. Freedom in the market. *Politics, Philosophy & Economics*, v. 5, n. 2, jun. 2006, p. 131-149.

_____. **On the people's terms:** a republican theory and model of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. **Just freedom:** a moral compass for a complex world. Nova York: W. W. Norton, 2014.

SCHEFFLER, S. What is egalitarianism? **Philosophy & Public Affairs**, v. 31, n. 1, inverno de 2003, p. 5-39.

SKINNER, Q. **The foundations of modern political thought.** Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

SANDEL, M. **What money can't buy:** The moral limits of markets. Londres: Penguin Books, 2012.

SHAVELL, S. Contractual holdup and legal intervention. **The Journal of Legal Studies**, v. 36, n. 2, jun. 2007, p. 325-354

SKINNER, Q. **Liberty before liberalism.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

TAYLOR, R. S. Market freedom as antipower. **American Political Science Review**, v. 107, n. 3, ago. 2013, p. 593-602.

REQUISITOS DE VALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Natália Cristina Chaves

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), com foco em Direito Empresarial. Professora Adjunta A, com dedicação exclusiva, na área de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG. nataliacchaves@uol.com.br.

RESUMO: O objetivo deste artigo é identificar os requisitos de validade do plano de recuperação judicial, a partir do estudo da sua natureza jurídica, das normas legais aplicáveis e da análise jurisprudencial. Uma vez definidos os parâmetros de validade do plano de recuperação judicial, pretende-se minimizar os riscos de revisão e/ou invalidação judicial do plano, o que pode culminar na decretação da quebra de empresários que não estão em situação de insolvência. Para tanto, a metodologia adotada parte da análise das regras e princípios aplicáveis ao plano, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, com Câmaras especializadas, e do Superior Tribunal de Justiça, que congrega as discussões oriundas de todas as regiões. Visando identificar um padrão nas decisões, foram examinados os Informativos do Superior Tribunal de Justiça, bem como seiscentos e cinquenta e cinco acórdãos de 2005 em diante, cuja pesquisa tomou por base os termos “recuperação judicial”, “plano” e “legalidade”. Ao final, ver-se-á que, enquanto negócio jurídico, de natureza contratual, mas com especificidades próprias, o plano de recuperação judicial sujeita-se aos requisitos gerais de validade de todos os negócios jurídicos (art. 104 do Código Civil). Apesar da identificação de critérios objetivos de fixação dos requisitos de validade do plano de recuperação judicial, sempre haverá um grau de subjetividade na sua avaliação, dado à ausência de limites claros na Lei n. 11.101/2005.

PALAVRAS-CHAVE: recuperação judicial; falência; plano de recuperação judicial.

Validity requirements of the judicial reorganization plan

ABSTRACT: *The objective of this article is to identify the validity requirements of the judicial reorganization plan, based on studies of its juridical nature, applicable legal provisions, and jurisprudence analysis. Once the validity parameters of the judicial reorganization plan are defined, it is intended to minimize the risks of judicial revision and/or invalidation of the plan, which can culminate in the declaration of bankruptcy of businessmen that are not in an insolvency situation. For such purpose, the proposed methodology is based on the analysis of the rules and principles applied to the plan, as well as jurisprudence of São Paulo Court of Justice, with specialized Chambers, and of the Superior Court of Justice, which brings together discussions from all regions. In order to identify a pattern in the decisions, the Reports of the Superior Court of Justice, as well as six hundred and fifty five judgments from 2005 on were examined, whose research was based on the terms “judicial reorganization”, “plan” and “legality”. In the end, it will be shown that the judicial reorganization plan, as a legal transaction of contractual nature but with specific characteristics, is subjected to the general validity requirements of all other legal transactions (Brazilian Civil Code, article 104). Despite the identification of objective criteria to determine the validity requirements of the judicial reorganization plan, there is*

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 12 maio e 02 jun. 2017.

always a degree of subjectivity in its review given to the absence of clear limits in the Law 11.101/2005.

KEYWORDS: *judicial reorganization; bankruptcy; judicial reorganization plan.*

INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.101/2005, ao regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do devedor empresário, representou um marco paradigmático no direito concursal brasileiro¹. Abandonou-se a feição nitidamente liquidatória-dissolutória do antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945, voltado, predominantemente, para a satisfação dos direitos do credor e a tônica passou a ser a da preservação da empresa, em razão de sua função social, seja na manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, dos interesses dos credores e no fomento da própria economia.

Os avanços em relação à legislação anterior foram significativos, especialmente no tocante à recuperação judicial, com a ampliação dos meios de recuperação, bem como das classes de credores sujeitas ao procedimento recuperatório, até então restritas aos quirografários, flexibilização dos prazos e condições de soerguimento da crise econômico-financeira, profissionalização da figura do administrador judicial, além de uma maior participação dos credores no processo decisório.

Mas, nem tudo são flores. Decorridos pouco mais de 10 (dez) anos de vigência da Lei n. 11.101/2005, verificou-se que ela não tem atendido, na íntegra, aos fins a que se destina.

Com efeito, o instituto da recuperação extrajudicial, da forma como regulado, não tem atraído muito a atenção dos empresários. O comitê de credores, concebido, essencialmente, para fiscalizar as atividades do devedor empresário e do administrador judicial, a execução do plano de recuperação e o bom andamento do processo, raramente tem sido constituído, porquanto, entre outros motivos, a remuneração de seus membros é custeada pelos próprios credores, já penalizados com o inadimplemento.

Como se não bastasse, a obrigação imputada ao devedor, nos processos de recuperação judicial, de apresentar certidão negativa de débito tributário para fins de deferimento do benefício colocou em risco o instituto. Todavia, atento à desproporcionalidade e à falta de razoabilidade dessa exigência legal, que poderia inviabilizar o acesso à recuperação judicial e não traria benefícios diretos ao fisco (não sujeito ao procedimento recuperatório), o Poder Judiciário tem afastado a aplicação do art. 57 da Lei n. 11.101/2005². Aliás, mesmo com a promulgação da Lei n. 13.043/2014, que introduziu o parcelamento de dívida tributária federal para o devedor empresário que pleitear ou tiver deferido o processamento de sua recuperação judicial, ao que tudo indica, esse entendimento deverá ser mantido.

Adicionalmente, a exclusão de determinadas categorias de crédito dos efeitos da recuperação judicial, com a concessão de um tratamento privilegiado, tem dificultado a superação da

¹ Para fins deste trabalho, incluem-se, no conceito de devedor empresário, o empresário individual, a sociedade empresária e a empresa individual de responsabilidade limitada que exerça atividade empresária (art. 966 do Código Civil).

² O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 preceitua o seguinte: “Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.

crise econômico-financeira do devedor empresário³. Isso porque priorizou-se a recuperação do crédito financeiro investido em detrimento da salvaguarda da empresa em crise.

Nota-se, pois, que o cenário não é tão positivo como se alardeava ao tempo da promulgação da Lei n. 11.101/2005.

Acrescente-se aos aspectos problemáticos mencionados, o fato de que, não raras as vezes, o devedor empresário, aproveitando-se, no âmbito da recuperação judicial, da sistemática legal de organização dos credores em classes, bem como da aprovação do plano por maioria, desvirtua o procedimento, obtendo ganhos financeiros com a situação de crise. Considerando que o deferimento do plano não se vincula à aceitação unânime, basta ao devedor empresário articular com credores estratégicos a que o plano seja aprovado, estabelecendo condições de pagamento privilegiadas a estes últimos, impondo aos demais credores um sacrifício maior. Com isso, deixa de existir uma distribuição equilibrada dos ônus e a recuperação judicial passa a ser um processo em que só os credores minoritários perdem.

Por óbvio que, ao descortinar desse cenário, a intervenção do Poder Judiciário revela-se imprescindível, visto que lhe compete o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, muito embora não possa adentrar aspectos relativos à viabilidade econômica da empresa⁴. Esse controle faz-se necessário principalmente em virtude da ausência de clareza quanto aos requisitos de validade do plano de recuperação judicial.

Sob essa ótica, é imprescindível a identificação desses requisitos de validade, orientando a conduta do devedor empresário e dos próprios credores, no sentido da propositura e aprovação de um plano de recuperação judicial que atenda a esses parâmetros de legalidade, minimizando a insegurança jurídica que paira sobre o tema.

Registra-se, por oportuno, que, por uma opção metodológica, não será abordado, neste trabalho, o plano especial para microempresas e empresas de pequeno porte, o qual apresenta especificidades próprias.

Feitas essas considerações, passa-se à análise da natureza jurídica do plano de recuperação judicial.

³ Sobre a exclusão de determinados créditos dos efeitos da recuperação judicial, o art. 49, § 3º e 4º, da Lei n. 11.101/2005, assim estabelece: “Art. 49. [...] § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. [...]”.

⁴ A esse respeito, vale registrar que, na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, foram aprovados os Enunciados ns. 44 e 46, que traduzem esse entendimento. De acordo com o primeiro deles, “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle de legalidade”. Consoante o Enunciado n. 46, “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores”. Nesse sentido, consultar o Agravo de Instrumento n. 2174259-81.2016.8.26.0000, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão faz alusão a diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, sintetizando essa orientação jurisprudencial. (SÃO PAULO, 2016b).

1 NATUREZA JURÍDICA

A determinação da natureza jurídica do plano de recuperação judicial é indispensável para se delinear os seus requisitos de validade, os quais se vinculam à categoria jurídica em que referido plano se enquadrar.

Conforme bem observa Amador Paes de Almeida, a Lei n. 11.101/2005 criou uma polêmica no tocante à natureza jurídica do plano. Se, por um lado, houve um afastamento da concepção de favor legal concedido pelo Estado, que vigia sob a égide da concordata, por outro, houve a vinculação da minoria de credores à vontade da maioria, com a dispensa do consentimento da unanimidade. Para referido doutrinador, a despeito da existência de elementos próprios, a recuperação judicial teria natureza jurídica contratual. (ALMEIDA, 2008, p. 304-305).

Na mesma linha, Sérgio Campinho também entende que o plano de recuperação judicial tem índole contratual, com feição novativa, sendo que, ao seu ver, a vinculação do acordo à vontade da maioria e, não, à unanimidade, não afastaria essa natureza contratual⁵.

Eduardo Secchi Munhoz (2005, p. 275), ao seu turno, pondera que, no âmbito da recuperação judicial, o processo negocial entre devedor empresário e seus credores detém características peculiares, estando fortemente sujeito à regulação da lei e ao controle do Judiciário, o que tornaria o plano incompatível com o regime contratual de direito privado. Ao seu ver, houve a manutenção de um processualismo ingênuo, na regulação do processo de negociação.

Não obstante referido posicionamento e ainda que se admita que o plano de recuperação judicial tenha especificidade próprias, entende-se que, na medida em que ele envolve a declaração de vontade do devedor empresário quanto aos meios de superação de sua crise econômico-financeira, destinando-se à produção de efeitos jurídicos por ele almejados (desde que de conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro), tal plano é, antes de mais nada, um negócio jurídico⁶. Ademais, como a sua aprovação vincula-se à declaração de vontade dos credores, por maioria (por cabeça e/ou valor), não restam dúvidas quanto à sua bilateralidade e, por conseguinte, quanto à sua natureza contratual. Com efeito, somente mediante o consenso entre devedor, de um lado, e credores, de outro, é que o plano poderá produzir efeitos.

Definida a natureza jurídica do plano de recuperação judicial, torna-se imprescindível o exame das regras e dos princípios de direito contratual.

⁵ De acordo com referido doutrinador: “Na recuperação judicial prevalece a autonomia privada da vontade das partes interessadas para alcançar a finalidade recuperatória. O fato de o plano de recuperação encontrar-se submetido a uma avaliação judicial não lhe retira essa índole contratual. A concessão, por sentença, da recuperação judicial, não tem qualquer repercussão sobre o conteúdo do plano estabelecido entre as partes interessadas (devedor e seus credores), porquanto a decisão encontra-se vinculada a esse conteúdo. Com efeito, o controle judicial do plano de recuperação judicial possibilita excluir eventuais objeções em face de sua validade. O procedimento de concessão judicial contribui para a redução das fontes de erros durante a sua celebração, bem como permite aos credores a oportunidade de verificar se seus interesses não foram prejudicados, além de dotá-lo de força executiva. [...] Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação. A perfectibilidade do acordo não exige a manifestação unânime das vontades dos credores, capaz de obrigar a minoria. (CAMPINHO, 2006, p. 12-13).

⁶ Sobre os negócios jurídicos, vale transcrever os ensinamentos de Zeno Veloso: “Negócio jurídico não é, somente, ato voluntário, mas ato que decorre da declaração de vontade, que pode ser unilateral ou bilateral. Declaração de vontade é manifestação de vontade qualificada, destinada a produzir efeitos jurídicos. Nenhum outro instituto expressa, com tanta nitidez, a liberdade humana quanto o negócio jurídico, dando sentido, concreitude (ou concreitude, como prefere o mestre Miguel Reale) e efeitos práticos à autonomia da vontade, à auto-regulamentação de interesses privados. Os contratos, por excelência, são negócios jurídicos. Dentre os atos unilaterais, exemplo capital de negócio jurídico é o testamento”. (VELOSO, 1995).

2 REGRAS E PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

O caráter contratual do plano de recuperação judicial implica a sua subsunção às regras e princípios de direito contratual, identificados a partir do Código Civil. Por óbvio que a aplicação dessas regras e princípios deve ser conjugada com as normas jurídicas de direito concursal, dado às especificidades desse ramo do direito.

Princípios fundamentais do regime contratual são o da autonomia da vontade, o da obrigatoriedade dos contratos e o da relatividade de seus efeitos, os quais correspondiam às bases da teoria contratual sob a égide do Código Civil de 1916 e que tiveram a sua estrutura afetada pela nova filosofia introduzida pelo Código Civil de 2002 (MULHOLLAND, 2006, p. 257).

O princípio da autonomia da vontade liga-se à liberdade de contratar e, por conseguinte, ao poder de as partes fixarem o conteúdo do contrato e as normas que o regerão, vinculando-se, voluntariamente, aos seus efeitos. Tal princípio nunca foi absoluto, sendo que, mesmo à época do Código Civil anterior, já se vinculava aos preceitos de ordem pública e aos bons costumes, bem como ao dirigismo contratual, este último marcado pela intervenção estatal no âmbito do contrato.

No caso específico do plano de recuperação judicial, essa autonomia é ainda mais reduzida, não só pela necessária observância a preceitos legais estritos, mas, também, pelo fato de o plano repercutir na esfera de uma coletividade de credores e de terceiros que gravitam ao redor da empresa. Portanto, apesar de o devedor ter a liberdade para eleger os meios de recuperação que entender necessários ao seu soerguimento econômico-financeiro e de os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial terem a liberdade para aprovar ou não o plano recuperatório, tal liberdade se submeterá a um rígido controle de legalidade por parte do Poder Judiciário que poderá culminar, inclusive, na decretação da quebra⁷.

Outro aspecto que relativiza ainda mais a autonomia da vontade, no âmbito da recuperação judicial, é a vinculação dos credores sujeitos ao procedimento à vontade da maioria. Portanto, mesmo se determinados credores votarem contrariamente ao plano e ele for aprovado, estarão sujeitos aos efeitos desse plano, na hipótese de sua homologação judicial.

O princípio da obrigatoriedade dos contratos pode ser traduzido na máxima *pacta sunt servanda*, ou seja, o pactuado tem que ser cumprido. A partir do momento em que as partes (devedor e credores), valendo-se da autonomia da vontade, consentem em se vincular a determinadas estipulações, ainda que, no tocante aos credores, tal consentimento se dê por maioria e, não, por unanimidade, essas estipulações se tornam lei entre as partes, devendo ser respeitadas.

Sob a ótica do devedor empresário, a força do pacto fica clara no art. 61 da Lei n. 11.101/2005, ao estabelecer que, havendo o descumprimento de obrigações assumidas no plano e que se vencerem nos dois anos seguintes à sua concessão, a recuperação judicial é convalidada em falência. Nessa hipótese, o pacto se resolve e os credores têm “reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados” na recuperação judicial (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005).

⁷ De acordo com o *caput* do art. 58 da Lei n. 11.101/2005: “Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia geral de credores na forma do art. 45 desta Lei”.

Ademais, de acordo com o art. 62 da Lei n. 11.101/2005, decorridos mais de dois anos da concessão da recuperação judicial, qualquer credor poderá pedir a execução específica do plano ou a decretação da falência, com base no art. 94, inciso III, do referido Diploma.

Sob a perspectiva dos credores, o plano implica novação dos créditos anteriores ao pedido⁸. Nesse contexto, uma vez deferida a recuperação judicial, os credores sujeitos ao procedimento não mais poderão cobrar os seus créditos nas condições originais, mas em consonância com os termos assumidos pelo devedor empresário no plano. A exceção dar-se-á na hipótese de descumprimento do plano, nos dois primeiros anos de sua concessão, já que, nessa situação, como dito, ocorrerá a decretação da quebra e o retorno das partes ao *status quo ante*.

O terceiro princípio fundamental do regime contratual tradicional seria o da relatividade dos efeitos do contrato, no sentido de que esses se limitariam às partes, não afetando terceiros.

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato não é absoluto. No caso da recuperação judicial, a aplicação desse princípio é ainda mais relativa, se considerado que os efeitos do plano extrapolam as partes (devedor e credores sujeitos ao plano), alcançando a esfera jurídica de terceiros que não participam diretamente do procedimento, cujos direitos e interesses são delimitados pelo princípio da preservação da empresa e por regras que visam ao resguardo da atividade econômica.

Os três princípios basilares do direito contratual em comento, hoje, não podem mais ser aplicados sem a ponderação de outros dois princípios positivados pelo Código Civil em vigor. Trata-se da boa-fé, ligada à eticidade, e da função social do contrato, ligada à socialidade⁹.

A boa-fé comporta duas faces: a subjetiva e a objetiva. A primeira delas relaciona-se com um “estado de consciência ou convencimento individual de obrar a parte conforme o direito”. (FORGIONI, 2003, p. 26). Envolve a ideia de ignorância, de desconhecimento acerca de dada situação, cuja antítese é a má-fé (MARTINS-COSTA, 1999, p. 411-412). A faceta objetiva, por sua vez, liga-se a um padrão de comportamento, a um poder-dever de cada um no sentido de ajustar a sua conduta às exigências de honestidade, lealdade, probidade. Entre as inúmeras remissões à boa-fé, no seu perfil objetivo, interessam, no âmbito do direito concursal, os art. 113, 187 e 422 do Código Civil.

O art. 113 do Diploma Civil, ao dispor que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, não acrescentou nada de novo no que tange às relações jurídicas empresariais, haja vista o que já preceituava o revogado art. 131 do Código Comercial.

O art. 187 do Código Civil, por sua vez, refere-se à ilicitude de um comportamento que exceda os limites impostos pela boa-fé e os bons costumes, vedando, por exemplo, o exercício abusivo do direito de voto relativo ao plano de recuperação judicial, por um ou mais credores, bem como a aprovação de planos que impliquem um locupletamento do devedor empresário em detrimento dos credores sujeitos à recuperação judicial¹⁰.

⁸ Nesse sentido, o *caput* do art. 59 da Lei n. 11.101/2005 preceitua que: “O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”.

⁹ Os princípios basilares que nortearam o Código Civil de 2002 foram os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, os quais refletem uma dimensão social, em contraposição à visão individualista que marcou o Código Civil de 1916.

¹⁰ A esse respeito, é elucidativo o acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n. 1.359.311, assim ementado: “DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO EM ASSEMBLEIA. CONTROLE DE LEGALIDADE. VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CONTROLE JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano

Por fim, o art. 422 do Código Civil, ao dispor que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, cuida de uma função supletiva da boa-fé, na medida em que supre o “vínculo jurídico entre as pessoas com deveres de conduta que o tornam mais solidário, cooperativo”. (GODOY, 2006, p. 59).

Partindo-se dessas premissas, verifica-se servir o princípio da boa-fé objetiva, no âmbito do plano de recuperação judicial, a possibilitar uma divisão equilibrada dos ônus entre devedor empresário e credores, prestando-se ao controle de cláusulas e condições abusivas¹¹.

Registra-se que a boa-fé objetiva também deverá estar presente na conduta dos credores que, ao exercerem o direito de voto, não podem abusar de tal direito, sob pena de nulidade¹².

Outro princípio incorporado ao Código Civil, em seu art. 421, é o da função social do contrato, de acordo com o qual a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Trata-se de uma extensão do princípio da função social da propriedade, que coloca as avenças num plano que suplanta o individualismo, a fim de que atendam aos interesses das partes contratantes, mas sem conflitar com os interesses da coletividade.

Analisando tal princípio sob o prisma da recuperação judicial, vê-se que o objetivo é o de impedir que o plano de recuperação judicial se torne um instrumento de abuso, devendo resguardar não só os direitos e os interesses daqueles diretamente envolvido na avença (devedor e credores), mas, também, o de todos aqueles que gravitam ao redor da empresa¹³. Aludido princípio

tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, caput, da Lei n. 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. 2. O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ”. (BRASIL, 2014).

¹¹ A esse respeito, vale transcrever os ensinamentos de Daniel Carnio Costa: “A recuperação judicial deve ser boa para o devedor, que continuará produzindo para o pagamento de seus credores, ainda que em termos renegociados e compatíveis com sua situação econômica. Mas também deverá ser boa para os credores, que receberão os seus créditos, ainda que em novos termos e com a possibilidade de eliminação desse prejuízo no médio ou longo prazo, considerando que a recuperanda continuará a negociar com seus fornecedores”. (COSTA, 2015, p. 25).

¹² Sobre esse assunto, é esclarecedor o seguinte trecho do acórdão proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Verifica-se, outrossim, que os credores que rejeitaram o plano somente três dentre os vinte e cinco presentes representam 73,86% dos créditos presentes na AGC, a revelar a dificuldade de aprovação de qualquer plano sem a concordância dos mesmos. Disso resulta que o voto desses credores na Assembleia Geral de Credores realizada decidiria o destino da empresa recuperanda, aprovando o plano apresentado e concedendo a recuperação ou rejeitando-o, com a consequente decretação de sua quebra. Conclui-se, portanto, que as objeções ao plano apresentadas pelas instituições financeiras devem ser analisadas com cautela. Isso porque o direito de voto a ser exercido pelos credores não pode ultrapassar o limite imposto pelos fins social, econômico, a boa-fé ou os bons costumes, revelando-se, nestes casos, abuso de direito. [...] O instituto do abuso de direito positivado no artigo 187 do Código Civil/2002, configura como ato ilícito, o exercício de um direito pelo titular que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. E ainda, conforme o entendimento esposado no Enunciado no 45 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal (CJF), O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito. [...] A própria dificuldade financeira que fundamenta o pedido de recuperação judicial revela, *de per se*, a impossibilidade de pagamento dos credores na forma e tempo contratados, não sendo possível, a qualquer dos credores, supor que as obrigações serão cumpridas conforme indicado nos contratos celebrados. Assim considerado, a rejeição injustificada somente por parte das instituições financeiras revela-se abusiva, uma vez que impede a recuperação da empresa que apresenta condições mínimas de se manter produtiva e em atividade, cumprindo o seu papel social e econômico”. (SÃO PAULO, 2014).

¹³ Sobre a pluralidade de interesses que gravitam ao redor da empresa, Sheila Christina Neder Cerezetti esclarece: “Não cabe dizer, ademais, que o procedimento de recuperação judicial só envolveria interesses privados. Conforme demonstrado acima, importante alteração no sistema concursal brasileiro refere-se justamente à valorização conferida ao conjunto de interesses abrangidos pela sociedade empresária, os quais não se resumem a interesses particulares, e ao reconhecimento de um verdadeiro interesse público na preservação da empresa. Além disso, a repercussão social e econômica decorrente dos procedimentos tendentes a superar uma situação de crise econômica empresarial alcança

liga-se ao próprio princípio da preservação da empresa, a ser abordado no item subsequente, juntamente com as demais normas jurídicas atinentes ao plano de recuperação judicial, previstas na Lei n. 11.101/2005.

3 REGRAS E PRINCÍPIOS DA LEI N. 11.101/2005

Apesar de a Lei n. 11.101/2005 não ser clara e conter lacunas quanto aos requisitos de validade do plano de recuperação judicial, é possível identificar regras e princípios que deverão ser considerados tanto na elaboração do plano, quanto na sua aprovação pelos credores.

Entre os princípios que regem a Lei n. 11.101/2005, merecem posição de destaque o princípio da preservação da empresa, atrelado à sua função social, bem como o princípio da *pars conditio creditorum*.

A função social da empresa decorre de uma concepção mais ampla da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII e art. 170, inciso III, ambos da Constituição brasileira), a qual abrange os bens de produção¹⁴. Tal princípio corresponde a uma imposição de deveres positivos ao condutor da empresa, no sentido dele usar do seu poder para realizar os interesses da coletividade, promovendo o bem-estar geral (COMPARATO, 1986, p. 76)¹⁵.

O princípio da preservação da empresa encontra-se positivado no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, o qual visa incentivar a superação da crise econômico-financeira do devedor empresário, permitindo a preservação da atividade econômica, cuja função social conduz ao resguardo da pluralidade de interesses envolvidos ao seu redor (credores, trabalhadores, consumidores e toda uma coletividade). Não se trata aqui de preservar o devedor empresário, mas de viabilizar a continuidade no próprio exercício da atividade econômica recuperável, ainda que isso implique o afastamento ou a mudança do seu titular.

O princípio da *pars conditio creditorum*, por sua vez, apregoa o tratamento igualitário entre os credores, estando respaldado no *caput* do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, o qual visa resguardar a igualdade material e não apenas a isonomia formal. No plano infraconstitucional, o Código Civil, em seu art. 957, consagra referido princípio, ao estabelecer que, na ausência de “título legal à preferência, terão os credores igual direito sobre os bens do devedor comum”.

No tocante à Lei n. 11.101/2005, dito princípio é refletido, no âmbito da falência, no art. 126, que estabelece a conformidade da decisão judicial à igualdade de tratamento dos credores, naquelas relações patrimoniais não reguladas expressamente na aludida Lei¹⁶. Tal igualdade de tratamento é aplicada a partir da distribuição dos credores em classes, para fins de pagamento,

níveis de grande amplitude. Os interesses da comunidade e da economia como um todo bem como a possibilidade de se atingir uma cadeia de crédito e indivíduos ou grupos não diretamente ligados à empresa demonstram a existência de relevantes interesses abrangidos pela recuperação de uma empresa viável – o que dá ensejo à legitimidade da intervenção do Ministério Público no processo”. (CEREZETTI, 2012, p. 340).

¹⁴ O art. 5º, inciso XXII da Constituição brasileira preceitua que “a propriedade atenderá a sua função social”.

¹⁵ No início do referido artigo, às fl. 71, o aludido autor explica que a ideia de função social da propriedade foi incorporada ao direito positivo pela Constituição Weimar, em 1919, que, em seu art. 153, dispunha que “a propriedade obriga”. Raquel Sztajn chama a atenção para outra faceta da expressão “função social da empresa” que, no ordenamento italiano, à época do fascismo, servia como um facilitador à intervenção e/ou controle do Estado sobre a atividade econômica. A função social, portanto, historicamente, estaria ligada a regimes não-democráticos. (SZTAJN, 2005, p. 31).

¹⁶ O art. 126 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que: “Nas relações patrimoniais não reguladas expressamente nesta Lei, o juiz decidirá o caso atendendo à unidade, à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores, observado o disposto no art. 75 desta Lei”.

de acordo com a natureza dos respectivos créditos e, em especial, a partir do critério da proporcionalidade de pagamento, acaso não haja recursos suficientes à completa satisfação dos créditos de uma mesma classe.

Com relação à recuperação judicial, o art. 58, § 2º, do aludido Diploma Legal veda o tratamento diferenciado entre credores da classe que houver rejeitado o plano¹⁷. Por outro lado, o art. 54 da citada Lei concedeu tratamento privilegiado aos créditos derivados da legislação do trabalho e decorrentes de acidentes de trabalho, estabelecendo que o prazo de pagamento não poderá ser superior a 1 (um) ano. Ademais, quanto aos créditos estritamente salariais, vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação, a previsão de pagamento não poderá ultrapassar 30 (trinta) dias.

À exceção de tais dispositivos, houve uma omissão legislativa no tocante ao princípio da *pars conditio creditorum* na recuperação judicial, sendo que, ao contrário do que ocorreu na falência, a distribuição dos credores em classes não se deu para fins de pagamento, mas para o exercício do direito de voto. Em acréscimo e a não ser pelo disposto no mencionado art. 58 da Lei em comento, não há qualquer proibição expressa de tratamento desigual entre os credores (COELHO, 2012, p. 108-109).

Isso gera um problema grave quanto à recuperação judicial, visto que essa lacuna dá margem a abusos, já tendo sido identificados casos de planos que previam tratamento diferenciado entre credores de mesma classe, sem qualquer critério justificável, beneficiando a maioria necessária à sua aprovação, em detrimento da minoria dispensável para tal fim¹⁸.

A despeito dessa omissão, doutrina e jurisprudência têm entendido pela aplicação do princípio aqui tratado na recuperação judicial, sendo que, como regra, credores titulares de créditos de uma mesma classe, que tenham características homogêneas, devem receber tratamento igualitário. A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em reiterados acórdãos, tem repudiado a criação de subclasses, dentro de uma mesma classe, em condições gerais, o que serviria à manipulação de quórum para viabilizar a aprovação artificialiosa do plano. Com efeito, como regra, a distinção somente deverá ser permitida na hipótese de credores parceiros, em que o tratamento diferenciado representa uma contrapartida a um benefício ao próprio devedor empresário, que contribua para o exercício de sua atividade e, por conseguinte, à superação de sua crise econômico-financeira (SÃO PAULO, 2016a).

Além dos princípios ora abordados, a Lei n. 11.101/2005 estabelece algumas regras relativas ao plano de recuperação judicial, entre as quais a do mencionado art. 54, que cuida do crédito trabalhista e decorrente de acidente de trabalho, bem como a do art. 58, § 2º, ligado ao princípio da isonomia dos credores.

¹⁷ O art. 58, § 2º, da Lei n. 11.101/2005 dispõe que: “A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado”.

¹⁸ Sobre esse risco, alertaram Felipe Evaristo dos Santos e Igor Silva de Lima: “Assim, os credores minoritários permanecem sujeitos ao risco de terem imposto contra si um plano que lhes confira injustificadamente tratamento desfavorável em comparação com aquele concedido a outros credores que, agindo em concerto entre si e com o devedor para atingirem as maiorias legais, venham a aprovar o referido plano. Deste modo, em uma concepção moderna e adequada às modificações promovidas pela LFR, o princípio da *par conditio creditorum* passaria a funcionar também como mecanismo de proteção de credores dissidentes contra eventuais abusos ou fraudes que credores majoritários pretendam perpetrar no curso da recuperação judicial, notadamente em relação ao conteúdo do plano”. (GALEA; LIMA, 2015, p. 150).

Ainda sobre o plano, o art. 53 da citada Lei dispõe que ele deverá conter: “I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados; II – demonstração de viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor empresário, devidamente subscrito por profissional habilitado ou empresa especializada”.

De acordo com o art. 49 da mencionada Lei, o plano deverá abranger “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. As exceções estão nos §§ 3º e 4º do aludido artigo. Ainda em consonância com o art. 49 aqui tratado, os “credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

Embora se discorde da limitação dos efeitos novativos do plano ao próprio devedor empresário, porquanto a novação representa modalidade extintiva da obrigação, partindo-se da exegese desse art. 49, bem como do art. 59 da Lei n. 11.101/2005, a jurisprudência tem reconhecido a nulidade de cláusula que estabeleça a extinção das garantias pessoais prestadas pelo devedor empresário ou por seus sócios/titulares, por entender que seria *contra legem*¹⁹. De igual modo, em se tratando de credor com garantia real, qualquer previsão, no plano, de alienação, supressão ou substituição da garantia vincula-se à aprovação de referido credor e qualquer cláusula que exclua tal aprovação também será invalidada²⁰. A exceção, segundo recente orientação jurisprudencial, dá-se quando o credor titular da garantia fidejussória ou real se sujeitar ao procedimento recuperatório, hipótese em que, mesmo sem a sua aceitação, se a alienação, supressão ou substituição da garantia for aprovada em assembleia geral de credores, no âmbito do plano de recuperação judicial, estará autorizada²¹. A justificativa liga-se ao art. 49, § 2º, da Lei n. 11.101/2005, segundo o qual as obrigações contraídas antes da recuperação judicial “observarão as condições

¹⁹ O § 1º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que “Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”. O *caput* do art. 59, por sua vez, preceitua que: “O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei”. A propósito, a Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte enunciado: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória”.

²⁰ O § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005 estabelece que: “Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”.

²¹ A propósito, cita-se recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do Recurso Especial n. 1.532.943 e que restou assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. POSSIBILIDADE, EM TESE, PREVISÃO DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS FIDEJUSSÓRIAS E REAIS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. VINCULAÇÃO, POR CONSEQUENTE, DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDITORES, INDISTINTAMENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 3. Inadequado, pois, restringir a supressão das garantias reais e fidejussórias, tal como previsto no plano de recuperação judicial aprovado pela assembleia geral, somente aos credores que tenham votado favoravelmente nesse sentido, conferindo tratamento diferenciado aos demais credores da mesma classe, em manifesta contrariedade à deliberação majoritária. 3.1 Por ocasião da deliberação do plano de recuperação apresentado, credores, representados por sua respectiva classe, e devedora procedem às tratativas negociais destinadas a adequar os interesses contrapostos, bem avaliando em que extensão de esforços e renúncias estariam dispostos a suportar, no intento de reduzir os prejuízos que se avizinham (sob a perspectiva dos credores), bem como de permitir a reestruturação da empresa em crise (sob o enfoque da devedora). E, de modo a permitir que os credores ostentem adequada representação, seja para instauração da assembleia geral, seja para a aprovação do plano de recuperação judicial, a lei de regência estabelece, nos arts. 37 e 45, o respectivo quórum mínimo. 4. Na hipótese dos autos, a supressão das garantias real e fidejussórias restou estampada expressamente no plano de recuperação judicial, que contou com a aprovação dos credores devidamente representados pelas respectivas classes (providência, portanto, que converge, numa ponderação de valores, com os interesses destes majoritariamente), o que importa, reflexamente, na observância do § 1º do art. 50 da Lei n. 11.101/2005, e, principalmente, na vinculação de todos os credores, indistintamente. 5. Recurso especial provido”. (BRASIL, 2016).

originalmente contratadas ou definidas em lei”, a não ser que “de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial”.

Com relação aos créditos em moeda estrangeira, “a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano”²².

Já na assembleia geral de credores, voltada para a deliberação acerca do plano, ele poderá ser modificado, desde que haja o consentimento do devedor empresário e a alteração não implique “diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes”²³.

Por fim, consoante o art. 61, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, já abordado anteriormente, na hipótese de descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação judicial, nos dois primeiros anos da concessão do benefício, haverá a convocação da recuperação judicial em falência, o que independe de deliberação assemblear. Sob essa ótica, qualquer previsão no plano que vincule a convocação em falência à prévia aprovação da deliberação em assembleia também é considerada nula. Além disso, também será considerada nula qualquer disposição que estipule a convocação em falência somente após o inadimplemento ou a mora quanto a um determinado número de parcelas de pagamento, o que viola, frontalmente, o dispositivo legal em comento.

Portanto, é a partir da conjugação das normas jurídicas que regem a Lei n. 11.101/2005 com aquelas do direito contratual que se identificam os requisitos de validade do plano de recuperação judicial abordados a seguir, cuja não observância, a depender da extensão, pode implicar a invalidação do próprio plano.

4 REQUISITOS DE VALIDADE

Como mencionado, o plano de recuperação judicial tem natureza jurídica contratual, submetendo-se aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral. Segundo o art. 104 do Código Civil, a “validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

No que se refere à capacidade de fato, está ligada à aptidão do devedor para exercer, pessoalmente, os seus direitos e contrair obrigações. O fato de o devedor ser capaz, sob a ótica da legislação civil, não significa, necessariamente, que esteja legitimado a requerer sua recuperação judicial.

Isso porque somente o devedor que se enquadre no conceito de empresário, à luz do art. 966, *caput*, do Código Civil, se sujeita à disciplina da Lei n. 11.101/2005 e, portanto, poderá requerer o benefício da recuperação judicial²⁴.

Aliás, mesmo que se enquadre no conceito de devedor empresário, a Lei n. 11.101/2005 excluiu do seu âmbito de abrangência, total ou parcialmente, as entidades previstas em seu art. 2º, a saber: I - empresa pública e sociedade de economia mista; II - instituição financeira, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de

²² Nesse sentido, o art. 50, § 2º, da Lei n. 11.101/2005.

²³ É o que estipula o art. 56, § 3º, da Lei n. 11.101/2005.

²⁴ O art. 966 do Código Civil estipula o seguinte: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Ressalta-se, ainda, que o art. 48 da Lei n. 11.101/2005 estabelece requisitos adicionais ao pedido de recuperação judicial pelo devedor empresário, a saber: exercício regular da atividade há mais de 2 (dois) anos; não ser falido e, se o foi, ter declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial especial para microempresas e empresas de pequeno porte; não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na Lei n. 11.101/2005.

Observa-se, pois que, mesmo com o enquadramento do devedor no conceito de empresário, o não preenchimento de qualquer dos requisitos acima implicará o afastamento do benefício da recuperação judicial.

Interessa, mais, no escopo deste trabalho, o segundo requisito previsto no art. 104 do Código Civil, qual seja, “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”. Isso porque é precisamente no tocante ao objeto do plano que reside o maior problema para a concessão da recuperação judicial, dado à alardeada falta de clareza da Lei n. 11.101/2005. E, a despeito da aprovação do plano em assembleia geral de credores ou da ausência de objeção por parte dos credores, ao exercer o controle de legalidade, o Poder Judiciário poderá declarar a nulidade de determinadas cláusulas e condições do plano ou do próprio plano, a depender da extensão da ilicitude do objeto.

Por óbvio que, naquelas situações em que a afronta for direta a uma regra jurídica prevista na Lei n. 11.101/2005, não será difícil a identificação da ilegalidade. A complexidade maior ocorre nos casos em que a possível violação se dá em relação a princípios, em especial aos princípios da boa-fé objetiva, da função social da empresa, da sua preservação, bem como ao princípio da isonomia, na medida em que a análise deverá se dar de forma casuística.

De todo modo, partindo-se de uma análise jurisprudencial, é possível fixar alguns parâmetros mínimos a nortear tanto a conduta do devedor empresário quanto a dos credores, no que se refere ao plano de recuperação judicial, minimizando a insegurança jurídica ao redor do tema.

Como mencionado, a primeira regra a ser observada pelo devedor empresário é no sentido de não incluir qualquer cláusula ou condição que seja contrária ao disposto na Lei n. 11.101/2005, o que, inevitavelmente, conduzirá à invalidação pelo Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, da previsão que submeta, à prévia deliberação assemblear, a decretação da quebra do empresário na eventualidade de descumprimento do plano, já abordada. Tal determinação implicaria usurpação de atribuição judicial, com violação ao disposto nos arts. 61 e 73 da Lei n. 11.101/2005²⁵. Da mesma forma, a estipulação de extinção das ações e execuções em curso quanto à recuperanda, relativamente a créditos sujeitos ao plano, é nula, já que extrapola os limites da lide. Tal pedido deverá ser formulado perante os juízos em que tramitam ditas ações e execuções.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, a tônica é o repúdio à fraude e ao abuso de direito. Nesse contexto, qualquer condição que vise à manipulação de quórum de votação para a aprovação do plano de recuperação judicial, enquanto fraudulenta, será combatida. Registra-se,

²⁵ O art. 73 da Lei n. 11.101/2005 trata das hipóteses de convalidação da recuperação judicial em falência, a saber: I - por deliberação da assembleia geral de credores; II - pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo legal; III - pela não aprovação do plano de recuperação; IV - por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 da Lei n. 11.101/2005.

ainda, que a fraude aos interesses dos credores é causa não só de afastamento do devedor empresário individual e de administradores da pessoa jurídica devedora da gestão empresarial, mas, também, configura crime, nos termos do art. 168 da Lei n. 11.101/2005²⁶.

Quanto ao abuso de direito, estará presente sempre que não observada a justa distribuição dos ônus da recuperação judicial, de modo a se impor um sacrifício excessivo aos credores em benefício do próprio devedor empresário. A recuperação judicial não pode se prestar ao enriquecimento do devedor empresário, mas é um processo em que tanto devedor quanto credores perdem em prol de um interesse maior, que é o da preservação da empresa economicamente viável. E, com a preservação da empresa, paradoxalmente, todos ganham.

Portanto, deverão ser invalidadas as cláusulas que estabelecem: deságios injustificados; perpetuação da dívida e/ou o seu alongamento para além do prazo necessário ao soerguimento econômico-financeiro do devedor empresário; vinculação do pagamento a um percentual de faturamento, sem delimitação do prazo para a satisfação integral dos créditos; exclusão de correção monetária sem que haja uma contrapartida, como, por exemplo, a previsão de juros ou a própria redução do prazo de pagamento; modificação do plano a qualquer tempo; carência excessiva e imotivada para o início dos pagamentos. As cláusulas aqui tratadas são meramente exemplificativas, de modo que podem ocorrer outras situações de abuso.

Ao lado do princípio da boa-fé objetiva, os princípios da preservação da empresa e de sua função social também têm balizado o controle de legalidade que é promovido pelo Poder Judiciário, reforçando a possibilidade de desconsideração de votos dos credores que desaprovam o plano, em razão do abuso de direito.

Tais princípios também têm servido de embasamento para a admissão da figura do credor colaborador. Com efeito, a concessão de privilégios a credores que contribuem para a manutenção da atividade produtiva e a superação da crise econômico-financeira da empresa não tem sido considerada uma violação ao princípio da isonomia, mas, ao contrário, uma efetivação da igualdade substancial, fazendo valer os princípios da preservação da empresa e sua função social.

É, ainda, com base nos princípios da preservação da empresa e sua função social, que o juiz concederá a recuperação judicial, mediante a aplicação do quórum alternativo previsto no art. 58, § 1º, da Lei n. 11.101/2005²⁷.

Não obstante o entendimento jurisprudencial pacificado seja no sentido de que o Poder Judiciário não pode adentrar a viabilidade econômica da empresa, por óbvio que se o plano não for voltado para a preservação da atividade econômica, mas, sim, para o encerramento das atividades do devedor empresário, a recuperação judicial não poderá ser deferida, porquanto a sua finalidade essencial terá sido descumprida. Todavia, nessa hipótese, a falência não deverá ser

²⁶ O art. 64 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que: “Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles: [...] III - houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores; [...]” O art. 168, ao seu turno, estabelece o seguinte: “Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem. Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. [...]”

²⁷ O art. 58 da Lei n. 11.101/2005 dispõe o seguinte: “Art. 58. [...] § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei. [...]”

decretada, sendo que o processo deverá ser julgado extinto, sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil).

Por fim, vale mencionar que os princípios da preservação da empresa e de sua função social são relativos e devem ser contrabalanceados com outros valores e princípios, não autorizando, por exemplo, a imposição de um sacrifício excessivo aos credores.

Com relação ao princípio da *pars conditio creditorum*, viu-se que a principal discussão diz respeito à criação de subclasses, com condições distintas de pagamento. Como regra, essa medida não tem sido tolerada, especialmente quando a distinção de tratamento é suscitada entre credores homogêneos. A exceção tem se dado em função dos credores colaboradores que, efetivamente, contribuem para a superação da crise. O tratamento privilegiado aqui se justifica ante a existência de uma contrapartida pelos próprios credores, o que resguardaria a lógica aristotélica do princípio da igualdade. É claro que esse tratamento privilegiado não pode implicar a imposição de um demasiado sacrifício aos demais credores, visto que se instauraria um desequilíbrio na distribuição dos ônus da recuperação judicial.

Nota-se, portanto, que a aferição da legalidade ou não do plano de recuperação judicial não é tarefa simples, demandando uma análise casuística e um sopesamento de princípios que regem o instituto.

Ressalta-se, por fim, quanto a esse ponto, que, sempre que possível, o Poder Judiciário manterá a validade do plano, decretando tão somente a nulidade daquelas cláusulas e condições que estejam em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, naqueles casos em que as nulidades são da essência do plano, deverá ser oportunizada ao devedor empresário a apresentação de novo plano, em consonância com as exigências legais, ao invés de se decretar diretamente a sua falência, em respeito aos princípios da preservação da empresa e de sua função social. Tanto que o art. 73 da Lei n. 11.101/2005 não prevê essa hipótese como ensejadora da convalidação da recuperação judicial em falência²⁸.

O último requisito de validade previsto no art. 104 do Diploma Civil refere-se à “forma prescrita ou não defesa em lei”. No caso do plano de recuperação judicial, a exigência é de que ele seja apresentado por escrito (instrumento público ou particular), devendo conter a discriminação dos meios de recuperação judicial, a demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativo do devedor.

Uma vez presentes todos os requisitos e cumpridas as exigências legais, a recuperação judicial deverá ser concedida ao devedor empresário.

CONCLUSÃO

Ante a natureza jurídica contratual do plano de recuperação judicial, verificou-se que a sua validade vincula-se aos requisitos previstos para os negócios jurídicos, insculpidos no art. 104 do Código Civil.

Entre tais requisitos, o desafio maior reside na licitude do objeto, uma vez que o seu atendimento depende da observância das regras jurídicas previstas na Lei n. 11.101/2005, bem

²⁸ A propósito, consultar o Recurso Especial n. 1.587.559, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. (BRASIL, 2017).

como dos princípios de direito contratual e de direito concursal, que devem ser contrabalanceados, resguardando-se o equilíbrio dos direitos e interesses de todos aqueles que gravitam ao redor da empresa, com o conseqüente abandono ao foco exclusivo na relação devedor-credores.

Por envolver o balanceamento de princípios e não só a aferição de regras objetivas, sempre haverá um grau de subjetividade no controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Contudo, o devedor empresário minimizará os riscos de invalidação do seu plano de recuperação judicial se pautar a sua proposta no respeito à igualdade material entre os credores, bem como na justa distribuição dos ônus, de modo que tanto ele quanto os credores façam concessões em relação aos seus direitos, para que possam ganhar com a preservação de um interesse maior, que é a empresa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso de falência e recuperação de empresa**: de acordo com a Lei n. 11.101/2005. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, da 4ª Turma. Recurso Especial n. 1.359.311/SP - (2012/0046844-8). Recorrente: Braido – Leme Indústria Química Ltda; recorrido: Rei Frango Abatedouro Ltda. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 9 set. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 30 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201200468448&dt_publicacao=30/09/2014>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. _____. da 3ª Turma. Recurso Especial n. 1.532.943/MT (2015/0116344-4). Recorrente: Dibox – Distribuição de Produtos Alimentícios Broker Ltda.; recorridos: Banco Votorantim S/A e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 13 set. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 10 out. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1465671&tipo=0&nreg=201501163444&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161010&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. _____. da 4ª Turma. Recurso Especial n. 1.587.559/PR - (2016/0052390-6). Recorrentes: Diplomata S/A – Industrial e Comercial e outros; recorrida: Capital Administradora Judicial Ltda. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 06 abr. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 22 maio. 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1589839&tipo=0&nreg=201600523906&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170522&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresas**. O novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. **A recuperação judicial de sociedade por ações**. O princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação de Empresas. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. O credor colaborativo na recuperação judicial. In: SATIRO, Francisco; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles. **Direito das empresas em crise**: Problemas e soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 101-118.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 63, p. 71-79, jul./set. 1986.

COSTA, Daniel Carnio. Novas teorias sobre processos de insolvência e gestão democrática de processos. In: _____ (Coord.). **Comentários completos à lei de recuperação de empresas e falências**. Curitiba: Juruá, 2015. v. I. p. 17-62.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos; LIMA, Igor Silva de. Credor parceiro e o princípio *da par conditio creditorum*. In: ELIAS, Luis Vasco (Coord.). **10 anos da lei de recuperação de empresas e falências: Reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 139-158.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In: ALVES, José Carlos Moreira; GOZZO, Débora; REALE, Miguel. (Coord.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55-72.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 255-281.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Do procedimento de recuperação judicial. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. Lei 11.101/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-313.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento n. 0100844-07.2013.8.26.0000. Agravante: Itaú Unibanco S/A; agravados: Ótica Voluntários Ltda. (em recuperação judicial) e outros. Relator: Desembargador José Reynaldo. São Paulo, 3 fev. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, n. 1603, p. 1700, 28 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. _____. da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento n. 2051678-64.2016.8.26.0000. Agravante: Banco Mercantil do Brasil S/A; agravado: PVTEC Indústria e Comércio de Polímeros Ltda. (em recuperação judicial). Relator: Desembargador Fábio Tabosa. São Paulo, 15 ago. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, n. 2189, p. 1.169, 29 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. _____. da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravo de instrumento n. 2174259-81.2016.8.26.0000. Agravante: Banco do Brasil S/A; agravado: D.F.M. Indústria Química Ltda. (em recuperação judicial). Relator: Desembargador Carlos Alberto Garbi. São Paulo, 28 nov. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, n. 2260, p. 2.038, 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

SZTAJN, Raquel. Função social do contrato e direito de empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 139, p. 29-49, jul./set. 2005.

VELOSO, Zen. Fato jurídico – ato jurídico – negócio jurídico. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 132, p. 87-95, jan./mar. 1995.) Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176311/000495714.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 set. 2016.

A TUTELA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO EM FACE DA RESOLUÇÃO N° 400 DA ANAC SOB A ÓPTICA DA LEI ANTITRUSTE

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Mestrado em Relações Privadas, Sociedade e Desenvolvimento do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Procurador Federal. fabiodeholanda@yahoo.com.br

Jéssica Mendes Dutra

Mestranda em Relações Privadas, Sociedade e Desenvolvimento pela UNI7. jessicamendes@hotmail.com.br

RESUMO: O objetivo geral deste artigo consiste em investigar a tutela coletiva do consumidor em juízo no Brasil sob o enfoque específico de ação civil pública que discute a alteração das regras do transporte aéreo. Procedeu-se com o estudo dos institutos de defesa do consumidor ligados às recentes alterações das regras do transporte aéreo, reconhecendo-se também que os princípios de defesa da concorrência têm como pano de fundo, além da aplicação do princípio constitucional da livre iniciativa, a defesa do destinatário final, a tutela do consumidor, dada a tendência de consolidação de oligopólios capazes de aguçar a vulnerabilidade técnica, econômica e informacional em desfavor do player fraco dessa relação. A metodologia utilizada foi a análise de documentos e da bibliografia especializada sobre o tema, além da análise de julgados. No caso concreto que se pretendeu analisar, viu-se que a retórica defendida pelo órgão de defesa do consumidor na ação coletiva foi no sentido de que a Agência Reguladora deveria restringir a liberdade do mercado de transporte aéreo proposta no Resolução n° 400, a fim de supostamente defender este player fraco da relação, haja vista a provável exploração econômica que este virá a sofrer mediante a desregulação dos serviços. Entendeu-se no presente arrazoado, porém, que a confessada desregulação do serviço de transporte aéreo, ao invés de fragilizar a condição do passageiro e aguçar a vulnerabilidade peculiar da respectiva relação de consumo, poderá ter efeitos diametralmente opostos, na medida em que a ampliação da concorrência tenderá a trazer mais opções de mercado, com passagens mais baratas, inclusive, de modo a contemplar os variados segmentos e perfis dos contratantes (tanto os passageiros quanto as empresas), fazendo que com seja possível a retomada de crescimento do setor, cuja manutenção das premissas normativas anteriores (concebidas historicamente em outra época, registre-se), impingia excessiva oneração aos contratantes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Privado. Tutela coletiva do consumidor em juízo. Transporte aéreo. Livre concorrência.

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 26 abr. e 31 maio 2017.

The guardianship of the consumer in court considering ANAC's Resolution 400 from the standpoint of antitrust law treatment

ABSTRACT: *The purpose of this article is to investigate the consumer's collective guardianship in Brazilian courts focusing specifically on Public Civil Actions that discuss the modifications in air transportation rules. In the procedure, consumer's defense institutes connected with the recent changes on the air transport's rules have been studied, also recognizing that the principles of competition policy have as background, besides the application of the constitutional principle of free enterprise, the defense of the final recipient, consumer's guardianship, given the consolidation's trend of oligopolies capable of sharpening technical, economic and informational vulnerability in detriment of the weak player from this relationship. The methodology adopted was the analysis of documents and the specialized bibliography on the subject, besides the analysis of judgments. In the specific case that was intended to be analyzed, it was seen that the rhetoric defended by the consumer defense organization in collective action was in the sense that the Regulatory Agency should restrict the freedom of the air transport market proposed in Resolution 400, in order to supposedly defend this weak player of the relationship, given the probable economic exploitation that this will suffer through the deregulation of services. It is understood, however, that the confessed deregulation of the air transport service, instead of weakening the passenger's condition and sharp the peculiar vulnerability of the consumption's respective relation, could have diametrically opposed effects, inasmuch as the expansion competition will tend to bring more market options, with cheaper airfares, including, a way to contemplate the various segments and profiles of contractors (both passengers and companies), making possible to resume growth in the sector, whose maintenance of the previous normative premises (historically conceived in another time, registering), imposed excessive burden on contractors.*

KEYWORDS: *Private Law; Collective guardianship of the consumer in court; Air transportation; Free competition.*

INTRODUÇÃO

O interesse pelo estudo do presente tema se justifica primeiramente por se tratar de recentíssima novidade legislativa trazida à tona através Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, oriunda da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), ainda sem reflexão específica por parte da comunidade acadêmica, em cuja ambientação um dos autores se insere, tanto no aspecto docente, dado o aprofundamento dos estudos relacionados com os institutos de direito privado, notadamente em relação aos desafios das relações consumeristas na contemporaneidade, quanto, no âmbito forense, através do acompanhamento de lides envolvendo particulares e o Estado, sob o pálio do microsistema das relações de consumo que, no caso em liça, se relaciona com a repercussão judicial da referida norma que altera as regras do transporte aéreo de passageiros.

O objetivo geral do presente artigo é analisar em que medida as alterações empreendidas pela Agência Nacional de Aviação Civil se inserem no contexto de defesa do consumidor do transporte aéreo no Brasil. O objetivo específico se revela na análise circunstanciada dos argumentos trazidos pelos órgãos de proteção do consumidor em juízo, com a avaliação teórica de estarem ou não adequados às normas deste microsistema de direito privado.

A metodologia que se pretende adotar no enfrentamento do tema é a análise de documentos oficiais a par de seu cotejo com a legislação de espécie e a dialética processual que se instau-

rou acerca deste recentíssimo assunto relacionado com as relações privadas envolvendo os grandes conglomerados das empresas de transporte aéreo, os consumidores e o órgão de regulação estatal.

Inicialmente, cumpre esclarecer o leitor, por apego à didática, que até o momento da elaboração do presente artigo, existiam três ações civis públicas deflagradas com o propósito de impugnar alguns dispositivos da referida norma setorial, sendo a primeira delas ajuizada na Seção Judiciária do Estado do Ceará e as outras duas no Estado de Pernambuco e no Distrito Federal. Importante esclarecer, ainda, que não existia decisão de mérito em nenhuma das lides até então.

Por meio da Ação Civil Pública (ACP) nº 0816363-41.2016.4.05.8100, em curso na 10ª Vara Federal do Ceará, o Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), órgão integrante do Sistema Municipal de Defesa do Consumidor (*ut* Lei Complementar nº 187, de 1º de dezembro de 2014), ajuizou demanda em desfavor da ANAC postulando a revogação de alguns dispositivos da Resolução (quais sejam, os artigos 3º; 4º, § 2º; 9º; 11 e 19).

A ACP nº 0810187-28.2016.4.05.8300, em trâmite na 9ª Vara Federal de Pernambuco, protocolada também pelo PROCON em desfavor da ANAC, encampa impugnações à Resolução com base nos artigos 5º, IV; 9º, *caput*; 12, § 1º, I; 13, § 1º; 14, *caput* e § 2º; 15, § 1º e 32, § 2º, I e II.

Resumidamente e para fins de contextualizar o leitor sobre o desenvolvimento do texto, afirma-se na exordial desta ação judicial que “o despacho de bagagem é gratuito para malas de até 23 (vinte e três) quilos em voos domésticos e para duas malas de até 32 (trinta e dois) quilos, cada uma, em voos internacionais”; e que “os fornecedores poderão, de maneira arbitrária e sem qualquer controle, alterar o limite de peso para menor, podendo o fazer sob qualquer justificativa”, dentre outras ilações.

Por fim, em relação à ACP nº 0000752-93.2017.4.01.3400 (pendente na 4ª Vara Federal do Distrito Federal), manejada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em desfavor da ANAC, postulou-se a anulação dos artigos 13, *caput*; 15 e 45, da Resolução, com o visio de fazer a Agência se abster de autorizar a cobrança por bagagem dentro dos limites da franquia estabelecidos na legislação anterior.

Pois bem, apresentadas algumas premissas em que se fundará o debate acadêmico no presente arrazoado, com inuidosa problemática de âmbito nacional, ilustrar-se-ão a seguir alguns aspectos teóricos relacionados com a tutela coletiva do consumidor em juízo, sua proteção sob o prisma do direito antitruste, além de reflexões sobre a Política Nacional das Relações de Consumo que, dentre outros princípios, assenta a necessidade de harmonização dos interesses entre fornecedores e consumidores, de modo a não privilegiar a defesa irrestrita do vulnerável de tal sorte que aniquile a atuação empresarial daqueles.

As críticas que o artigo enfrentará serão suficientes contribuições para o avanço e tratamento de tema tão caro para quem, como os autores, fomentam a dialética acerca dos direitos fundamentais e dos institutos de direito privado quando do enfrentamento de temas contemporâneos.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

Sem a preocupação de verticalizar o debate sobre a já repisada diferença doutrinária entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que tem a importante valia de apresentar ao estudante da tutela judicial coletiva os diversos envoltivos e graus de generalidade de pessoas que podem se unir em determinadas relações jurídicas, interessa nesse momento tangenciar alguns aspectos teóricos relacionados com o tratamento judicial de interesses dos consumidores.

A tutela do consumidor em juízo não se resume à mera disciplina processual inserida no CDC, pois deve contemplar a evolução desse segmento do direito privado que trouxe princípios próprios na disciplina da matéria. A propósito do tema que se pretende debater, relacionado com o tratamento das regras do transporte aéreo aos passageiros em geral, pertinente se afigura tangenciar a lógica dos contratos de adesão, em cujas vantagens se insere permitir a facilitação da aquisição de serviços pela sua operacionalidade mais cômoda, contrapondo-se à mitigação da autonomia da vontade (na medida em que as cláusulas seriam estabelecidas previamente, sem possibilidade de negociação caso a caso).

Em contraponto à impossibilidade de os celebrantes tergiversarem sobre os termos da avença por ocasião desta modalidade contratual, aviltou-se a necessidade de revisão de alguns pactos, não apenas nas hipóteses excepcionais da teoria da imprevisão, mas também para afastar a aplicação de cláusulas abusivas, relativizando o dogma da intangibilidade do contrato, vigente no período clássico da teoria contratual, e mais recentemente, no Brasil, através do histórico Código de Beviláqua (1916).

No direito brasileiro, a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.765/65), a da ACP (Lei nº 7.347/85) e o CDC (Lei nº 8.078/90) retratam a preocupação do legislador em disciplinar a tutela de direitos coletivos (em sentido amplo), principalmente nas questões ambientais e consumeristas, ínsitas à pós-modernidade. A despeito da cronologia das leis de ação popular e da ACP, coube ao CDC trazer o conceito legal de direitos difusos e coletivos (em sentido estrito) e acrescentar a eles os direitos individuais homogêneos.

No caso dos consumidores que se julguem supostamente prejudicados pela alteração das regras impugnadas nas ações coletivas em epígrafe, que é fruto de uma mentalidade de desregulação já instituída na maioria dos países do Ocidente, corolário do amadurecimento da livre concorrência e do liberalismo de mercado no segmento da aviação civil, identifica-se uma nítida expressão da tutela coletiva do consumidor em juízo.

Os sistemas processuais da defesa do consumidor e da Lei nº 7.347/1985 constituem um “microsistema processual coletivo”, nas palavras de Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p. 454), utilizando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil (CPC). Por conseguinte, no caso da desregulação das normas de transporte aéreo no Brasil, verifica-se que as dificuldades enfrentadas no embate entre o mercado livre e defesa do consumidor recomendam um modelo diverso de formatação das lides de natureza coletiva, capaz de contemplar direitos que extrapolam o espectro individual.

Com lastro no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, orienta-se a não limitar as hipóteses de cabimento desse instrumento catalizador dos interesses individuais representados, de modo a evitar novas demandas que possuam a mesma causa de pedir. Deve-se, nesta linha de raciocínio, perseguir resultados capazes de conduzir a uma certeza jurídica emergente do julgamento requestado pelas partes.

Verifica-se, ainda, que em face do inerente ativismo judicial na condução destas ações, a listagem dos processos coletivos procedida na introdução do presente artigo facilitará o mapeamento do entendimento judicante que servirá de farol na consolidação da tese vencedora sobre as pretendidas mudanças nos contratos de transporte aéreo que foram anunciadas, cuja tônica é o aprimoramento da liberdade de mercado e estímulo da concorrência entre as companhias aéreas.

Politicamente, também se verificam vantagens na priorização da solução de determinados conflitos no viés coletivo, haja vista a facilidade do acesso à justiça e o menor dispêndio econômico, capaz de tornar o mister do Poder Judiciário mais racional dada a aptidão de neutralizar as vantagens dos litigantes habituais e dos mais fortes.

Em relação à legitimidade do PROCON para iniciar as demandas coletivas na conformidade do que se noticiou em epígrafe (considerando que a do CFOAB é incontestada, conforme se extrai do figurino constitucional), convém identificar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) importantes precedentes. No AgRg no REsp. 512.382/DF (da relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, da Quarta Turma e julgado em 14.08.2012), decidiu-se que tal órgão era legitimado à propositura da ação visando questionar o reajuste de mensalidades de plano de saúde. No REsp. 200.827/SP (da relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, da Terceira Turma e julgado em 26.08.2002), já havia se pronunciado no sentido de acolher a legitimidade da Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor para questionar a cobrança indevida de taxas pelas administradoras de imóveis.

Sob o ponto de vista da regularidade formal, tanto no aspecto da legitimidade ativa, quanto da adequação da via instrumental eleita, portanto, identificam-se como legítimas as pretensões deduzidas nas ACP's *sub oculi*.

Na esteira do pensamento de Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 76-90), o juiz deve buscar facilitar o acesso à justiça, na medida do possível, superando vícios processuais em razão da função social de desvendar o mérito da demanda coletiva na busca da efetivação dos valores democráticos, recomendando-se que ao invés de extinguir a ação por ilegitimidade da parte autora, por exemplo, publique editais convidando outros legitimados a aderir na angularização do processo.

É o espírito de enfretamento meritório das grandes questões que emergem da vida gregária, que se espera esteja incorporado na dinâmica do Poder Judiciário. Adiante com o debate.

2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SOB O PRISMA DO DIREITO ANTITRUSTE.

Na esteira do pensamento do sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2011, p. 55-79), a sociedade de consumo contemporânea tem por base a premissa de satisfazer os desejos humanos de uma forma que nenhuma outra sociedade do passado pôde realizar, num tempo cada vez mais curto e de formas cada vez mais indefinidas, inconstantes, instantâneas. Consolidou-se a sociedade do consumo de massa.

É característico desta pós-modernidade¹ a inexistência de tempos contínuos no que se refere ao ciclo de vida dos produtos e das decisões humanas, observando-se que os seus ciclos

¹ Destaque-se que se utilizou inicialmente da expressão pós-modernidade (BAUMAN, 2011) e que, posteriormente, veio a substituir pelo conceito de modernidade líquida, no livro homônimo. Esse conceito de sociedade pós-moderna é também utilizado por Baudrillard, (2008). Esse, também, é um termo que foi bastante utilizado por Ulrich Beck, que

de vida estão cada vez menores (afinal, eram fabricados para durarem por longo período e hoje são substituídos num piscar de olhos, por outros supostamente mais modernos, mais úteis e que trarão, hipoteticamente, mais felicidade² ao seu possuidor).

No que diz respeito às viagens de avião, mais especificamente, a despeito dos números em queda no último ano (7,8% menor do que 2015), é fato que a população brasileira experimentou nos dez anos anteriores um significativo incremento na opção pelo transporte aéreo³, tendo havido considerável capilaridade destes deslocamentos entre as pessoas das diversas faixas econômicas.⁴

A ambientação com essa nova modalidade de transporte teve o condão de incrementar o consumo de massa, inserindo os consumidores em geral nos riscos contratuais que são peculiares desta modalidade de aviação, potencializada pelo amplo acesso à *internet*. Diante dessa realidade, não se pode olvidar que o consumidor está cada vez mais vulnerável em face de um mercado cada vez mais organizado, globalizado, no qual há uma predominância de grandes empresas e de grandes monopólios ou oligopólios compostos fortes grupos empresariais (onde se incluem as empresas aéreas).

Antecipadamente aos esclarecimentos constantes no tópico 4 do presente artigo, é bom que se diga que o Comando da Aeronáutica, órgão responsável pela regulação da aviação civil no Brasil antes da criação da ANAC, tinha como principal objetivo a segurança nacional, sobretudo na defesa das fronteiras, sendo de notar, à época, a incipiência da regulação de cunho econômico, voltada à defesa da concorrência. Estava-se diante de outro contexto histórico.

No que se refere à doutrina de escolha do consumidor, registra-se intenso debate doutrinário travado entre Robert Lande (1997) e Robert Bork (1993), nos Estados Unidos, no qual o primeiro defendia que o objetivo principal da política antitruste seria a garantia do direito de escolha do consumidor, enquanto o segundo advogava que o principal desiderato do legislador ao promulgar a lei antitruste seria a busca pela eficiência do mercado.

Independente da primazia de uma ou outra tese, pode-se afirmar que tanto a liberdade de escolha quanto a eficiência econômica são complementares ou interdependentes, afinal, de que vale a liberdade de escolha se não houver eficiência econômica? De que adianta a eficiência econômica se o consumidor não for livre para a escolha que lhe convier?

No Brasil, corolário da previsão constitucional da defesa da concorrência (um dos princípios gerais da atividade econômica, com assento no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 – CF/88), valida-se a legislação infraconstitucional que objetiva a concretização desta norma, como a Lei nº 12.529/2011, que estabeleceu alguns controles e a Lei nº 8.137/1990, que criminalizou diversas condutas.

A sociedade de consumo de massa tem como grande desafio a conciliação de valores, supostamente antagônicos, como o livre acesso ao consumo, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor. O artigo 173, § 4º, da CF/88, estabeleceu que a lei reprimirá o abuso do poder

assinou no prefácio de sua mais renomada obra: “[o] tema deste livro é o discreto prefixo ‘pós’. Ele é a palavra chave de nossa época” (BECK, 2011). Pode-se afirmar, guardadas algumas peculiaridades de cada obra, que os referidos autores ao falarem sobre a sociedade pós-moderna, estão a falar sobre a sociedade contemporânea, o aqui e o agora.

² Conforme ressalta Jean Baudrillard: “é no consumo do excedente e do supérfluo que tanto o indivíduo como a sociedade, se sentem não só existir, mas viver” (BAUDRILLARD, 2008, p. 40). Esse viver para consumir é o que traz a felicidade momentânea ao consumidor.

³ Nota Técnica ANAC nº 11/2016/GEAC/SAS.

⁴ Com efeito, nos anos 2000, pouco mais de 35 milhões de passageiros viajavam por ano, ao passo que atualmente são quase 120 milhões, conforme Anuário Estatístico da ANAC de 2015.

econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, reforçando o compromisso do Estado com a proteção do consumidor.

É bom que se diga que o constituinte originário não trouxe o conceito de livre concorrência, deixando ao legislador ordinário e ao intérprete tal incumbência, que a depender do contexto em que são aplicadas e de acordo com a visão de quem o aplica, pode induzir circunstancialmente a proteção do consumidor e os objetivos das políticas antitruste.

A propósito, a Lei nº 12.529/2011 menciona o termo consumidor em seu artigo 1º, ao incluir sua defesa entre os princípios de defesa da concorrência, entretanto, não traz, em nenhum momento, a definição ou conceito de consumidor, no entanto, o artigo 115 determina a aplicação subsidiária do CDC. Nesse diapasão, há quem defenda que o conceito de consumidor pode ser unificado, para efeito de aplicação de ambas as legislações.

Conforme leciona Rizzato Nunes (2012. p. 102), a livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado, significando, portanto, que o produtor/fornecedor tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que os de seus concorrentes. Essa obrigação é posta *ad infinitum*, de forma que sempre haja melhora. Evidente que esse processo de concorrência se faz não só pela qualidade, mas, principalmente, pelo preço. O forte elemento concorrencial na luta pelo consumidor é o binômio qualidade/preço.

Autoriza-se inferir, a priori, que a concorrência tem papel fundamental em dois aspectos relevante para a melhoria do bem-estar do consumidor: preço e qualidade. Mas, se é justamente por meio da defesa da concorrência que se garante um mercado com vários fornecedores/produtores, não se pode deixar de mencionar um terceiro aspecto relevante que são os princípios antitrustes de garantia da liberdade de escolha. Aqui, garantir a liberdade de escolha é assegurar que sempre haverá no mercado um satisfatório número de players concorrendo em igualdade de condições.

Relacionado com o princípio da autonomia da vontade, o direito de escolha é expressamente mencionado no artigo 6º, inciso II, do CDC (“a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, assegurada a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações”), sendo dever do órgão de regulação, no presente estudo, preservar o necessário protagonismo volitivo do consumidor em todas as fases da relação de consumo (não apenas na celebração da avença e mesmo após o término da execução), sempre o fazendo de modo inteligível, a par do desenvolvimento do mercado para as companhias aéreas.

De certa forma, há consenso na afirmativa de que os consumidores são beneficiados pela concorrência pois ela acarreta menores preços (MAGALHÃES, 1976, p. 3-5), pois quanto maior a qualidade e a diversidade de produtos e serviços colocados à disposição da sociedade (FONSECA, 2001. p. 78), liberdade de escolha, como pressuposto do direito de acesso ao consumo (MALARD, 1997, p. 134).

Na relação entre defesa do consumidor e normas concorrenciais um ponto deve ficar claro, conforme aduz Calixto Salomão Filho (2003. p. 81), “o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais não o transforma em destinatário jurídico direto das mencionadas normas”, afinal, muitas vezes é apenas através da proteção da instituição “concorrência” que seu interesse será protegido. O posicionamento do autor supracitado é no sentido de que a legislação de defesa da concorrência tem como foco direto a proteção do mercado e indiretamente a proteção do consumidor.

3 A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS REITORES DA RESOLUÇÃO Nº 400 DA ANAC.

Há que se esclarecer que as agências reguladoras não são órgãos de defesa do consumidor e, assim, não integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. A regulação deve ser um ponto de equilíbrio baseado na harmonização dos interesses dos fornecedores e dos consumidores, assentada na viabilização e dinamização do serviço ou produto regulado. É verdade, registre-se, que as agências reguladoras não podem desprezar as leis de proteção do consumidor, devendo refleti-las em suas normas de regulação (PFFEIFFER, 2016, p. 91).

Na esteira do artigo 7º, *caput*, do CDC, a teoria do diálogo das fontes teve sua utilidade emergida por ocasião da promulgação do Código Civil de 2002 (CC-02), quando surgiram indagações acerca do possível conflito entre as normas dos dois códigos. A solução não é excludente, mas conciliadora e, segundo Cláudia Lima Marques (2005, p. 78), “as normas do CC-02 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias e no que couber, ou quando especificarem sua aplicação ao caso concreto”.

A proteção do consumidor transcende a normatização do CDC, devendo haver uma simbiose de outras fontes normativas capazes de tutelar a flagrante desigualdade de posições na assunção das obrigações consumeristas, notadamente quando se está diante de um cenário de poucas empresas que detêm a condição de fornecedoras dos serviços de transporte aéreo de passageiros.⁵

Enquanto exemplo de normais setoriais que foram sindicadas judicialmente por alegados desacertos com a legislação consumerista, tem-se que a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) editou resolução que desprezava preceito do CDC e, assim, era inválida. É que o parágrafo único da Resolução nº 85 da Agência determinava, em caso de cobrança indevida no serviço de telefonia fixa comutada, a devolução do mesmo valor cobrado mais os respectivos encargos, o que contrariava o texto expresso do artigo 42, parágrafo único, do CDC. A norma foi posteriormente revogada pela ANATEL através da Resolução nº 426, de 9.12.2007, cujo artigo 98, parágrafo único, determina a devolução em dobro ao usuário que efetuar o pagamento de quantia cobrada indevidamente.

Noutro caso, alinhando-se como as normas de defesa do consumidor, a Resolução nº 567, de 24.5.2011, da mesma ANATEL alterou regulamentos de diversos serviços a fim de adequá-los às disposições do Decreto nº 6.523, de 31.7.2008, que regulamentou o CDC para fixar normas gerais sobre Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

Vê-se, portanto, que já existe um histórico de debates judiciais em que se digladiam as normas oriundas das Agências Reguladoras no Brasil e a legislação de espécie voltada à defesa do consumidor. Antes de se verticalizar o debate sobre as alterações intentadas pelas regras do

⁵ Não é demais lembrar do caso em que normas setoriais conflitavam com normas do CDC no caso de indenização por extravio de bagagem em transporte aéreo, onde todos os diplomas legais determinavam a indenização, mas o ponto controverso era o *quantum* indenizatório, pois enquanto o CDC estabelecia a regra da efetiva reparação (artigo 6º, VI) tanto o Código Brasileiro de Aeronáutica quanto a Convenção de Varsóvia impunham limites ao valor, tarifando-o. O STJ (REsp. 1289629) decidiu que prevalece a regra do CDC uma vez que se informe, no conhecimento de transporte, o conteúdo da mercadoria transportada. O STF (RE 297901 e está rediscutindo na repercussão geral no RE 636331), porém, julga diferente (exceto quanto ao eventual dano moral) a matéria quando há transporte aéreo internacional, entendendo prevalecer a Convenção de Varsóvia.

transporte aéreo, convém que se tangencie o histórico normativo do transporte aéreo, preparando o enfrentamento da atuação da ANAC e sua Resolução nº 400.

A Convenção de Varsóvia, datada de 1929, foi a primeira norma a tratar da aviação. Naquele momento, a proteção do transportador, com a mitigação de sua responsabilidade, era a tônica da regulação do setor. Tal orientação foi mudando nas décadas seguintes (Convenções de Haia, em 1955; Montreal, em 1966; Guadalajara, em 1971; e novamente Montreal em 2006), com a ampliação dos limites indenizatórios e a maior responsabilização do fornecedor, cuja imputação passou a ser objetiva.

O setor aeronáutico no Brasil, antes da criação da ANAC, se afastava do arcabouço típico do surgimento das outras Agências. Neste segmento, a prestação dos serviços aéreos não era monopólio estatal e tampouco executado, em sua maior parte, diretamente pela Administração Pública. O setor privado, antes mesmo da existência da ANAC, já provia a demanda por serviços aéreos. Muitos dos leitores se recordarão das companhias Varig, Vasp, e Transbrasil, por exemplo.

Assim, o surgimento da ANAC⁶, diferentemente do surgimento de outras agências reguladoras, não foi precedido da desestatização de serviço público ou privatização de empresa pública prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica. Antes mesmo da criação da ANAC, já eram desempenhadas as atividades de fiscalização e de definição dos contornos das atividades de aviação civil, as quais estavam a cargo, à época, do Comando da Aeronáutica, nos termos da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.

Não à toa, parte do conteúdo que se disciplinou na Resolução ANAC nº 400 estava tratado em normas editadas pelo referido órgão militar (Portaria nº 767/CG-5, de 13 de novembro de 2000). É bom que se esclareça, no entanto, que o cenário da época e, conseqüentemente, o escopo da regulação eram bastante diversos da finalidade regulatória atual.

Quanto à vulnerabilidade dos consumidores neste segmento de mercado, é fato que nem as associações, nem os órgãos de proteção ao consumidor dispõem de conhecimentos técnicos para compreender e participar ativamente do processo regulatório, não tendo, inclusive, recursos financeiros para a contratação de especialistas. De outro lado, os fornecedores de serviços públicos regulados possuem conhecimentos técnicos e capacidade econômica superior não só em relação aos consumidores, mas também em relação às próprias agências reguladoras. Diante disso, a iniciativa da ANAC de promover audiências públicas antes da edição da norma em debate, teve o condão de atenuar tais assimetrias.

A Resolução nº 400 está ancorada na Nota Técnica ANAC nº 11/2016/GEAC/SAS, de 17 de maio 2016, que contemplou o estudo sobre os possíveis efeitos da desregulamentação da franquia de bagagem despachada no mercado de transporte aéreo, fruto da Agenda Regulatória da ANAC para o biênio 2015-2016, aprovada por meio da Portaria nº 2975/DIRP, de 10 de dezembro de 2014. Segundo o item 14 da Nota Técnica, as medidas de flexibilização das condições de prestação dos serviços de transporte aéreo têm proporcionado o desenvolvimento desses serviços, através da ampliação da concorrência entre as empresas do setor e inúmeros benefícios aos passageiros a médio e longo prazo.

Por fim, é importante registrar que se inserem como medidas de desregulamentação: a implantação do regime de liberdade tarifária em voos domésticos e internacionais no Brasil; a

⁶ A competência da ANAC sobre a matéria exsurge do disposto no Código Brasileiro de Aeronáutica (artigo 193) e é confirmada pelo artigo 8º, incisos IV e X, da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005. O poder de elaborar normas nessa matéria é intrínseco ao poder regulador conferido à Agência, sem o qual não poderia exercer a finalidade, definida no artigo 2º da lei de criação, de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil.

livre iniciativa para a constituição de novas empresas aéreas; e a liberdade de oferta de voos em qualquer linha aérea no país. A referida Nota Técnica projetou os seguintes benefícios com a norma: a ampliação da concorrência no setor; a criação de novas empresas aéreas; a expansão da oferta de voos; a diversificação dos serviços e de tarifas; a melhoria da eficácia operacional; a inovação; a redução das tarifas; o incremento da demanda por transporte aéreo; e a inclusão social.

4 A DIALÉTICA CIRCUNSTANCIADA DO MÉRITO DA ACP Nº 0816363-41.2016.4.05.8100

Por meio da Ação Civil Pública (ACP) nº 0816363-41.2016.4.05.8100, em curso na 10ª Vara Federal do Ceará, o Departamento Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), órgão integrante do Sistema Municipal de Defesa do Consumidor (*ut* Lei Complementar nº 187, de 1º de dezembro de 2014), ajuizou demanda em desfavor da ANAC postulando a revogação de alguns dispositivos da Resolução (quais sejam, os artigos 3º; 4º, § 2º; 9º; 11 e 19).

Tais normas, segundo o demandante, impingiriam ao *player* fraco dessa relação (o consumidor) que custeasse as despesas com o transporte de sua bagagem, resultando em elevação significativa do preço final do serviço, o que teria o condão de se configurar prática abusiva, capitulada no artigo 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Em síntese, entendeu-se que ao estabelecer que “as multas contratuais não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo”, estar-se-iam violando os princípios constitucionais da dignidade humana, proporcionalidade e razoabilidade (sem, no entanto, existirem maiores elucubrações sobre o porquê de tais violações). Afirmou-se que a redução do prazo para arrependimento da compra de passagens aéreas (para vinte e quatro horas) iria de encontro ao que prescreve o artigo 49 do CDC (sete dias) e que a regra que prevê o não cancelamento automático do trecho de volta pelo transportador (no caso de não embarque do consumidor no trecho de ida) também seria uma prática abusiva.

De outro lado, a ACP nº 0810187-28.2016.4.05.8300, em trâmite na 9ª Vara Federal de Pernambuco, protocolada também pelo PROCON em desfavor da ANAC, encampa impugnações à Resolução com base nos artigos 5º, IV; 9º, *caput*; 12, § 1º, I; 13, § 1º; 14, *caput* e § 2º; 15, § 1º e 32, § 2º, I e II.

Resumidamente, afirma na exordial que “o despacho de bagagem é gratuito para malas de até 23 (vinte e três) quilos em voos domésticos e para duas malas de até 32 (trinta e dois) quilos, cada uma, em voos internacionais”; e que “os fornecedores poderão, de maneira arbitrária e sem qualquer controle, alterar o limite de peso para menor, podendo o fazer sob qualquer justificativa”, dentre outras ilações.

Por fim, em relação à ACP nº 0000752-93.2017.4.01.3400 (pendente na 4ª Vara Federal do Distrito Federal), manejada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) em desfavor da ANAC, postulou-se a anulação dos artigos 13, *caput*; 15 e 45, da Resolução, com o visio de fazer a Agência se abster de autorizar a cobrança por bagagem dentro dos limites da franquia estabelecidos na legislação anterior.

Com o propósito de conduzir o presente artigo ao pragmatismo necessário das pesquisas jurídicas, enquanto ciência social aplicada, resolveu-se pontuar neste tópico o desenvolvimento das críticas específicas à Resolução nº 400 da ANAC, elegidas pelo órgão de defesa do consumidor na ACP nº 0816363-41.2016.4.05.8100 (a que primeiro foi ajuizada, em curso na Justiça Federal do Ceará e que, possivelmente, será declarada preventa em relação às demais), de modo

a promover reflexões e eventuais contrapontos, com lastro na teoria desenvolvida em epígrafe e nas conclusões da Nota Técnica nº 19(SEI)/2016/GCON/SAS, visando ambientar o leitor à complexa dinâmica de tutela do consumidor em juízo.

Em relação ao artigo 3º da norma setorial, tem-se uma previsão de que seja disponibilizada ao menos uma tarifa e que a multa pelo reembolso ou remarcação não ultrapasse 5% do valor total dos serviços de transporte aéreo. A disposição é atacada sob o argumento de que representaria uma vantagem manifestamente excessiva, na forma do artigo 39, V, do CDC e de que extrapolaria a inteligência do § 3º do artigo 740 do CC-02, que dispõe sobre o direito rescindir o contrato de transporte e da restituição do valor da passagem (desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada), tendo o transportador direito de reter até cinco por cento da importância a ser restituída.

Diferente do que alega o órgão de defesa do consumidor, imagina-se que opção regulatória da ANAC buscou conferir concretude ao disposto no Código Civil, conferindo mais liberdade de escolha ao consumidor, que poderá optar entre contratar a tarifa mais cara, com a compensação de uma multa menor nos casos de remarcação e reembolso, ou contratar aquela de preço mais acessível e convidativo, mas que, de outro lado, imponha maiores restrições nos casos de remarcação e reembolso.

Fato é que submeter todas as tarifas a esse teto comum de multa afrontaria o direito de escolha do consumidor e implicaria a situação de elevação do valor da prestação de serviços aéreos, deturpando a própria *mens legis* do § 3º, do artigo 740 do CC-02, conforme atesta sua exposição de motivos, que é expressa ao afirmar que o código tem caráter genérico e deve se coadunar com a legislação especializada aplicada ao caso, servindo tal norma apenas como uma orientação aos agentes reguladores do transporte. Logo, entende-se que sua aplicação deve ser condicionada às condições que o mercado se sujeita e aos regulamentos incidentes.

Acrescente-se que a lógica do transporte aéreo dificulta a aplicação do preceito geral civilista, pois o legislador não estabeleceu o tempo razoável à renegociação, impossibilitando o passageiro de dispor de tempo suficiente para a renegociação.

Imagina-se que com a manutenção do artigo 3º, conseguir-se-á respeitar as práticas comerciais do setor, que visam assegurar preços mais baixos aos consumidores, tendo em vista que se trata de uma dinâmica salutar ao setor, contribuindo para que o transportador tenha certeza dos clientes que irá transportar, podendo assim fazer ofertas a preços mais baixos, com restrições mais altas para alterações e cancelamentos. A limitação de todas as multas contratuais a patamares mínimos impediria a diferenciação dos serviços e o gerenciamento tarifário, acarretando aumento do preço das passagens para todos, independentemente da antecedência da aquisição.

Quanto ao artigo 9º da norma em testilha, direcionado à especificação das multas contratuais, que não poderão ultrapassar o valor dos serviços de transporte aéreo, limita-se o órgão demandante a atacar o dispositivo por entender que a conduta se insurge contra os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade dentre outros. Defende, ainda, que a norma em análise diverge do suposto papel das Agências, em que se incluiria a proteção do consumidor.

Salvo melhor juízo, entende-se neste caso que a norma setorial tende a proteger o consumidor, diferente do que professa a entidade demandante, tendo em vista que a norma trata de um teto e não de uma regra geral de que a multa, em todas as situações e em todas as tarifas, deverá ser equivalente a esse valor, na esteira do que já prescrevia o artigo 412 do CC-02 (“o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”), não sendo

demais lembrar que os serviços de transporte aéreo já estão sujeitos ao regime da liberdade tarifária (artigo 49 da Lei 11.182/2005).

Outra norma impugnada na ação coletiva foi artigo 11, que trata da desistência da passagem adquirida, a qual poderá ser realizada, sem ônus, desde que feita no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do comprovante. Na óptica do PROCON cearense, o artigo fere o disposto no artigo 49 do CDC, o qual prevê o prazo de 7 (sete) dias para o exercício do direito de arrependimento para compras realizadas fora do estabelecimento comercial.

Estudando com mais vagar os debates plurais (com vários segmentos da sociedade) que foram capitaneados pelo órgão regulador, tem-se que à luz da legislação revogada (Portaria nº 676/00), previa-se a possibilidade de cancelamento até 4 (quatro) horas antes da hora estabelecida no bilhete de passagem (artigo 13), sem qualquer referência a uma modalidade de cancelamento em que não incidissem ônus aos usuários.

Com a normatização do Resolução nº 400, alinhou-se a norma setorial com o artigo 740 do CC-02, ampliando-se os direitos do usuário do transporte aéreo, na medida em que, juntamente com o artigo 9º da Resolução, afasta-se qualquer ônus para o usuário que obedeça a liturgia que restou disciplinada.

Adite-se ao exposto o esclarecimento de que o artigo 49 do CDC destina-se apenas a compras remotas realizadas fora do estabelecimento comercial (quando, normalmente, o consumidor desconhece as qualidades do produto ou serviço que está adquirindo, sendo razoável que disponha de tal prazo para, uma vez tendo recebido e estando apresentado ao objeto da avença, possa aprazadamente se arrepender), ao passo que a norma em trato tem alcance mais amplo e se espria a todos os contratos de transporte firmados, tanto no estabelecimento comercial, quanto por telefone ou internet, sendo de notar que normalmente o consumidor de transporte aéreo está diante de maior grau de inteligibilidade e transparência acerca das propriedades do serviço contratado.

Por fim, impugnou-se o disposto no artigo 19 da Resolução nº 400, que disciplina a possibilidade de cancelamento do trecho de volta, nas passagens do tipo “ida e volta” em que o trecho inicial (de ida) não tenha sido utilizado. Professa o autor coletivo que a previsão regulatória também representaria prática abusiva (na esteira do artigo 39, V, do CDC) e configuraria apropriação indébita a atrair a aplicação do parágrafo único do artigo 42 da norma consumerista.

Mais uma vez, diverge-se da premissa teórica levada ao conhecimento do Judiciário. É que, mediante nova reflexão sobre a teoria das relações consumeristas, especialmente a interpretação das cláusulas restritivas dos contratos que tenham sido devidamente comunicadas aos clientes (artigo 54, § 4º, do CDC), verificava-se que, da parte das empresas, a perda de receita no voo de partida, somada com a alta probabilidade de *no-show* no voo de retorno, gerava o cancelamento automático do trecho de retorno, a fim de buscarem a maior taxa de ocupação possível das aeronaves e reduzir seus prejuízos.

Com a nova proposição normativa, prevê-se a alternativa do passageiro manter seu voo de retorno mediante comunicação ao transportador (o não aviso permitiria à empresa comercializar o trecho de volta e o tempo mínimo seria o horário original da partida do voo, levando-se em consideração a hipótese mais restritiva), tendo em vista os casos em que mesmo o passageiro não utilizando a ida, por imprevistos ou contingências pessoais, pode eventualmente ter interesse em usar a volta, utilizando-se de outra alternativa para chegar ao local de destino. Tal ilação tem o condão de equacionar as distintas necessidades do transportador e do passageiro, buscando não prejudicar o passageiro e ao mesmo tempo evitar perdas para as empresas que, indiretamente, se refletiam em maiores custos repassados ao consumidor final.

A seguir, será abordada uma questão específica que também foi objeto da demanda coletiva, relacionada com a suposta abusividade na cobrança de franquias de bagagens.

5 ANÁLISE APARTADA DA SUPOSTA PRÁTICA ABUSIVA NA COBRANÇA DA FRANQUIA DE BAGAGENS.

Por questões didáticas, resolveu-se segregar a análise de um dos tópicos da ACP nº 0816363-41.2016.4.05.8100, notadamente o que impugna o artigo 4º, § 2º da Resolução da ANAC (que dispõe acerca do valor final a ser pago, o qual deverá ser acrescido de eventuais serviços opcionais contratados ativamente pelo consumidor no processo de comercialização de passagem aérea), em face da enorme repercussão midiática que se capilarizou nas últimas semanas.

São consideradas abusivas as cláusulas que prejudicam nitidamente a parte mais fraca da relação, causando um desequilíbrio contratual, conforme se pode interpretar da norma contida no artigo 51 do CDC. Tal norma não estabelece um conceito, porém, enumera um rol (não exaustivo) de cláusulas que podem ser consideradas abusivas, com base, inclusive, no entendimento jurisprudencial.

Em que pese o Código não ter trazido o conceito de cláusula abusiva, este acabou sendo estabelecido pela doutrina de diversas formas. Otávio Luiz Rodrigues Junior (2006, p. 200), por exemplo, tem por abusiva a “cláusula opressiva, vexatória, onerosa ou excessiva”.

O conceito formulado por Cristiano Heineck Schmitt (2010, p. 75), por sua vez, chama atenção para a quebra do sinalagma contratual ensejado pela estipulação de uma cláusula abusiva. Cláudia Lima Marques (2014, p. 984) segue no mesmo sentido, ao conectar a identificação da abusividade com a quebra da boa-fé objetiva, sendo a característica preponderante de uma cláusula abusiva prejuízo grave causado ao consumidor e o desequilíbrio resultante na relação contratual.

Observa-se que todos esses conceitos têm em comum o foco na vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, que, ao inserir uma cláusula abusiva no contrato, torna-o excessivamente vantajoso para si, deixando o consumidor em uma situação exagerada de prejuízo e pondo fim ao equilíbrio contratual.

O PROCON entende que o dispositivo representaria uma prática abusiva, capitulada no artigo 39, V e X, ambos do CDC. A leitura que fez do citado dispositivo é de que este fora inserido tão somente para se conjugar com a desregulação da franquia de bagagem despachada (proposta pelo artigo 13 da Resolução), ensejando, assim, a ilegalidade da liberação da franquia de bagagem despachada, na conformidade do que prescreve o artigo 734 do CC-02, cuja interpretação autorizaria a tese de que o transporte de pessoas englobaria, necessariamente, o transporte de bagagem despachada.

O primeiro ponto a se destacar é que, hoje, o transporte da bagagem despachada não é gratuito. Uma vez que seu valor está inserido no preço da passagem, os passageiros hoje pagam indiretamente pela franquia. Consequentemente, o valor da bagagem despachada pago pelo passageiro não é transparente. O preço final para cada passageiro, então, é o valor de seu transporte aéreo mais os custos do transporte da bagagem despachada. Repise-se que as empresas de transporte aéreo já operam em regime de liberdade tarifária e, pela racionalidade econômica, não teriam por que não repassar, hoje, ao preço da passagem todos os custos do transporte da bagagem despachada.

Com o objetivo diametralmente oposto ao que alega o PROCON, entende-se que a norma pretende evitar que o passageiro seja cobrado por serviços que não foram contratados ativamente e evitar que caiba a ele desativar prestações opcionais ofertadas e cujo valor já seja incluído no valor da passagem. Quem não se lembra da prática utilizada nos sites de empresas aéreas em que o pretendo comprador da passagem tem que desabilitar o seguro de viagem, que já vem marcado automaticamente? Tal prática vai ao encontro da afirmação da autonomia da vontade do consumidor, privilegiando sua liberdade para contratar?

Ao que parece, o regulamento da ANAC visa coibir a prática lesiva ao consumidor de pré-selecionar serviços opcionais de forma sub-reptícia, tais como seguros de viagem, assentos mais caros (conhecidos como “assentos conforto”), entre outros, induzindo os passageiros a erro, pois adquirir produtos que não desejavam. Esta é a regra chamada de *opt-in* e *opt-out*. Estes termos são comumente usados por empresas de marketing e designam regras de envio de mensagens. O usuário marca uma caixa de mensagem (*opt-in*) concordando com o recebimento das mensagens. Caso não marque (*opt-out*) indica que não aceita receber as mensagens. Este conceito foi ampliado para vendas de produtos via internet, dentre eles para vendas de bilhetes aéreos. Ela se inspira na prática regulatória do Departamento de Transportes dos Estados Unidos que, em 2011 estabeleceu padrões mínimos de proteção aos consumidores de transporte aéreo e legislou pela proibição da participação passiva do consumidor em relação a compra de produtos e serviços acessórios ao bilhete de passagem aérea.

Ao invés de promover uma desregulação da franquia de bagagem despachada, como defende o PROCON cearense, imagina-se que a desregulamentação da bagagem fomentaria o objetivo das viagens de baixo custo (*low cost*), que atualmente não são uma realidade no Brasil. A recém editada Resolução libera a franquia de bagagem despachada, cujas regras de transporte deverão ser previamente informadas ao passageiro e pactuadas entre as partes. Com isso, somente pagarão pela bagagem despachada os passageiros que efetivamente despacharem bagagem, permitindo que aqueles que não desejem despachar bagagem possam adquirir um bilhete em que o valor da bagagem despachada não esteja inserido.

No modelo atual, independentemente de se utilizar o limite de franquia para despacho de bagagem, o consumidor arca com os custos máximos pré-estabelecidos, revelando tratamento desigual na medida em que padroniza o perfil de passageiros, que têm repassados a si o custo operacional do serviço de despacho de bagagem, sempre incluso ao serviço de transporte de pessoas.

A Portaria nº 957/GM-5/1989 estabelecia uma franquia de bagagem despachada de 30kg, para primeira classe, e 20kg para as demais classes (salvo no caso da aviação regional, que era de 10kg). Os normativos que lhe sucederam (Portaria nº 676/CG-5/2000 e das NOSAIs CT-011/2000 e CT 012/2001) igualaram as franquias nacionais às oferecidas nos voos domésticos pela VARIG (que deteve por muitos anos a maior fatia do mercado brasileiro), com franquias obrigatórias de 30kg (1ª classe) e 23kg (demais classes).

Atualmente, a imposição do oferecimento de 23kg de bagagem despachada está muito além da média nacional, conforme revelou a Nota Técnica nº 11/2016/GEAC/SAS, que aferiu a percentagem de 35% dos passageiros que são transportados sem bagagem, segundo dados da Secretaria de Aviação Civil do Ministério dos Transportes. Por meio de estudo do impacto econômico da medida, a ANAC apurou que o valor médio do peso da bagagem despachada em voos domésticos em 2015 fica próximo a 11,5kg (itens 5.36 a 5.43 da Nota Técnica nº 16(SEI)/2016/GCON/SAS), com a grande maioria das bagagens despachadas oscilando entre 5kg e 16kg. O peso médio identificado é bastante próximo àquele garantido como bagagem de mão e sem incidência de cobrança adicional (10kg, conforme artigo 14 da Resolução). Mesmo assim, o custo

do transporte das bagagens é rateado por todos, sem que isso precise constituir em uma obrigação aos passageiros.

Em relação ao *benchmarking* internacional, apurou-se através da Nota Técnica nº 11/2016/GEAC/SAS, que poucos países do mundo têm intervenção estatal sobre transporte de bagagem, identificando-se o México (franquia de 25kg para o transporte doméstico); a Rússia (franquia de 10kg, para o transporte doméstico ou bagagem de mão); e a China (franquia de 20kg, para o transporte doméstico). A par desse dado, nota-se que países de grande extensão territorial como África do Sul, Argentina, Austrália, Canadá, Colômbia, Estados Unidos e Índia, bem como todos os países da União Europeia ou países com território fragmentado no qual o transporte aéreo é um importante meio de deslocamento, como as Filipinas, não têm regulação estatal para franquia de transporte de bagagem.

Por fim, promovendo-se uma reflexão civilista acerca da alegada dissociação do transporte de bagagem despachada do contrato de transporte de passageiro (supostamente ancorada na Resolução nº 400), em afronta ao artigo 730 do CC-02 (“pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”), isso não procede, tendo em vista que a norma setorial garante o transporte de bagagem de mão (de até 10kg), esse sim vinculado ao contrato de transporte do passageiro. Quanto às demais bagagens, trata-se de contrato de natureza acessória.⁷

CONCLUSÃO

Após a densa reflexão que se procurou compartilhar com o leitor no presente artigo, acerca dos institutos de defesa do consumidor ligados às recentes alterações das regras do transporte aéreo, constata-se a impositiva ambientação que o estudante do tema deve ter com as disposições civilistas aplicadas à questão, dada a indiscutível centralidade do Código de Direito Material no enfrentamento dos assuntos relacionados à órbita privada.

A par disso, é imperioso que se reconheça que os princípios de defesa da concorrência têm como pano de fundo, além da aplicação do princípio constitucional da livre iniciativa, a defesa do destinatário final, a tutela do consumidor, o que conduz à ilação de que sem uma atuação efetiva dos órgãos de defesa da concorrência, maiores dificuldades teriam os direitos do consumidor de serem amplamente tutelados, dada a tendência de consolidação de oligopólios capazes de aguçar a vulnerabilidade técnica, econômica e informacional em desfavor do *player* fraco dessa relação.

As normas de defesa da concorrência resguardam a liberdade, preocupando-se em preservar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços, potencializando o princípio da autonomia da vontade, tão caro às tradições do direito privado e, por que não dizer, à própria teoria dos direitos fundamentais, haja vista se relacionarem intimamente com a afirmação do querer do homem, individualmente considerado, imiscuindo-se com uma dimensão de sua personalidade.

⁷ Nos termos do artigo 222 do Código Brasileiro de Aeronáutica - CBAer, lei especial do setor de aviação civil brasileiro, “Pelo contrato de transporte aéreo, obriga-se o empresário a transportar passageiro, bagagem, carga, encomenda ou mala postal, por meio de aeronave, mediante pagamento”. Importante esclarecer a diferença entre o transporte de carga e o transporte de bagagem, para que não parem dúvidas sobre a natureza acessória do transporte de bagagem. O transporte de carga é feito de forma autônoma, prescindindo de contrato de transporte de passageiro para existir. Para ser efetuado, basta que o contratante faça o contrato de transporte de carga e seja emitido um conhecimento aéreo de carga (AWB - *air waybill*, em inglês), que é o documento probatório do contrato. Diferentemente, o contrato de transporte de bagagem inexistente sem um contrato principal.

Importante que se frise que a proteção do consumidor não é uma reação contra o mercado, mas, na realidade, visa a sua própria preservação e adequado funcionamento, procurando solucionar algumas falhas por ele apresentadas. Assim, reconhece-se que a dinâmica dos contratos no âmbito do direito do consumidor, enquanto uma das disciplinas do direito privado, foge à concepção clássica de contrato. Tal conclusão advém de todo contexto histórico relacionado com fatores de ordem econômica, social e política que foram determinantes para o reconhecimento da especialização das relações consumeristas.

No caso concreto que se pretendeu analisar, viu-se que a retórica defendida pelo órgão de defesa do consumidor na ação coletiva foi no sentido de que a Agência Reguladora deveria restringir a liberdade do mercado de transporte aéreo proposta no Resolução nº 400, a fim de supostamente defender este *player* fraco da relação, haja vista a provável exploração econômica que este virá a sofrer mediante a desregulação dos serviços.

Entendeu-se no presente arrazoado, porém, que a confessada desregulação do serviço de transporte aéreo, ao invés de fragilizar a condição do passageiro e aguçar a vulnerabilidade peculiar da respectiva relação de consumo, poderá ter efeitos diametralmente opostos, na medida em que a ampliação da concorrência tenderá a trazer mais opções de mercado, com passagens mais baratas, inclusive, de modo a contemplar os variados segmentos e perfis dos contratantes (tanto os passageiros quanto as empresas), fazendo que com seja possível a retomada de crescimento do setor, cuja manutenção das premissas normativas anteriores (concebidas historicamente em outra época, registre-se), impingia excessiva oneração aos contratantes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Acesso do Consumidor à Justiça no Brasil. **Doutrinas Essenciais**. v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003.

AVERITT, Neil W.; LANDE Robert H. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. **Antitrust Law Journal**, n. 713, 1997. Disponível em: <http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac>. Acesso em: 11 nov. 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. **Doutrinas Essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 2. ed. Tradução de Artur Mourão. Portugal, Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A vida em fragmentos**: sobre a ética pós-moderna. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox**: a policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. **Portaria n. 957/GM-5/1989**.

_____. Comando da Aeronáutica. **Portaria n. 676/CG-5/2000 e das NOSAIs CT-011/2000 e CT 012/2001.**

_____. ANAC. **Nota Técnica n. 16(SEI)/2016/GCON/SAS.**

_____. ANAC. **Nota Técnica n. 11/2016/GEAC/SAS.**

CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso dos Consumidores à Justiça. **Doutrinas Essenciais.** v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DELGADO, Mário Luiz e outros. Código Civil e codificação. In: CASSETARI, Christiano (co-ord.). **10 anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002** – Estudos em Homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldin. **Lei de proteção da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo.** 12. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos. **Revista de Processo**, v. 97, 2000, jan./mar. 2000.

_____. O Novo Processo do Consumidor. **Doutrinas Essenciais do Consumidor.** v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LACEY, Eladio. Autoria Singular e Coletiva nas Infrações contra o Meio Ambiente e as Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 22, abr./jun. 1997.

MAGALHÃES, Francisco Carlos. Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor. **CADE**, Brasília, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

MALARD, Neide Terezinha. **Concentração de empresas: livre concorrência e livre iniciativa.** Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Três tipos de diálogos entre o CDC e o CC-02: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In PFFEIFFER, Roberto; PASQUALOTTO, Adalberto (orgs.). **CDC e CC-02: convergências e assimetrias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____ et al. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Nulidade das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo: Entre o Passado e o Futuro do Direito do Consumidor Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 72.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. A Defesa Coletiva dos Consumidores no Brasil. **Doutrinas Essenciais do Consumidor.** v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PFJEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. CDC e serviços públicos: balanços e perspectivas. In MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **25 anos do CDC: trajetórias e perspectivas**. São Paulo: RT, 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Contratos – Princípios Gerais – Tendências do Direito Contratual Contemporâneo – Abrandamento dos Princípios Tradicionais – Intervenção Estatal Crescente – Impacto do Código de Defesa do Consumidor. **Doutrinas Essenciais do Consumidor**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WATANABE, Kazuo. Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense. **Doutrinas Essenciais do Consumidor**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SERVICIOS PUBLICOS EN LA TABULA HERACLEENSIS

María del Carmen López-Rendo Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo, España.

clrendo@uniovi.es

RESUMEN: El estudio aborda el servicio de distribución gratuita del trigo; la conservación y uso de los lugares y vías públicas, calles y plazas partiendo de las disposiciones contenidas en la Tabula Heracleensis. Se analiza 1) La distribución gratuita del trigo 2) La conservación de calles, plazas y vías públicas 2.1. Organos encargados del servicio de conservación. 2.2.) Las funciones: 2.2.1. Limpieza: *verrere* y *purgare* 2.2.2. Pavimentación: *sternere*. 2.3) El procedimiento: *locatio conductio*. 3) Uso de lugares y vías públicas con sus excepciones; circulación de vehículos y personas.

PALABRAS-CLAVE: Derecho Romano. Servicios Públicos. Tabula Heracleensis

Serviços públicos na Tabula Heracleensis

RESUMO: O estudo aborda o serviço de distribuição gratuita de trigo; a conservação e uso dos lugares e estradas públicas, ruas e praças a partir das eliminações contidas na Tabula Heracleensis. Analisa 1) A distribuição gratuita de trigo 2) A conservação de ruas, praças e estradas públicas 2.1) Órgãos responsáveis pelo serviço de conservação. 2.2) As funções: 2.2.1. Limpeza: *verrere* e *purgare* 2.2.2. Pavimentação: *sternere*. 2.3) O procedimento: *locatio conductio*. 3) Uso de lugares e estradas públicas com suas exceções; Circulação de veículos e pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito romano. Serviços públicos. Tabula Heracleensis.

Public services in the Tabula Heracleensis

ABSTRACT: The study tackles the service of free distribution of wheat; the conservation and use of the places and public roads, streets and squares starting from the disposals contained in the Tabula Heracleensis. It analyses 1) The free distribution of wheat 2) The conservation of streets, squares and public roads 2.1) Organs in charge of the service of conservation. 2.2) The functions: 2.2.1. Cleaning: *verrere* and *purgare* 2.2.2. Paving: *sternere*. 2.3) The procedure: *locatio conductio*. 3) Use of places and public roads with its exceptions; circulation of vehicles and people.

KEYWORDS: Roman Law. Public Services. Tabula Heracleensis.

Recebido em: 3 abr. 2017. Avaliado em: 01 jun. 2017.

INTRODUCCIÓN¹

La *Tabula Heracleensis*² descubierta en 1732³ cerca de Heraclea⁴ en Lucani, ha venido planteando en la doctrina problemas referentes a su época, así como su identificación o no con la llamada *Lex Iulia Municipalis*⁵.

¹ Este artículo se ha publicado en los Estudios Homenaje a Armando Torrent Ruiz, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y Presidente honorario de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM). AAVV. Coordinadores: Murillo Villar, A; Castan Pérez-Gómez, S; Calzada González, A: Homenaje al Profesor Torrent, Madrid 2016, p. 503-526.

² Sobre la *Tabula Heracleensis*, CIL I2 (1918) 593; ID. (1943) p. 833; ID. (1986) p. 916; ILS 6085; FIRA I, 13; AE 1991, 522 = AE 1994, 540 = AE 1995, 34 = AE 1997, 418, edición crítica actualizada de C. Nicolet y M. H. Crawford, en Crawford, Ed., 1996, 355-391, n.º24. vid., MAREZOLL, **Fragmentum legis romanae in aversa tabulae Heracleensis parte**, Göttingen, 1816, DIRKSEN, H. E. : **Observationes ad Tabulae Heracleensis partem alteram**, Berlin, 1817; DIRKSEN, **Civilistische Abhandlungen, II, Berlin, 1820, p. 144-323**; SAVIGNY, K. F., «**Der römische Volkschluß der Tafel von Herakleia**», en **Vermischte Schriften**, 3, Berlin, 1850 [rptd. Aalen, 1968]. Así como bibliografía citada por LEGRAS, H: **La Table Latine d'Heraclee (la prétendue lex Iulia municipalis)**, Paris, 1907, p. 383 y ss, sobre las circunstancias de su descubrimiento, p. 1 y ss. KÜBLER, B.: Recensión a Henri Legras, **La Table Latine d'Heraclee (la prétendue lex Iulia municipalis)**, Paris, Rousseau, 1907. ZSS 28 (1907) p. 409-415. PAIS, “Circa l'età e la natura della tavola latina di Eraclea”, en Rendic. Lincei, 19 (1910), NAP en **Pauly Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft**. (En adelante PW) Col. 2368-2389 y la bibliografía mencionada al final en la col. 2389. VON PREMERSTEIN en “Die Tafel von Heraclea und die Acta Caesaris”. ZSS, 43 (1922), pp 45-152. SCHÖNBAUER, E.: **Die Tafel von Heraclea in neuer Beleuchtung**, Anz. Akad. Wien, 1952. DAREMBERG-SAGLIO: **Dictionnaire des antiquités grecques et romaines**. Graz, 1969. **Voz Lex Iulia municipalis**, p. 1148. DE SANCTIS, G: **La tavola d'Heraclea. Note di epigrafiagiuridica.II.Scritti minori V III**.Roma, 1972. HARDY, EG: **Roman Law and charters**. Aalen, 1977. Reprint of the edition Oxford 1911-1912. JOHNSON, COLEMAN-NORTON & BOURNE, **Ancient Roman Statutes**, Austin, 1961, p. 93-97, n. 113 . DE MARTINO, F.: “Nota sulla *lex Julia municipalis*”. **Diritto e società n'ell antica Roma**, Roma, 1979, p. 346 y ss. NICOLET, L'Urbs. **Espace urbain et histoire**, Rome, 1987, p. 1-25. GALSTERER, H.: «**La loi municipale des Romains: chimère ou réalité?**», **RHD**, 65.2, 1987, 181-203, esp. p. 203. Así como la citada por LAMBERTI, F.: **Tabulae Irnitanae. Municipalia e Ius Romanorum**, Napoli, 1993, p. 203, n. 6. Traducción española por RODRÍGUEZ NEILA JF- MELCHOR GIL, E: **Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de Occidente**. Cordoba, 2006; LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, C: **Tabula Heracleensis. Organización Municipal** . **Revista Jurídica da FA7**, 7(1), (2010) p. 335-356. GARCIA GONZALEZ, A: **Reception of law: Derecho y espacio urbano en dos ciudades de la antigüedad**. RIDA LIX (2012), p. 23 y ss. GONZALEZ, J-BERMEJO J: Fragmento de texto legal encontrado en la Baetica con parte de un capítulo de la Tabula Heracleensis. **Atheaneum** (2015), 2, p. 477-491.

³ GIRARD, F.-SENN, F: **Les lois des Romains**. 7ª ed. par un groupe de romanistes des “Textes de droit Romain”. Tome II. Napoli, 1977, p.148: “Ley latina grabada sobre una de las caras de dos tablas de bronce descubiertas en 1732 y 1734, en dos fragmentos, cerca de Heraclea en Lucani, reunidas en el Museo de Nápoles sobre 1760. La otra cara contiene un texto griego del siglo V concerniente a las propiedades fundiarias de T. De Dyonisios y de T. D'Athena Polias (Daresté- Haussoulrier, Inscr. Jur. Grecoes I, p. 194.”. ARANGIO RUIZ, V: **Historia del Derecho Romano**. Madrid, 1994. Trad. Pelsmaecker y otro, p. 255 indica: “Ocupa el reverso de una de las dos grandes tablas de bronce encontradas en el lecho del torrente Salandra (o Cavón) cerca de Pistici en 1732 y proviene, como el anverso (griego) de ambas tablas, de la ciudad de Heraclea, colonia tarentina sita sobre el golfo de igual nombre y después municipio romano. Se conserva en el Museo Nacional de Nápoles. Aún cuando se halla entera, la tabla solo contiene una parte (la central) del texto originario”. ABASCAL, J.M.- ESPINOSA, U.: **La ciudad hispano-romana. Privilegio y poder**. Logroño, 1989, p. 110, n. 25: “Descubierta en 1732 a ocho millas del emplazamiento de la antigua Heraclea, en Italia: contiene una ley identificada en ocasiones con la *lex Iulia municipalis* citada en una inscripción de Padua (CIL V 2864= ILS 5406: M. Iunius Sabinus III vir aediliciae potestat. e lege Iulia municipalis)”. CABALLOS RUFINO, A-COLUBI FALCO, JM: **Referentes genéticos de los estatutos municipales hispanorromanos: la Lex mvnicipii Tarentini y la Tabvla Heracleensis**. Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de Occidente, Cordoba, 2006., p.27 y ss “La conocida como “Tabla de Heraclea”, conservada también actualmente en el Museo Nacional de Nápoles, está compuesta por dos placas de bronce. La primera de éstas fue encontrada en dos fragmentos en los años 1732 y 1735 en las proximidades de aquella ciudad del golfo de Tarento en la Regio III, componiendo en conjunto una plancha de 18'4 x 3'8 x 0'4 cm. La segunda placa, de las mismas dimensiones, fue hallada en el mismo sitio muy poco después que la parte inferior de la primera.El anverso conserva dos inscripciones en lengua griega, datables en el siglo IV a. C., conteniendo un texto referente a la gestión de las tierras de Heraclea consagradas a Atena y Dionisos. Mientras que la segunda tabla no presenta texto al dorso, la primera es opistógrafa, habiéndose aprovechado en su momento el reverso para grabar un texto en lengua latina.21 Texto que corresponde a la parte final de una normativa legal”.

La *Tabula Heracleensis*⁶ comprende un conjunto de normas heterogéneas cuyo contenido, siguiendo a DE MARTINO⁷, puede estructurarse de la siguiente forma:

1. Primera parte se ocupa de la regulación referente a la distribución gratuita de trigo.
2. La segunda parte expone las normas que han de regir en materia de conservación, limpieza, libre uso de las vías. Según DE MARTINO⁸ se refieren a la ciudad de Roma, pero son aplicadas a Heraclea mediante la cláusula *siremps*.
3. La tercera y cuarta sección contienen normas sobre *coloniae* y *praefecturae* y regulan las altas magistraturas, del senado y del censo.
4. La última parte de la *Tab. Her.* que comprende las líneas 159-163 recoge una serie de disposiciones transitorias sobre la virtualidad y cambios de las leyes municipales en los *municipia fundana*⁹ posteriores al primer año de aplicación de la ley. En ella se permite al encargado de deducir efectivamente la colonia introducir modificaciones en la ley aprobada por los comicios a fin de que el estatuto resultante se adaptara mejor a las necesidades de la comunidad destinataria del mismo.

En todas las ciudades, las vías, el uso de los lugares y espacios públicos así como la convivencia entre los ciudadanos plantea una serie de problemas, que es preciso resolver por los poderes públicos. De ellos no se libró el Estado romano.

La *Tabula Heracleensis* se ocupa de regular lo referente a determinados servicios públicos que los órganos de gobierno debían prestar al pueblo, fundamentalmente los servicios de asistencia pública, conservación, limpieza y uso de las vías y espacios públicos. Estos servicios municipales los conocía Grecia desde la época clásica¹⁰.

⁴ Sobre Heraclea, vid. DE RUGGIERO, E: **Dizionario Epigrafico di antichità Romane**. II. Roma, 1962, p. 676. “Ciudad de Lucania. Fue Colonia fundada por los Tarentinos en el año 321 a.c (Dio.12, 35. Liv. 8.24, 4), mas tarde en el 472 o 476 se convierte en aliada de los romanos (Cic. Pro Balbo 22, 50; por Archia 4, 6) y posteriormente a la guerra social se convierte en municipio (Cic. Pro Archia 4, 8)”.

⁵ Vid. LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, C: **Tabula Heracleensis**.ob. cit., p.335 y ss. GONZALEZ, J-BERMEJO J: Fragmento de texto legal encontrado en la Baetica con parte de un capítulo de la Tabula Heracleensis. **Atheaneum** 2015, 2, p. 479 y ss.

⁶ El texto de la **Tabula Heracleensis** que he utilizado para la elaboración del presente trabajo ha sido el que nos proporciona RICCOBONO, S.: **Fontes Ivris Romani antejustiniani. Pars prima. Leges**. Florentiae, 1968, p. 140-152. Sobre las discusiones acerca del origen, fecha, vid. LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, C: **Tabula Heracleensis**.ob. cit., p. 335 y ss. CABALLOS RUFINO, A-COLUBI FALCO, JM: **Referentes genéticos de los estatutos municipales hispanorromanos: la Lex mvnicipii Tarentini y la Tabvla Heracleensis.**, ob. cit, p.29 y ss. GARCIA GONZALEZ, A: **Recepcion of law: Derecho y espacio urbano.**, ob.cit., p.30 y ss.

⁷ DE MARTINO, F.: “Nota sulla “lex Julia municipalis”. Diritto e società nell’antica Roma. Roma, 1979, p. 341.

⁸ DE MARTINO, F.: “Nota sulla “lex Julia municipalis”. Ob., cit., p. 341, n. 17 indica: “**Siempse lex esto**: Plaut, . Amph. Prol. 73; Fest., p. 344. V. **Siremps**. Formazione filologica incerta e discussa: Walde-Hoffmann II, 547. Otra Cita en Riccobono, FIRA I, 133.n.1.”

⁹ DE MARTINO, F.: “Nota sulla “lex Iulia municipalis”, ob. cit., p. 341-342. “Municipia fundana erano quelle piccole città italice, che avevano ottenuto la cittadinanza con la lex Julia e la lex Plautia de avevano decretato costituzionalmente il loro inserimento nella cittadinanza romana”.

¹⁰ HOMO, L.: **La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad**. Traducción al castellano por José Almoína. Mexico, 1956. p. 15. “Platón -Leyes, VI, 759 y 763-, en la concepción de su ciudad ideal preveía la creación de astynomos(ediles) encargados de impedir que los ciudadanos usurparan terreno a la vía pública y de dirigir el servicio de limpieza de la ciudad, y la de agoranomoa, inspectores o regidores de mercados. También Aristoteles en su Constitución de Atenas 50, precisa la función municipal de los astynomos de Atenas: “Tienen bajo su vigilancia a los que tocan la flauta, la lira y la cítara. Vigilan para que los basureros no descarguen sus inmundicias a menos de diez estadios fuera de las fortificaciones. Impiden que se realicen construcciones sobre el terreno reservado a vía pública, que se practiquen desagües voladizos que viertan sobre la calle y se abran puertas a la vía común. Hacen recoger los cadáveres encontrados en las calles”; es decir, en sus manos quedaba la policía de las costumbres, la legislación de las edificaciones y el servicio de veeduría.”

En esta materia HOMO¹¹ ha destacado que la Ley de Pergamo¹² influyó directamente en la *lex Iulia municipalis*. Roma debió mucho a este antecedente griego para la constitución y perfeccionamiento de sus servicios municipales.¹³

Según la información que nos proporciona este autor referente a la ley de Pergamo: “El documento contiene cuatro columnas, las dos primeras muy mutiladas: 1º Los *astynomos* son encargados de obligar a los propietarios a que destruyan las construcciones que realizaron usurpando terreno a los lugares públicos y se exige de los propietarios la conservación de las calles lindantes con sus edificios. 2º. Los *astynomos* y sus auxiliares los *amphodarcas* (ediles de distrito), tienen el deber de impedir que los particulares realicen excavaciones, hundimiento u horaden las calzadas, que las obstruyan o dificulten, de cualquier modo, la circulación en ellas. El comienzo de la columna gravemente deteriorada debía reglamentar la recogida de basuras e inmundicias que estaba en común a cargo de los propietarios de cada calle. La columna termina señalando las medidas coercitivas contra los que se nieguen a participar en esta limpieza de las calles. 3º Los *astynomos* tienen a su cargo la supervigilancia de los muros de separación de los edificios y, particularmente, de los medianeros. 4º Los *astynomos* deberán velar por la limpieza de las fuentes y acueductos. Los que de ellos estaban en funciones al promulgarse la ley quedaban obligados a redactar una lista de las cisternas que poseía la ciudad y sus sucesores tendrían que vigilar su estado de conservación... El texto queda cortado cuando comenzaba a referirse a las alcantarillas o cloacas”.

En el presente estudio me limitaré a destacar el contenido de la *Tabula Heracleensis en lo referente a los servicios públicos*, tal como nos ha sido transmitido en las fuentes que tenemos a nuestra disposición hasta este momento, a fin de proporcionar las bases para posteriores investigaciones que puedan realizarse en materia de servicios públicos.

1 SERVICIO DE ASISTENCIA PÚBLICA. DISTRIBUCIÓN DEL TRIGO.

Conforme nos indica HOMO¹⁴, el sistema de distribuciones urbanas, gratuitas o a módico precio, era un servicio de asistencia pública en la Roma Imperial. El objeto de la misma varió según las épocas. Desde la época de los Gracos se contraía al trigo. Desde los días de Septimio Severo al aceite y desde el Gobierno de Aureliano, al pan, en sustitución del trigo, la carne de cerdo, la sal y el vino. El número de los beneficiarios fue establecido por Augusto en 200.000 personas y no variará hasta los finales del Imperio.

¹¹ HOMO, L.: *La Roma imperial*. Ob., cit. p. 16.

¹² Vid. El texto griego en <http://epigraphy.packhum.org/inscriptions/main>. HOMO, L.: *La Roma imperial*. Ob., cit., p. 15: “Se trata de una inscripción de Pergamo, descubierta el año 1901, que en su forma actual corresponde a la época de Trajano, pero que es reproducción de un decreto real —νομοζ βασιλιχοζ— de los dos primeros tercios del siglo II a. de C. Es una ley relativa a las atribuciones de los *astynomos* municipales en la capital de los atálidas, un auténtico código de policía edilicia.” Vid nº44 sobre la bibliografía referente a la ley de Pergamo que recoge Leo Homo. FRÄNKEL, M.: *Die Inschriften von Pergamon 2 vols. «Altertümer von Pergamon»*, 8, 1-2. Berlin 1890-1895. SABA, S.: *The Astynomoi Law from Pergamon. A New Commentary*, Mainz 2012 contiene la traducción al inglés y comentarios del texto griego.

¹³ Vid. LECRIVAIN, *La loi des astynomes de Pergame en Memoires de l'Academie des Sciences, Inscriptions et Belles Lettres de Toulouse*, III.10 (1903), p.364 y 367; F.HITZIG, *Die stynomeninschrift von Pergamon*, en ZSS 26 (1905), pp. p.434; KLAFFENBACH, G.: *Die Astynomeninschrift von Pergamon, en Abhandlungen der deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 1953 (1954), fasc. 6. p.13; M.AMELOTTI, *L'epigrafe di Pergamo sugli ASTYNOMOI e il problema della recezione di leggi straniere nell'ordinamento giuridico romano*, en SDHI 24 (1958), p.80-111; ID., *Leggi greche in diritto romano, en Symposium 1999: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, (Pazo de Mariñán, La Coruña, 6-9 Septiembre 1999), G.Thür-F.J.Fernández-Nieto (eds.), Köln 2003, p.225-234.

¹⁴ HOMO, L.: *La Roma imperial*. Ob., cit., p. 163 y ss.

Esta norma comienza con la obligación de la *professio*¹⁵ en las *frumentationes*, que debía realizarse por sí o por medio de la persona que gobierne sus negocios- *Romae non erit, tum qui eius negotia curabit, is ea{ff}dem omnia, quae eum, cuius negotia curabit-* o por el tutor del pupilo o pupila- *Quem h(ac) l(ege) ad co(n)s(ulem) profiteri oportebit, seiue is pup(illus) seiue ea pu(pilla) erit, tum qui eius pup(illi) pu(pillae)ue tutor erit-* ante el cónsul o en su ausencia ante el pretor urbano o si estaba ausente de Roma ante el pretor peregrino o en su defecto ante el tribuno de la plebe. Estos son los términos en que se expresa el texto de la *lex*:

Quem h(ac) l(ege) ad co(n)s(ulem) profiteri oportebit, sei is, quom eum profiteri oportebit, Romae non erit, tum qui eius | negotia curabit, is eadem omnia, quae eum, quouis negotia curabit, sei Romae esset, h. l. profiteri | oportebit, item isdemque diebus ad cos. profiteo. | Quem h. l. ad cos. profiteri oportebit, sei is pup(illus) seiue ea pupilla erit, tum qui eius pupilli pupillave tutor erit, item eadem que omnia in iisdem diebus ad cos. profiteo, ita uti et quae quibusque diebus eum eamve, sei pup(illus) pupillave non esset, h. l. profiteri oporteret. Si* cos., ad quem h. l. professiones fieri* oportebit, Romae non erit, tum is, quem profiteri* oportebit, quod eum profiteri* oportebit, ad praetorem urbanum aut, si* is Romae non erit, ad eum praetorem, qui* inter peregrinos ius dicit*, profiteo, ita uti* eum ad cos., si* tum Romae esset, h. l. profiteri* oporteret. Si* ex eis cos. et praetoribus, ad quos h. l. professiones fieri* oportebit, nemo eorum Romae erit, tum is, quem profiteri* oportebit, quod eum profiteri* oportebit, ad tribunum plebi* profiteo, ita uti* eum ad cos. praetorem que urbanum eumque qui* inter peregrinos ius dicit*, si* tum Romae esset, h. l. profiteri* oporteret.

La *Tabula Heracleensis* 15-17 se ocupa de las normas que rigen en materia de la *professio* en la distribución del trigo en el siguiente sentido:

Quod quemquem h. l. profiteri oportebit, is, apud quem ea professio fiet, eius qui profitebitur nomen, et ea quae pro| fessus erit, et quo die professus sit, in tabulas publicas referenda curato, eademque omnia, quae utique in tabulas | rettulerit, ita in tabulam in album referenda (curato), idque aput forum, et quom frumentum populo

¹⁵ DAREMBERG-SAGLIO: *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. Graz, 1969. Voz *Professio*, p. 673 ss.: “*Déclaration volontaire ou forcé, qui produit certains effets juridiques*” y voz *frumentariae leges*, p.1346 ss. sobre la *professio* en la *Tabula Heracleensis* ver ELMORE, J.: *The professions of the heracleian tablet*, *JRS*, 1915, p. 125-137; *Ciceronian and Heracleian professions*, *CQ*, 1918, p. 38-45; HARDY, E.G.: *The table of Heraclea and the lex Iulia municipalis*, *JRS*, 1914, p. 65-210; *The professions of the Heracleian table*, *CQ*, 1917, p. 27-37; *Some problems in Roman History: ten essays bearing on the administrative and legislative work of Julius Caesar*. New Jersey, 2007; LOCASCIO, E, *Le professiones della tabula heracleensis e le procedure del census in età Cesariana*, *Athenaeum* 78 (1990) 288-318; REID, J. S.: *The so-called Lex Iulia Municipalis*, *JRS*, 1915, p. 207-248. SESTON, W.: *La lex Iulia de 90 et l'intégration des Italiens dans la citoyenneté romaine*, *CRAI*, 1978, p. 529-542. LO CASCIO, E. *Le procedure di recensio dalla tarda repubblica al tardo antico e il calcolo della popolazione di Roma en: La Rome impériale. Démographie et logistique. Actes de la table ronde de Rome, 25 mars 1994. Rome : École Française de Rome, 1997. p. 3-76. En concreto en la página 8, nota n°15 indica: “Recensio indica una verifica, una ricognizione su una lista già esistente (come recensere è adoperato da Livio a indicare la rassegna degli équités); dunque indica l'operazione nel suo farsi e in quanto non ancora conclusa, dunque non comprensiva dell'enumerazione; per questo può riferirsi a un censimento parzialmente effettuato (o effettuato in una località determinata). Naturalmente nes suno penserà che i censori non abbiano fatto ricorso alle liste del census prece dente al momento di compilare, sulla base delle nuove professiones, le nuove liste : voglio dire, cioè, che comunque ogni census avrà sempre implicato anche un recensio. Questo fatto può spiegare il motivo per il quale la parola recensio (o recensio) possa in taluni casi essere semplicemente un sinonimo di census, e in taluni casi alludere a un'operazione censoria di contenuto più specifico”.*

dabitur, ibei ubei frumen| tum populo dabitur, cottidie¹⁶ maiorem partem diei propositum habeto, u(nde) d(e) p(lano) r(ecte) l(egi) p(ossit).¹⁷

Regula que aquel ante quien esa declaración se hiciera- cónsul, pretor, tribuno de la plebe-procurará que sean referidos a los registros públicos el nombre del que hiciera la declaración, los bienes que hubiere declarado y en qué día haya declarado que debían recogerse en una tabla, album y también ordena la exposición pública en el Foro de las listas recogidas en la tabla en la que se hacía constar el nombre del declarante, los términos de la *professio*, el día que la realiza. Cada vez que se distribuya trigo al pueblo, allí donde se haga esta distribución la tabla estará a la vista todos los días durante la mayor parte de la jornada, para que pueda ser leída.

A continuación prohíbe dar trigo a ninguno de aquellos cuyos nombres hubieren sido expuestos al público en una tabla, en un álbum, en virtud de esta ley, sancionando a todo el que diere la orden o permitiere, siendo condenado a dar al pueblo cincuenta mil sestercios por cada modio de trigo, y quien quisiere tendrá derecho de reclamar ese dinero.

De este texto oficial destaca L.HOMO¹⁸ puede deducirse dos circunstancias: que la distribución no se hacía en el foro y duraba varios días.

A. GIOVANNINI¹⁹, efectúa una nueva interpretación de las *frumentationes* a las que se refiere el comienzo del texto. Considera éstas como repartos de grano que no se justifican por argumentos de carácter social, sino como una expresión más de la *aedilicia largitio*. No estarían vinculados por tanto con distribuciones a la plebe hambrienta en tiempos de carestía, sino que, por el contrario, eran resultado de una mayor disponibilidad de recursos. Esta parte de la reglamentación contenida en el epígrafe tendría como objeto excluir de las *frumentationes* a aquellos que, disponiendo de recursos, pretendiesen hacer valer al respecto un *domicilium capitalino*. Una estipulación final perfecciona el texto, multando al contraventor de la norma (ll. 18-19).

Si bien, aparentemente, el texto de Heraclea está en línea con la reforma cesariana que redujo drásticamente el número de los beneficiarios de repartos de trigo en Roma, GIOVANNINI²⁰ se encarga de argumentar que en uno y otro caso no se trata de la misma normativa, ya que la fórmula para certificar el domicilio es en ambos reglamentos diferente y resume en tres las divergencias a este respecto entre ambos documentos: 1º.- De acuerdo con la *Tabula Heracleensis*, las declaraciones debían ser efectuadas por las mismas personas o sus curadores o tutores, mientras que en la normativa cesariana eran los arrendadores de viviendas quienes tenían que declarar el nombre de sus inquilinos; 2º.- la *Tabula Heracleensis* concernía a propietarios, mientras que la regulación cesariana afectaba a quienes vivían en alquiler; y 3º.- por el simple hecho de que

¹⁶ VIRLOUVET, C: **La topographie des distributions frumentaires avant la création de la Porticus Minucia fruentaria. L'Urbs : espace urbain et histoire (Ier siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.). Actes du colloque international de Rome (8-12 mai 1985)**, Roma, 1987., p.180: "Le terme cottidie est considéré, depuis l'étude de Dirksen, comme une preuve que les distributions se tenaient un seul jour du mois; il serait une précision du quom frumentum populo dabitur, et devrait être entendu dans le sens de «à chaque fois» ou «n'importe quel jour», c'est-à-dire une seule fois par mois."

¹⁷ Traducción H. LEGRAS, **La table latine d'Héraclée**, Paris-Caen, 1907, p. 15: «Relativement au contenu de la déclaration que la présente loi oblige à faire, celui à qui cette déclaration sera adressée aura soin de faire porter sur les registres publics le nom du déclarant, les termes de sa déclaration, et le jour où il l'a faite ; toutes ces mentions, qu'il aura portées sur les registres, il aura soin de les faire reporter exactement sur un tableau, et ce tableau, il le tiendra affiché sur le Forum et, lorsqu'on donnera du blé au peuple, tous les jours pendant la plus grande partie de la journée, de telle manière qu'il puisse être lu facilement du niveau du sol!»

¹⁸ HOMO, L.: **La Roma imperial**, ob., cit., p. 163

¹⁹ GIOVANNINI, A: "Die Tabula Heracleensis: Neue Interpretationen und Perspektiven. Teil I: Die frumentationes", Chiron 34, 2004, 187-204.

²⁰ GIOVANNINI, A: **Die Tabula**. Ob., cit., p. 196 s. y, especialmente, 202 ss.

según la *Tabula Heracleensis* el nombre, la fecha y el contenido de la declaración debían ser fijados en el foro y en el lugar del reparto, el número de concernidos por lo promulgado en este.

Esta norma contempla en definitiva las *professiones* de los bienes ante los magistrados, así como el archivo y publicación de esta información dirigidas a excluir de las *frumentationes* en Roma quienes estuviesen registrados en las listas públicas confeccionadas al efecto, estableciendo una sanción para el caso de contravención de esta prohibición que podía ser reclamada por cualquiera.

2 CONSERVACIÓN DE LAS VÍAS

Durante la época de la república los trabajos de conservación de la ciudad en la materia de mantenimiento son competencia de los ediles²¹ y sus subordinados: *IV viri in urbe purgandis*²², mientras que las decisiones sobre nuevas obras corresponden al censor²³. Desaparecida la censura tradicional, este servicio se vinculó a la edilidad hasta el principado de Severo Alejandro y desapareció poco después de su muerte en el año 240 d.C.

En la *Tabula Heracleensis* a los ediles tanto curules como plebeyos, en materia de vialidad, se les encomienda la función de conservación y limpieza de las vías²⁴ públicas, de ahí la

²¹ Sobre los ediles y sus competencias, ver, Dionisio de Halicarnaso VI, p., 90 y ss. y D.43.10., vid. SMITH, W: **Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, Boston 1870. DAREMBERG- SAGLIO, **Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines** I, 1, (Paris, 1877) (= Graz, 1969), voz **aediles**, p. 95, la denominación de **aediles**, sobre cuyo origen se discute todavía, se aplica a tres categorías distintas de magistrados romanos: **aediles plebis**, **aediles curules** y **aediles cereales**. TORRENT, A.: **Diccionario de Derecho romano**, Madrid, 2005, p. 90-91, que con referencia a los **aediles cereales**, indica que eran los magistrados creados por César en el 44 a. C., con la función específica de aprovisionamiento de cereales en Roma y de la organización de los **ludi Ceriales**, espectáculos de circo que se celebraban en abril, con ocasión de la festividad de la diosa Ceres; en relación a los **aediles curules**, que constituyeron una magistratura patricia menor, creada según la tradición por las **leges Licinia Sextiae** del 367 a. C., cuyas principales funciones como luego veremos, fueron la **cura urbis**, la **cura ludorum** y la **cura annonae** y a quienes correspondía el **ius mulctae dicendi**, con imposición de penas de multa a los ciudadanos que alterasen el orden público y un **ius edicendi**, que se plasmaría en el **edictum aedilium curulium**; y finalmente, con respecto a los **aediles plebis**, que constituyeron la primera figura edilicia conocida en Roma, cuya función originariamente, se concretaba en la custodia de los templos plebeyos; desde el 449, como auxiliares de los tribunos de la plebe, también administraban las finanzas plebeyas. En principio, eran cuatro, uno por cada tribu urbana, y según la tradición latina con las leyes Licinias se alcanzó un acuerdo entre patricios y plebeyos, reservándose los patricios dos de los cuatro edilitos como magistrados curules. Una vez producida la fusión patricio-plebea subsistió la distinción **aediles plebis-curules**, pero ya con las mismas competencias. MOMMSEN, T, **Compendio del Derecho Público romano**. Traducción del alemán por P. Dorado, Madrid, p. 300 y ss. PATTERSON, **The magistrates of the Roman republic**, Nueva York, 1951; BROUGHTON, **The magistrates of the Roman republic**, 2 vols, Nueva Cork, 1951-52 y **Supplement**, Nueva York-Oxford 1960. TORRENT, A, **Derecho público romano y sistema de fuentes**, Zaragoza, 2002, p. 179 y ss.

²² D.1.2.2.30. **Pomponius libro singulari enchiridii**: “Constitutū sunt eodem tempore et quattuorviri qui curam viarum agerent, et triumviri monetales aeris argenti auri flatores, et triumviri capitales qui carceris custodiam haberent, ut cum animadverti oporteret interventu eorum fieret”. Vid. GUILLEN, J: **Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos.II. La vida pública**. Salamanca, 1978, p.176. TORRENT, A, **Derecho público romano y sistema de fuentes**, Zaragoza, 2002, p. 180 y ss. TALAMANCA, M: **Lineamenti di storia del diritto romano**, Milano 1979, p.526.

²³ Sobre los censores, vid. CANCELLI, **Studi sui “censores” e sull “arbitratus” della “lex contractus”**, Milán 1957. MOMMSEN, T, **Compendio del Derecho Público romano**. Traducción del alemán por P. Dorado, Madrid, p.291 y ss. SUOLAHTI, **The Roman Censors. A study on Social Structure**, Helsinki, 1963. TORRENT, A, **Derecho público romano y sistema de fuentes**, Zaragoza, 2002, p. 170y ss.

²⁴ PONTE, V: **Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano**. Madrid, 2007, p. 39: “El término vía alberga un contexto muy amplio pues es un vocablo general, es decir, susceptible de identificar cualquier espacio que se recorre para ir de un lugar a otro. Es un camino por donde se transita habitualmente; calzada construida para la circulación rodada. La vía pública es una calle, plaza, camino u otro sitio por donde transita o circula el público”. Ver también la clasificación de las vías a que se refiere el capítulo V. FRANCHINI, F: “**Strade pubbliche, private e vicinale**” en NDI, **XXII**, 1940, parte 1, p.910-917

utilización de los verbos: *reficere*-reparar las calles-, *-sternere* pavimentar *-vias publicas in urbem Romam, propiusue urbem Romam passus M, reficiundas sternendas*²⁵; *purgare* -limpiar²⁶.

Ulpiano en un texto contenido en comentarios al libro 68 al edicto que recogido D. 43.11.1.1²⁷ especifica que *purgare* es parte de su reparación, entendiendo por *purgare* reducirla a su propio nivel, quitando lo que hubiere sobre ella, porque la reparan tanto el que la abre como el que la limpia y todos los que la vuelven a su primitivo estado.

La norma, Tabula Heracleensis 20-23, en lo que afecta a la materia de conservación de las vías públicas²⁸, impone obligaciones tanto para la propiedad privada como para los ediles, autoridad pública, a quien se le encomienda el cumplimiento de esta función. Estos son sus términos:

Quae uiae in urbe Rom(a) propiusue u(rbem) R(omam) p(assus) M, ubei continente habitabitur, sunt erunt, quouis ante aedificium earum quae | uia erit, is eam uiam arbitratu eius aed(ilis), quoi ea pars urbis h. l. obuenerit, tueatur; isque aed(ilis) curato, uti, quorum | ante aedificium erit, quamque uiam h. l. quemque tueri oportebit, ei omnes eam uiam arbitratu eius tueantur, neue eo | loco aqua consistat, quominus conmode populus ea uia utatur.

Respecto al ámbito de aplicación de la normativa contenida en esta materia en la ley en examen, expresamente se indica que su reglamentación se aplica tanto a las calles actuales como a las que se tracen en un futuro dentro de la ciudad de Roma y en los arrabales que tengan vivienda *-ubi continente habitabitur-* a menos de mil pasos de la *urbs -Quae uiae in urbe Roma propiusue urbem Romam passus M, ubei continente habitabitur, sunt erunt*²⁹.

Como regla general establece que la obligación de conservación de las calles corresponde a la propiedad particular edificada, de tal forma, que todos los propietarios de edificios que lindan con cualquiera de sus calles deberán velar por la conservación de aquella calle³⁰, sujetándose a las instrucciones del edil del que depende este barrio de la ciudad *-quouis ante aedificium earum quae uia erit is eam uiam arbitratu eius aedilis, cui ea pars urbis h. l. obuenerit, tueatur*.

²⁵ Tab. Her. 27 (*reficiundas sternendas*); 28 (*reficiendarum*)

²⁶ Tab. Her. 50 (*purgandeis*), 51 (*purgandeis*) (*purgandas*), 70 (*purgandeis*).

²⁷ D. 43.11.1.1: **Ulpiano libro 68 ad edictum:** Viam aperire est ad veterem altitudinem latitudinemque restituere. Sed et purgare refectionis portio est: purgare autem proprie dicitur ad libramentum proprium redigere sublato eo quod super eam esset. Reficit enim et qui aperit et qui purgat et omnes omnino, qui in pristinum statum reducunt.

²⁸ PONTE, V: **Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano**, ob., it., p. 90 y siguiente en donde se detalla la estructura de la vía, las capas, materiales usados, medidas, trazados, accesorios. En la página 122 pone de manifiesto que la naturaleza de la vía puede ser resultante de la combinación de dos criterios, la pertenencia y la utilización y recoge la opinión de FRANCIOSI, según el cual la vía pública además de asegurar la circulación pública tiene función de límite y de SAN ISIDORO DE SEVILLA, Orig., 15.6.5 que las diferencia atendiendo al suelo por el que discurren.

²⁹ Tab. Her. 20. GARCIA GONZÁLEZ, A: **Recepcion of Law. Derecho y espacio urbano en dos ciudades.**, ob., cit., p. 30-31 destaca: “[...] existe hoy cierto consenso en considerar la Tabula Heracleensis un digesto o centón de normas, algunas de ellas procedentes de Roma, que fueron recopiladas con la intención de aplicarse en la ciudad de Heraclea. Por ello, cuando se analizan las prescripciones del documento sobre las vías ciudadanas se toman éstas como relativas a la ciudad de Roma en un momento considerablemente anterior al siglo I a.C., pues, aunque estas normas fueran promulgadas *-datae-* para Heraclea probablemente en época cesariana, las que se refieren a Roma debían tener ya una tradición consolidada”.

³⁰ DIRKSEN, E., “**Bemerkungen über die erste Hälfte der Taf. Von Her.**”, en *Civilitische Abhandlungen*, II, Berlin, 1820, p. 144-323; p. 218-220. MOMMSEN, **Droit public romain**, cit., IV, p. 111; 139-140; 169; 200-212; 314; estiman una originalidad del Derecho público romano el hecho de que en la ciudad en particular el mantenimiento y reparación de las **viae publicae** incumbiese a los vecinos cuya propiedad limitase con estas vías. En el Bajo Imperio se recurre frecuentemente a leyes y constituciones imperiales para asegurar el deber de mantenimiento de las vías por parte de los ribereños. Concretamente, un título especial del **Codex Theodosianus** (15.3, **de itinere muniendo**) hace mención a una amplia gama de esos deberes. Vid PONTE, V: “**La financiación de las viae publicae romanae**”, en **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña**, n°8-2004, p.615-628.

PONTE³¹ puntualiza en este punto que incluso la creación de las vías pudo recaer en estos fronterizos o propietarios cercanos, apoyándose en un ejemplo grabado en la inscripción que sigue, donde se detalla que una vía urbana, concretamente una calle, fue construida con las aportaciones económicas de los dueños de terrenos situados en las inmediaciones del foro, por los negociantes y las corporaciones profesionales que desarrollaban sus actividades en el foro. Que todas estas personas estaban relacionadas geográficamente con la calle es incuestionable. CIL IX, 5438: Imp. Caesare | Traiano Hadriano | Aug. III cos. | via nova strata lapide | per medium forum pecuar. | A summo vico longo ad | arcum iunctum capitolio | ex conlatione manipretii | possessorum circa forum et negotiantium item collegia quae attingunt eidem foro | Iiviratu... L. Ta. Es necesario en este lugar hacer una concisa mención a las partes del suelo de la ciudad de Roma para comprender mejor las referencias al mismo de esta lex: una primera zona estaba configurada por la verdadera *urbs* Roma, cuyos confines se determinaban según un concepto político, especialmente el del imperio militar del magistrado supremo; esta extensión se componía de todo el espacio rodeado por el *pomerium* (todo el interior cercado por la muralla Serviana). La otra parte se extendía más allá de los muros, creando una especie de barrios a las afueras con edificios y vías que terminaba en la primera milla. Son estas dos partes las que AUGUSTO dividió en catorce regiones. Dentro de esos límites todo el suelo urbano podía ser objeto de tres clases de derecho de propiedad: del Estado (*publicum*), consistente en opera y loca publica; de la divinidad (*sacrum*), al que se incorporaban templos y otros tipos de inmuebles, como, por ejemplo los bosques; y de los ciudadanos (*privatum*) con casas y jardines principalmente”

Papiniano en D. 43.10.1.3 *Ex libro singulari Papiniani de officio aedilium* nos transmite la obligación que había de construir ³²cada uno las vías públicas del frente de su propia casa, de modo que no impidan que pasen los vehículos así como la de limpiar los acueductos imponiendo dicha obligación a los dueños o en su defecto al arrendatario, descontando los gastos del alquiler que debía pagar³³.

Comparto la opinión de VALLOCCHIA³⁴ cuando afirma que la diferencia entre ambos textos no es radical. Mientras la Tabula dicta la norma general que ha de aplicarse en caso de incumplimiento, el pasaje del digesto regula el caso particular en el que el propietario incumplidor había dado en arrendamiento a un tercero el inmueble contiguo a la vía que había que reparar. Los dos casos no se excluyen sino que se complementan.

Quizás el precedente de esta obligación que la Tabula Heracleensis impone a los propietarios limitrofes se encuentre en la ley de Pergamo que en materia de conservación y limpieza dispuso que fueran los ciudadanos que tenían situados sus bienes inmuebles a lo largo de las vías

³¹ PONTE, V: “ **La búsqueda de la seguridad y el orden en las calles de Roma.** Anuario da Facultade de Dereito ob., cit., p.731.

³² PONTE, V: **Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano**, ob.cit, p. 89, 90 y ss donde se detallan las expresiones utilizadas en textos literarios y epigráficos para indicar la construcción de una calle o vía (*viam sternere, struere, instituere, munire*).

³³ VALLOCCHIA, F: **Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1).** *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 6, 2013, p. 24, n 40.” L’attivazione del conduttore risultava più comoda per il proprietario, che così non correva il rischio di essere citato in giudizio da colui che aveva eseguito i lavori, per una somma maggiorata del 50% rispetto all’importo originario; più utile per i magistrati, i quali evitavano di attivare una procedura complessa; non gravosa per gli stessi inquilini, che comunque recuperavano la somma spesa detraendola dalla mercede. Nel caso in cui l’immobile non fosse dato in locazione, ovvero i locatari non avessero provveduto ad effettuare i lavori di manutenzione della strada adiacente, allora doveva trovare piena applicazione la disciplina indicata nella Tabula Heracleensis”.

³⁴ VALLOCCHIA, F: **Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concetto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1).** *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 6, 2013, 1-50. P. 24 “[...] la differenza tra i due testi non è così radicale. Infatti, mentre la Tabula detta la norma generale da applicarsi in caso di totale inadempimento, il passo del Digesto regola il caso particolare in cui il proprietario inadempiente abbia dato in locazione a terzi l’immobile contiguo alla via da riparare. I due casi non si escludono, anzi si completano”.

en cada barrio, quienes tenían que mantener éstas limpias y transitables, y quienes debían contribuir comunitariamente al pago de las reparaciones que fuera necesario hacer³⁵.

La obligación de conservación se extiende en Tabula Heracleensis 53-55 también a las aceras *-semita*³⁶:

Quoius ante aedificium semita in loco erit, is eam semitam eo aedificio perpetuo lapidibus perpetueis | integreis continentem constratam recte habeto arbitratu eius aed(ilis), quoius in ea parte h. l. uiarum | procuratio erit.

En este caso, el propietario de todo el edificio ante cuya fachada exista una acera, debe mantener dicha acera en toda la longitud del edificio y hasta la base de los muros, bien pavimentada con piedras, baldosas³⁷ sin fisuras y nuevas, de acuerdo con las instrucciones del edil a quien corresponda el cuidado de la vía pública en aquella parte de la ciudad, según lo establecido en esa ley.

Cuando una calle establezca una separación entre un templo consagrado al culto, un edificio o un lugar público, de un lado, y de otro la casa de un particular, la conservación de tal calle deberá ser arrendada por mitad por el edil a quien corresponda la parte de la ciudad en donde se hallen aquel templo consagrado al culto, aquel edificio público o aquel lugar público: *Quae uia inter aedem sacram et aedificium locumue publicum et inter aedificium priuatum est erit, eius uiae partem dimidiam is aedilis, quoi ea pars urbis obuenerit, in qua parte ea aedis sacra erit seiuue aedificium publicum seiuue locus publicus, tuemdum locato*³⁸.

En lo que se refiere a las obligaciones y funciones que impone a la autoridad pública establece que el edil deberá cuidar fundamentalmente:

- a. Que todos los propietarios que den a una calle que la presente ley les obligue a conservar, lo hagan en cumplimiento de sus instrucciones.
- b. Que no se estanque el agua en ella, dificultando al pueblo el tránsito por aquella calle.

Para evitar problemas de competencias entre los diferentes ediles dentro de una ciudad, de forma expresa se indica que los ediles tanto curules como plebeyos, en funciones en el momento de dictarse la ley y todos aquellos que después de votada la ley sean designado o creados o tomen posesión del cargo, dentro de los cinco días siguientes a la elección a dicha magistratura

³⁵ La ley de Pergamo en las líneas 33 y 34 prevé la reparación efectuada personalmente y la contribución económica destinada a este fin. Vid. HENNIG, D: **Staatliche Ansprüche an privaten Immobilienbesitz in der klassischen und hellenistischen Polis**, en Chiron 25 (1995), p.249-250.

³⁶ Tab. Her. 53-55. Vid. PONTE, V: **La búsqueda de la seguridad y el orden en las calles de Roma**, ob.cit.p.733 y ss. En la página 727 n.19 la autora afirma: “Las calles de la ciudad normalmente se designaban con el nombre de angiportus, vicus o semita (la semita también podía ser un atajo o una acera).Un cierto número de insulae agrupadas en una circunscripción formaban un barrio, vicus. Cierta número de vicus reunidos en unos límites daba lugar a una regio”. PONTE, V: **Régimen jurídico de las vías públicas en derecho romano**, ob. cit., p.47 indica: “Semita: Su anchura no representaba mas que la mitad-semis- de la del iter, aproximadamente un pie. Era una simple callejuela, senda y, en la ciudad, una vereda que bordeaba las casas. Varro, de ling.lat, 1.4: Qua anguste, semita, ut semi-iter, dictum”.

³⁷ NACH, E.-WAGNER, W.: **Roma. El país y el pueblo de los antiguos romanos. Traducción del alemán por Juan Godo Costa**, 2ª ed. Barcelona, 1966, p. 312: “Las calles ligeramente combadas de las ciudades estaban bordeadas por aceras (margenes). También estaban pavimentadas con grandes losas poligonales, generalmente de lava basáltica. La construcción y conservación de las aceras era asunto que incumbía a los propietarios de las casas, por lo cual también era distinto el trozo de pavimento delante de cada una de ellas. A veces era el suelo natural, a veces losas o un mosaico hecho de trozos de ladrillos. El agua de la lluvia se escurría por unos sumideros del pavimento hacia las cloacas subterráneas. En ciertos sitios, para pasar de una acera a otra, por encima de la calle había piedras que sobresalían, grandes, ovales y de la misma altura que la calzada de los peatones, y cinco en número según la anchura de la misma, con sus espacios intermedios nos revelan la distancia a que estaban separadas las ruedas de los carros, que entonces era muy pequeña.”

³⁸ Tab. Her.29-32

o a su toma de posesión, deben elegir de común acuerdo o a sorteo la parte de la ciudad en la que a cada uno le va a corresponder cuidar de que se reparen y pavimenten las calles dentro de la ciudad y a menos de mil pasos de ella³⁹.

A este efecto estarán investidos de poderes que pueden ejercer en todos los lugares que se encuentren dentro de su distrito para ordenar que se realice la reparación y conservación de calles a la que obliga esa ley. Estos son los términos en que se expresa este texto de la norma⁴⁰:

Aed(iles) cur(ules) aed(iles) pl(ebei), quei nunc sunt, quei quomque post h. l. r(ogam) factei createi erunt eumue mag(istratum) inierint, iei in diebus V proxumeis, | quibus eo mag(istratu) designatei erunt eumue mag(istratum) inierint, inter se paranto aut sortiunto, qua in partei urbis quisque | eorum uias publicas in urbem Romam, propiusue u(rbem) R(omam) passus M, reficiundas sternendas curet, eiusque rei procurationem | habeat. Quae pars quoique aed(ilei) ita h. l. obuenerit, eius aed(ilis) in eis loceis, quae in ea partei erunt, uiarum reficien|darum tuemdarum procuratio esto, utei h. l. oportebit.

NICOLET⁴¹ pone de relieve que los ediles debían tener a su disposición documentos de tipo catastral para vigilar o controlar la ejecución de los trabajos de los propietarios en el mantenimiento de las calles, así como para imponer multas correspondientes a los que incumplían sus deberes.

Si el propietario obligado a conservar la vía incumplía su obligación, el edil que tuviera a su cargo la zona podía ejecutar la misma a costa del propietario renuente mediante arriendo del citado servicio a un tercero, en la forma siguiente⁴²:

Quemquomque ante suum aedificium uiam publicam h. l. tueri oportebit, quei eorum eam uiam arbitrato eius aed(ilis), | quouis oportuerit, non tuebitur, eam uiam aed(ilis), quouis arbitrato eam tuerei oportuerit, tuendam locato; | isque aedi(lis) diebus ne minus X, antequam locet aput forum ante tribunale suum propositum habeto, quam | uiam tuendam et quo die locaturus sit, et quorum ante aedificium | ea uia sit; eisque, quorum ante aedificium ea uia erit, procuratoribus eorum domum denuntietur facito, se eam uiam locaturum, et quo die locaturus | sit; eamque locationem palam in foro per q(uaestorem) urb(anum), eumue quei aerario praeit, facito. Quamta pecunia eam | uiam locauerit, tamtae pecuniae eum eosque, quorum ante aedificium ea uia erit pro portioni, quantum | quouisque ante aedificium uiae in longitudine et in latitudine erit, q(uaestor) urb(anus), queiue aerario praeit, in tabulas | publicas pecuniae factae referendum curato. Ei quei eam uiam tuendam redemerit, tamtae pecuniae eum eos|ue adtribuito sine d(olo) m(alo). Sei is, quei adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumeis, quibus ipse aut pro|curator eius sciet adtributionem factam esse, ei, quoi adtributus erit, non soluerit neque satis fecerit, is | quamtae pecuniae adtributus erit, tamtam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, dare debeto, | inque eam rem is, quo quomque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumue ita dato, utei de pecunia credita | [iudicem] iudiciumue dari oportebit. Quam uiam h. l. tuendam locari oportebit, aed(ilis), quem eam uiam tuendam locare oportebit, is eam uiam per | q(uaestorem) urb(anum), queiue aerario praeit, tuendam locato, utei eam uiam arbitrato eius, quei eam uiam locandam | curauerit, tueatur. Quamtam pecuniam ita quaeque uia locata erit, t(amtam) p(ecuniam) q(uaestor) urb(anus), queiue aerario praeit | redemptorei, quoi e lege locationis dare oportebit, heredeiue eius damdam adtribuendam curato.

³⁹ Vid. Varron, de ling.lat.5.158 y Ovidio, Fast V.287;CIL I, 206

⁴⁰ Tab. Her.24-29

⁴¹ NICOLET, C: "La Table d'Heraclee et les origines du cadastre romain", L'urbs, espace urbain et histoire(Isa v.J-C.-III s ap.JC), Actes du colloque international organise par le C.N.R.S et l'Ecole Française de Rome (Rome, 8-12 mai 1985), Rome, Ecole Française de Rome, 1987, VIII-804, p.1-25.

⁴² Tab. Her. 32-50. Vid: RODRIGUEZ GARCÍA, A: La manutenzione delle strade di Roma. Un procedimento specifico nella Tavola di Heraclea, en Gli Statuti municipali, L.Capogrossi-E.Gabba (eds.), Pavia 2005, p.397-410.

Este fragmento dispone un procedimiento de ejecución forzosa mediante una *locatio-conductio operis*⁴³, que a efectos expositivos he dividido en las siguientes fases:

A) Fase previa a la celebración del contrato.

1. *Exposición pública previa a la concesión del arriendo*. El edil competente comprobará el incumplimiento de la obligación de conservación de la vía y durante 10 días⁴⁴ hace colocar en el Foro, ante su tribunal, un anuncio indicando:
 - a. La calle de que se trata- *quam uiam tuendam*
 - b. El día en que haya de concertar el arriendo- *quo die locatus sit*.
 - c. Nombre de los propietarios de los edificios con fachadas a esa calle o el de sus apoderados.
 - d. Una memoria de los gastos correspondientes.

Durante esos 10 días el propietario infractor podía presentar alegaciones.

2. *Notificación al domicilio del propietario* incumplidor o a sus procuradores de su propósito de contratar el arriendo y el día en que se haya de establecer el contrato *-eis que quorum ante aedificium ea uia erit procuratoribusue eorum domum denuntietur facito, se eam uiam locaturum et quo die locaturus sit*.

Una vez recibida la noticia por el interesado o su procurador, el mismo podía asumir su deber y realizar las obras y no había lugar a la fase siguiente.

B) Fase de celebración del contrato.

1. *Celebración pública en el Foro del contrato de arriendo*⁴⁵.

Una vez transcurridos los diez días y realizadas las fases previas, sin que el propietario haya cumplido con su obligación, el edil traslada la competencia al órgano competente para contratar, que según lo dispuesto en la *Tab. Her.* es el cuestor urbano o el magistrado encargado de la administración del tesoro, quien públicamente celebra el mismo en el Foro.

2. *Inscripción del crédito en el registro de créditos del estado*. El cuestor urbano y el magistrado que dirija la administración del tesoro inscribe al propietario fallido en los registros públicos como deudor a favor del Estado.

En el registro ha de incluirse los siguientes datos:

1. Nombre del propietario o propietarios de edificios que lindan con la citada calle.
2. Distribución de la cantidad-adtributio- que le corresponde pagar a cada uno en proporción a la longitud y anchura de la calle que tengan delante de la fachada de sus edificios.

C) Fase de cobro del crédito.

⁴³ Liv.4.22.7 **censores villam publicam in campo Martio probaverunt**. Hace referencia a la construcción de la **Villa Publica** en los años 319-415 a.C., mediante una **locatio-conductio operis**, procedimiento utilizado para adjudicar a terceros la realización de obras públicas. Vid. DE RUGGIERO, E: **Lo stato e le opere pubbliche in Roma antica**, Torino 1925, p.172.

⁴⁴ El plazo de 10 días mencionado en la línea 34 de la Tabula Heracleensis es idéntico al establecido en la línea 43 del Epigrafe de Pérgamo.

⁴⁵ Vid. TANFANI, L.: **Contributo alla storia del municipio romano**, ob. cit., p.113 y ss.

A) Delegación del crédito por parte del Estado a favor del suministrador del servicio de conservación *Ei quei eam uiam tuendam redemerit, tantae pecuniae eum eos/ue adtribuito sine d(olo) m(alo)*⁴⁶.

El cuestor urbano o el magistrado que administre el tesoro tiene a su cargo hacer que se recaude la suma por la que se haya arrendado cada calle y que dicha suma sea entregada a quien las cláusulas del contrato de arriendo obliguen a pagarla. Los gastos que se producían nunca se pagaban con fondos del erario público.

En su calidad de acreedor, el Estado realiza una delegación sin dolo malo en aquel o aquellos a quienes haya propuesto para la realización de las tareas de conservación de la calle, frente a quien finalmente va a resultar deudor el propietario o propietarios infractor/es. De esta forma, el adjudicatario se convertía en acreedor del propietario renuente, concediéndole acción al adjudicatario frente al propietario para reclamar el importe del gasto.

B) Concesión de plazo de pago de deuda en vía voluntaria.

Se concede un plazo de 30 días a contar después de haber tenido conocimiento por sí o por su mandatario de haberse realizado su delegación para que de forma voluntaria pague la suma en que se ha adjudicado el servicio de conservación de la parte de la vía que le corresponde abonar. Si transcurrido ese plazo no ha pagado dicha suma o entregado caución, *ipso iure*, su deuda se verá aumentada en una mitad más(50%), es decir que tendrá que pagar a partir de entonces la suma delegada más una mitad más.

C) Fase judicial.

Incumplida la obligación de pago en el periodo voluntario, el adjudicatario del servicio o sus herederos debía/n acudir ante el magistrado para tramitar el litigio y cualquier magistrado ante quien se sustancie el asunto ha de designar juez y disponer el proceso como estaría obligado a hacerlo para el cobro de un crédito ordinario de cualquier suma de dinero *-quo quomque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumue ita dato, uti de pecunia credita iudicem iudiciumue dari oportebit*.

La esencia del procedimiento consistía en que el magistrado adjudicaba la obra al licitador que había ofertado por menos, interviniendo el Estado en calidad de deudor, a diferencia de lo que acaecía en la *locatio-conductio rei* o concesión de un *locus público*, a cambio de un *vectigal*-canon, en el que el Estado ostentaba el lugar de acreedor. No obstante lo anterior, al ser el Estado acreedor del propietario que tenía la obligación de conservar la vía, efectuaba una *delegatio* del crédito al adjudicatario de la obra, quien en su caso ejercería las acciones judiciales en reclamación del crédito y un 50% más contra el propietario incumplidor.

3 LIMPIEZA DE LA VÍA

La Tabula Heracleensis no regula minuciosamente como hacia la Ley de Pérgamo esta materia⁴⁷.

⁴⁶ Vid. TRISCIUOGLIO, A: **Sulle sanzioni per l'inadempimento dell'appaltatore di ultrotributa nella tarda repubblica en el primo principato**, Congreso Internazionale sul tema I rapporti contrattuali con la publica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica.Torino 17-19 ottobre 1994, 1997, p. 219. N. 63.

⁴⁷ Vid. GARCIA GONZALEZ, A: **Recepcion of Law. Derecho y espacio urbano en dos ciudades**, ob., cit., p.33 y ss. En la página 39 la autora concluye: "[...] la ley de Pérgamo tomó medidas para evitar que los ciudadanos invadieran o se apropiaran del suelo de propiedad pública; obligó a los propietarios de las fincas y solares de la chóra a limpiar y reparar las vías aledañas; persiguió la tirada ilícita de basuras en las travesías urbanas y controló que las obras y trabajos

Como destaca HOMO⁴⁸ la limpieza de la vía normalmente se realizaba por dos medios simultáneos y conjuntos: por medio de carretas, con las que se retiraban los desperdicios procedentes del barrido de las calles, de los edificios públicos o de los mercados y por los desagües de alcantarilla, a donde iban a parar el agua que corría por las calles, ya procedente de las lluvias o de los inmuebles⁴⁹.

En circunstancias excepcionales o a causa de la excesiva cantidad de basura o escombros, a veces ocurría que no eran suficientes los carros recolectores. Este autor menciona lo ocurrido en el año 64 a causa del incendio que devastó a la ciudad en el reinado de Nerón. En estos casos se recurrió a barcos que, por el Tiber, evacuaban los escombros hacia la costa. Se fundamenta en los anales de Tácito XV, 43 en los que se indica: “*Dispuso Nerón que los escombros fueran arrojados en las marismas de Ostia y ordenó que los barcos que subían por el Tiber con trigo descendieran su curso, al regreso, cargados de escombros*”.

La Tabula Heracleensis regula la autoridad pública encargada de la limpieza de las calles, aludiendo como medio para ello el sistema de recogida mediante carretas- *plostra stercoris exportandi causa*-, que para su arrastre llevaban bueyes u otras bestias de tiro, sin que detalle más minuciosamente la limpieza de las calles de Roma (dentro y fuera de la urbe, hasta los mil pasos) a fin de no impedir que los magistrados encargados de estas tareas cumplan con los deberes que leyes, senadoconsultos y plebiscitos establecen para su cargo.

Estos son los términos en que se expresaba la norma⁵⁰:

Quo minus aed(iles) et IIIuir(ei) uieis in urbem purgandeis IIuir(ei) uieis extra propiusue urbem Rom(am) passus [M] | purgandeis, queiquomque erunt, uias publicas purgandas curent eiusque rei potestatem habeant, | ita utei legibus pl(ebei)ue sc(itis) s(enatus)[ue] c(onsultis) oportet oportebit, eius h. l. n(ihilum) r(ogatur).

Los ediles, los *IVviri* y *IIviri* eran los encargados de ordenar la recogida de basuras y despojos diversos-*stercus*- procedentes de casas y mercados que, lo mismo que en la actualidad, eran depositados en calles, plazas y edificios públicos, estando a esos efectos investidos de las mismas atribuciones que tenían anteriormente de acuerdo con aquello a que les obligan las leyes, los plebiscitos o senadoconsultos, sin que esta ley derogue nada de lo que ya estaba establecido.

Los ediles y *IVviri* eran la autoridad pública competente en la ciudad, atribuyéndose la función de la limpieza extramuros de la ciudad de Roma y a menos de mil pasos a los *IIviri*⁵¹.

de los particulares no causaran daños al pavimento, alteraran la regularidad del terreno o dificultaran el tránsito. La ley formuló prohibiciones, impuso obligaciones, estableció multas y sanciones, definió el procedimiento a seguir para acabar con la situación indeseada y reponer las calles en su estado original, e ideó también un mecanismo de ejecución patrimonial para el caso de incumplimiento de estas normas. No obstante, de entre todas estas prescripciones creo interesante llamar la atención especialmente sobre las obligaciones que la ley impone a los habitantes de Pérgamo de forma continuada, y no tanto sobre las prohibiciones. Me refiero, concretamente, a la obligación de recogida habitual de las basuras del *ámphodon*, que debería hacerse de forma periódica y, también, a la reparación y mantenimiento en buen estado de las calles de la *chóra*, que debían contemplarse cada cierto tiempo y sin solución de continuidad.”. Las páginas siguientes explica de forma detallada la regulación que hace referencia a la recogida de basuras.

⁴⁸ HOMO, L.: **La Roma imperial**, ob., cit., p. 325.

⁴⁹ Tal como pone de relieve HOMO, L. *Ibidem*, p. 326, de su existencia se encuentran datos en la Vida de Heliogábalo, 17 y en el Digesto 43, 23 De Cloacis.

⁵⁰ **Tab. Her.** 50-53. HAUBOLD, CG- PETER, E-SPANGENBERG, J: **Antiquitatis Romanae Monumenta Legalia extra libros Iuris Romani sparsa**, Berlin, 1830. PANCIERA, S: **Nettezza urbana a Roma. Organizzazione e responsabili, en Sordes urbis. La eliminación de residuos en la ciudad romana. Actas de la reunión de Roma 1996**, X.Dupré-J.A.Remolà (eds.), Roma 2000, p.95-105 (=Epigrafi, epigrafia, epigrafisti. Scritti vari editi e inediti (1956-2005), Roma 2006, p.479- 490).

⁵¹ Vid. D. 1.2.2.30

Papiniano en los comentarios al libro único del cargo de los ediles que se encuentra recogido en D.43.10.1.5⁵² encomienda a los ediles que no permitan que haya riñas en las vías, ni que se eche basura, ni que haya en ellas cuerpo muertos, ni pieles.

La limpieza de la vía pública parece ser se realizaba por medio de carros o galeras para el transporte de basuras *-plostra stercoris exportandi causa-*, para cuyo arrastre llevaban *bubus iumentisque juncta*.

Dada la importancia de este servicio público, de forma expresa se les permitía circular libremente después de la salida del sol durante las diez primeras horas del día, siendo considerada como una excepción a la prohibición establecida para los vehículos de circular en horas diurnas *-Quae plostra noctu in urbem inducta erunt, quo minus ea plostra inania aut stercoris exportandi causa | post solem ortum horis X diei bubus iumentisque iuncta in u(rbe) R(oma) et ab u(rbe) R(oma) p(assus) M esse liceat, e(ius) h. l. n(ihilum) rogatur.*⁵³

4 USO DE LUGARES PÚBLICOS

La *Tabula Heraclensis* en esta materia dispone normas que se refieren a la necesidad de vigilar y cuidar que los lugares o pórticos públicos se empleen en aquello para lo que fueron construidos y puedan ser utilizados por todos los particulares, impidiendo abusos que restrinjan los derechos de los demás, así como disposiciones que tienen a solucionar la caótica circulación de peatones y vehículos que transitaban por las calles de Roma.

A los ediles y a los magistrados a quienes se encuentra encomendada la limpieza de los lugares públicos de la ciudad de Roma y a menos de mil pasos de la misma, les encomienda la función de vigilancia de los lugares públicos⁵⁴ o pórticos públicos que existen en el momento de dictarse la *lex* y aquellos que puedan existir en un futuro.

Dentro de estas funciones de vigilancia de forma expresa les impone:

A. Impedir la elevación de edificios o construcciones en tales lugares o pórticos⁵⁵.

⁵² D.43.1.1.5, Ex *Papiniani de cura urbium libro*. Vid. TAREL, P: *Défense et sécurité des cités de l'Occident romain sous le Haut-Empire*, Lille, 2003, p. 215; “Malgré les limites juridiques mises à leur autorité, il ne fait guère de doute que l'édilité est la magistrature qui, par ses compétences, se rapproche le plus de notre police municipale. Le Digeste considère ainsi qu' il est de leur devoir: “d'empêcher que l'on se batte sur la voie publique, que l'on déverse des excréments ou que l'on y abandonne les cadavres ou les peaux (D. de officio Aedilium, XLIII, 10, 5: Non permittant autem rixari in viis, neque stercora prolificere, neque morticina, neque pelles lacere). PANCIERA, S: *Nettezza urbana a Roma., ob., cit., p.479 y ss sobre la práctica de abandono de cadáveres en Roma en las fuentes literarias: Marcial, Suetonio, Dion Cassio, etc.* En la página 481 recuerda las sanciones y el procedimiento regulado en la *Lex libitinaria* de *Pozzuoli*: “[...] La già ricordata *lex libitinaria* di *Pozzuoli* stabilisce una multa di 60 sesterzi per ogni cadavere ovunque abbandonato insepolto e stabilisce la procedura giudiziaria per la sua riscossione. Evidentemente non si sarà trattato di un provvedimento esclusivo di questa città. Un testo di Papiniano ripreso nel Digesto presuppone poi un divieto generale di gettare sulla strada | immondizie (kovpron come stercus non signifi ca soltanto escrementi) nekraw (da intendere verosimilmente come animali morti) e pelli, verosimilmente per il disgustoso odore che sprigionano corrompendosi.”

⁵³ *Tab. Her.* 66-68.

⁵⁴ D. 43.8.2.3 *Ulpianus libro LXVIII ad edictum* indica que Labeón define de qué manera se entiende la denominación de lugar público, de modo que se refiera a los solares, a las casas, a los campos, a las vías públicas y a los caminos públicos. “Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat”.

⁵⁵ Prohibición de levantar monumento en la vía pública que se recoge en D.43.7.2 *Ulpianus, libro XLVIII Digestorum. Nemini licet in via publica monumentum exstruere*. La prohibición general de edificar en lugar público, proponiendo el pretor el interdicto se nos transmite en D.43.8.1 *Paulus, Libro LXIV, ad edictum: In loco publico Praetor prohibet aedificare, et interdum proponit*.

- B. Impedir que se apodere alguien de estos lugares o de algunos de estos pórticos indebidamente.
- C. Impedir la instalación de vallas o cierres que hagan difícil al pueblo el acceso a estos pórticos o se lo cierren.

Si bien esta es la regla general, contempla las siguientes excepciones en las que de forma expresa indica que la ley no deroga nada de ello:

nisi quibus utique leg(ibus) pl(ebei)ue sc(itis) s(enatus)ue c(onsultis) concessum permissumue est.⁵⁶

Quibus locis ex lege locationis, quam censor aliusue quis mag(istratus) publiceis uectigalibus ultroue tributeis | fruendis tuendisue dixet, dixerit, eis, quei ea fruenda tuendaue conducta habebunt, ut utei frui liceat | aut utei ea ab eis custodiantur, cautum est: ei quo minus iis locis utantur fruuntur ita, utei quoque eorum [ex l]e[ge loca]tionis iis [sine d(olo) m(alo)] utei frui licebit ex h. l. nihilum r(ogatur).

Quos lud[os] quisque Romae p(ropius)ue u(rbei) R(omae) p(assus) M faciet, quo minus ei eorum ludorum causa scaenam pulpitem ceteraque, | quae ad eos ludos opus erunt, in loco publico ponere statuere, eisque diebus, quibus eos faciet, loco publico utei | liceat, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).

Quei scribae librari mag(istratibus) apparebunt, ei quo minus locis publiceis, ubi is, [quoi] quisque eorum apparebunt, | iuserit, apparendi causa utantur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur). Quae loca seruies publiceis ab cens(oribus) habitandi utendi causa adtributa sunt, ei quo minus eis locis utantur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).

Las excepciones antes mencionadas pueden sintetizarse en las siguientes:

- a. Casos en los que las leyes, plebiscitos o senadoconsultos otorguen una concesión o permiso a determinadas personas.
- b. Lugares que fueron establecidos para el uso y disfrute temporal de arrendamiento de contribuciones o de los mercados de provisiones, como consecuencias de las cláusulas de un contrato establecido ahora en un futuro por el censor u otro magistrado.

Esta excepción la observamos igualmente en un texto de Ulpiano, Comentarios al Edicto Libro LXVIII que nos transmite D. 43.9. *De loco publico fruendo* en el que indica que el Pretor prohíbe que se impida por violencia al que tomó un lugar público en arrendamiento o a su socio disfrutar del mismo de acuerdo con las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento. El pretor, en relación con este último requisito- *quo minus e lege locationis frui liceat*- indica que esto es justo, puesto que aquel que desea disfrutar fuera de lo pactado o contra lo pactado, no debe ser escuchado⁵⁷.

Este interdicto tiene como propósito la utilidad pública⁵⁸ -*interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est*- ya que favorece la recaudación de las rentas públicas -*tuetur enim vectigalia publica*-, prohibiendo molestar a quien tomó en arrendamiento un lugar público.

⁵⁶ Esta excepción referente a determinados supuestos se observa en D. 43.8.2. Ulpianus Libro LXVIII. **pr. Praetor ait:** “Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. De eo, quod factum erit, interdictum non dabo”. En esta última se amplía el ámbito de la excepción a lo concedido por Ley, Senadoconsulto, Edicto o Decreto de los Príncipes, mientras que en la Tabula Heracleensis., las excepciones afectan a los casos establecidos por Ley, plebiscito y senadoconsulto.

⁵⁷ D. 43, 9, 1, 3. Ulpianus libro LXVIII ad edictum: “Ait praetor “Quo minus e lege locationis frui liceat”. Merito ait “e lege locationis”: ultra legem enim vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat”.

⁵⁸ D. 43, 9, 1, 1. Ulpianus libro LXVIII ad edictum: “Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit”.

- c. Celebración de juegos en Roma o a menos de mil pasos de la ciudad de Roma. En este caso se reconoce que existe derecho, como existía anteriormente a erigir estrado, tarima o cuanto sea necesario para tales juegos. Lo mismo que reconoce la existencia de derecho a usar el lugar público durante su celebración.
- d. Los *aparitores* de los magistrado como sucedía en el pasado podían hacer uso de los lugares públicos en donde les orden establecerse el magistrado al que sirvan.
- e. Los lugares cuyo uso y habitación hayan sido concedidos a los esclavos por los censores seguirán destinados para el mismo fin.

La circulación intensa dentro de las ciudades ha existido desde los orígenes de la humanidad hasta la actualidad, siendo uno de los grandes problemas con los que se enfrentan las autoridades de todas las épocas. En las calles de todos los países circulan dos elementos: personas y vehículos. Muchas han sido y vienen siendo en la actualidad las medidas que según los diferentes países y necesidades vienen siendo adoptadas. En algunas se está prohibiendo el tráfico de vehículos dentro de las ciudades, primando la circulación de peatones en sus calles. En otras, se intenta compaginar la circulación de vehículos y personas, mediante el establecimiento de espacios destinados al uso exclusivo de vehículos y los destinados al uso exclusivo de peatones. En otras se acuden soluciones primando la circulación de vehículos sobre las de peatones, estableciendo vías de un solo sentido y glorietas que intenten agilizar el tráfico viario.

Roma no permaneció ajena al problema de circulación de personas y vehículos dentro de la ciudad o en la zona habitada de los llamados arrabales⁵⁹.

La *Tabula Heracleensis* contiene normas de circulación para los vehículos referidas al tránsito urbano, prohibiendo su circulación durante el día, desde la salida del sol hasta la hora décima -*Quae uiae in u(rbe) R(oma) sunt erunt intra ea loca, ubi continenti habitabitur, ne quis in ieis uieis post k. Ianuar. | primas plostrum interdium post solem ortum, neve ante horam X diei ducito agito.*

Esta prohibición dispone expresamente la ley que afecta a las calles tanto existentes en la época de la *lex* como a las futuras dentro de la ciudad de Roma como en la zona habitada de los arrabales, entrando en vigor a partir de las próximas calendas.

Estas restricciones parece ser que afectaban únicamente a los vehículos con ruedas, y no al tránsito de animales como mulas, bueyes, caballos porque según afirma VAN TILBURG⁶⁰ no causaban problemas, incluso cuando se producían las restricciones de los vehículos con ruedas, lo más probable es que hubiera que acudir a utilizarles para transitar.

Esta normativa expresamente contemplaba las siguientes excepciones en las que si se permitía la circulación diurna, sin que la ley derogue nada de esto:

1. Carretas que transportasen materiales necesarios para la construcción de edificios consagrados al culto en honor de dioses inmortales; para la ejecución de obras públicas o para realizar desescombros procedentes de demoliciones contratados por arriendo por el Estado y que sea necesario sacar de la ciudad o de los citados lugares por su cuenta -*nisi quod aedium | sacrarum deorum immortalium causa aedificandarum operisue publice faciumdei causa aduehei porta|ri oportebit, aut quod ex urbe exue ieis loceis earum*

⁵⁹ TILBURG CR VAN(CORNELIS) : **Traffic and Congestion in the Roman Empire** 2007. GRUET, B: **La rue à Rome, miroir de la ville. Entre l'émotion et la norme.** Presses universitaires de Paris-Sorbonne, 2006.

⁶⁰ TILBURG CR VAN(CORNELIS) : **Traffic and Congestion in the Roman Empire.**, ob.cit., p.132

rerum, quae publice demoliendae locatae erunt, publice exportare oportebit, et quarum rerum causa plostra h. l. certis hominibus certis de causis agere | ducere licebit.

2. Los carros usados por los vestales, el *rex sacrorum* y los *flamines* en determinados días para trasladarse dentro de la ciudad a fin de realizar ceremonias de culto público del pueblo romano -*Quibus diebus uirgines Vestales regem sacrorum, flamines plostreis in urbe sacrorum publicorum p(opuli) R(omani) causa uehi oportebit.*
3. Los carros que debían tomar parte en desfiles triunfales, el día en que alguno triunfe, los que deban conducirse y llevarse para la celebración de los juegos públicos en Roma o a menos de mil pasos de la ciudad de Roma o para el desfile solemne de inauguración de los juegos del circo -*quaeque plostra triumphu causa, quo die quisque triumphabit, ducei oportebit, quaeque plostra ludorum, qui Romae aut urbe Romae [p(ropius) p(assus) M] publice feient, inue pompam ludeis circiensibus ducei agei opus | erit: quo minus earum rerum causa eis que diebus plostra interdiu in urbe ducantur agantur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur).*
4. Los carros que durante la noche entren en la ciudad, siempre que estén vacíos o para ser empleados en la recogida de basuras -*Quae plostra noctu in urbem inducta erunt, quo minus ea plostra inania aut stercoreis exportandae causa post solem ortum h(oris) X diei bubus iumentis iuncta in urbe R(oma) et ab urbe R(oma) p(assus) M esse liceat, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).*

Este principio fue mantenido por varios emperadores de los siglos I y II, precisando su aplicación, siendo respetado hasta los últimos tiempos del Imperio:

1. CLAUDIO prohibió por un edicto que los viajeros cruzaran las ciudades de Italia sino era a pie, llevados en sillas de mano o conducidos en litera⁶¹.
2. ADRIANO prohibió entrar en Roma con carros pesadamente cargados y circular por las ciudades a caballo - *Vehicula cum ingentibus sarcinis urbem ingredi prohibuit. Sederi equos in civitatibus non sivit. Ante octavam horam in publico neminem nisi aegrum lavari passus est.*⁶². En sus memorias⁶³ reconoce que “Ordenó reducir el número de carruajes, que obstruyen nuestras calles, lujo de velocidad que se destruye a sí mismo, pues un peatón saca ventaja a cien carruajes amontonados a lo largo de las vueltas de la *Via Sacra*”.

Los carros pesados y cargados no solo causaban incomodidades al resto de usuarios de las vías, sino también ocasionaban daños a las casas y al pavimento.

3. MARCO AURELIO prohibió entrar a caballo o en carro en las ciudades -*Idem Marcus sederi in civitatibus vetuit in equis sive vehiculis*-⁶⁴, debido a que el número de personas a caballo y en carro que circulaban por las ciudades había aumentado excesivamente.

No existen normas que de forma expresa regulan la circulación de los peatones, si bien en la misma se atisba que los romanos conocían las aceras a cuyo mantenimiento obligaban a los propietarios de los edificios, debiendo mantenerlas bien pavimentadas con baldosas sin fisuras y

⁶¹ Según dice Suetonio, Doce Cesares, Claudio, 25. **Viatores ne per Italiae oppida nisi aut pedibus aut sella aut lectica transirent, monuit edicto.** Suetonio habla de viajeros no de transportistas.

⁶² Vida de Adriano, 22. 6.

⁶³ Vida de Adriano, 22.

⁶⁴ Vida de Marco Aurelio, 23.8

sin haber sido usadas hasta entonces, de acuerdo con las instrucciones dadas por el edil competente.

La solución al problema de la circulación de peatones, parece ser que se buscó mediante la creación de foros y pórticos.

CONCLUSIÓN

Como conclusiones podemos destacar que Roma también se encontró con problemas que afectaban a los servicios públicos de asistencia o distribución gratuita del trigo; así como de conservación de vías públicas, existiendo épocas en las que las mismas se encontraban bastante deterioradas y en las que también se sentía la necesidad de regular el uso de lugares, vías y demás espacios públicos que permitieran convivir a los ciudadanos. Ello motivó que se dictasen regulaciones y remedios específicos para ordenar la forma en que era necesario realizar la distribución gratuita del trigo entre las personas que realmente lo necesitaban, así como el uso de los lugares públicos y de las vías públicas, teniendo especial interés en mantenerlas en perfecto estado de conservación y limpieza, para lo cual establecieron entre otras, las siguientes medidas:

1. Que todos los propietarios de edificios que lindan con cualquiera de sus calles deberán velar por la conservación de aquella calle y de las aceras, sujetándose a las instrucciones del edil del que depende este barrio de la ciudad, so pena de que dicha obligación sea ejecutada a su costa por la autoridad pública mediante el procedimiento legalmente establecido en la *Tabula Heracleensis acudiendo a una locatio- conductio* que es el antecedente de nuestro sistema de ejecución forzosa subsidiaria por sujetos distintos del obligado⁶⁵.
2. El edil era la autoridad pública encargada de dar las instrucciones de conservación de la vía y de intervenir en la fase previa a la celebración del contrato de *locatio-conductio* del servicio a un tercero.
3. El cuestor urbano y el magistrado que administre el tesoro tienen a su cargo la celebración del contrato de arrendamiento del servicio de conservación de la vía y hacer que se recaude la suma por la que se haya arrendado cada calle y que dicha suma sea entregada a quien las cláusulas del contrato obliguen a pagarla o a su heredero.

Medidas todas ellas, que también se han venido adoptando en nuestros respectivos países, acudiendo para ello a dictar las respectivas normativas nacionales, autonómicas o locales y al régimen de las ejecuciones subsidiarias mediante el recurso a las concesiones administrativas cuyo antecedente se encuentra desde mi punto de vista en la *locatio conducti* que nos transmite la *Tabula Heracleensis*.

La *Tabula Heracleensis* también se ocupó de establecer normas que se refieren a la necesidad de vigilar y cuidar que los lugares o pórticos públicos se empleen en aquello para lo que fueron construidos y puedan ser utilizados por todos los particulares, impidiendo abusos que restrinjan los derechos de los demás, así como disposiciones que tienen a solucionar la caótica circulación de peatones y vehículos que transitaban por las calles de Roma que pueden servirnos de ejemplo en las regulaciones y medidas que nuestros países puedan y deban adoptar para evitar los problemas existentes en la actualidad.

⁶⁵ Arts. 96 y 98 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

REFERENCIAS

- ABASCAL, J.M.- ESPINOSA, U. **La ciudad hispano-romana**. Privilegio y poder. Logroño, 1989, p. 110, n. 25
- AMELOTTI, M. L'epigrafe di Pergamo sugli Astynomoi e il problema della recezione di leggi straniere nell'ordinamento giuridico romano, en **SDHI** 24 (1958), p. 80-111
- _____. Leggi greche in diritto romano, en **Symposion 1999**: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, (Pazo de Mariñán, La Coruña, 6-9 Septiembre 1999), G.Thür-F.J.FernándezNieto (eds.), Köln 2003, p. 225-234.
- ARANGIO RUIZ, V: **Historia del Derecho Roman**. Madrid, 1994. Trad. Pelsmaecker y otro.
- BROUGHTON, **The magistrates of the Roman republic**, 2 vols, Nueva Cork, 1951-52 y Supplement, Nueva York-Oxford 1960.
- CABALLOS RUFINO, A-COLUBI FALCO, J. M. **Referentes genéticos de los estatutos municipales hispanorromanos**: la Lex mvnicipii Tarentini y la Tabvla Heracleensis, Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de Occidente, Cordoba, 2006. p. 27 y ss
- CANCELLI. **Studi sui "censores" e sull "arbitratus" della "lex contractus"**, Milán 1957
- DAREMBERG-SAGLIO. **Dictionaire des antiquités grecques et romaines**. Graz, 1969.
- DE MARTINO, F. "Nota sulla lex Julia municipalis". **Diritto e società n'ell antica Roma**, Roma, 1979.
- DE RUGGIERO, E. **Dizionario Epigrafico di antichità Romane**. II. Roma, 1962, p. 676.
- _____. **Lo stato e le opere pubbliche in Roma antica**, Torino 1925.
- DE SANCTIS, G. **La tavola d'Heraclea**. Note di epigrafia giuridica. II. Scritti minori V III. Roma, 1972.
- DIONISIO DE HALICARNASO VI, p. 90 y ss.
- DIRKSEN, E. "Bemerkungen über die erste Hälfte der Taf. Von Her.", en **Civilitische Abhandlungen**, II, Berlin, 1820, p. 144-323
- _____. **Observationes ad Tabulae Heracleensis partem alteram**, Berlin, 1817
- ELMORE, J. The professions of the heracleian tablet, **JRS**, 1915, p. 125-137
- _____. Ciceronian and Heracleian professions, **CQ**, 1918, p. 38-45
- FRANCHINI, F: "Strade pubbliche, private e vicinale" en **NDI**, TXII, 1940, parte 1, p. 910-917.
- FRÄNKEL, M. **Die Inschriften von Pergamon**. 2 vols. «Altertümer von Pergamon», 8, 1-2. Berlin 1890-1895.
- GALSTERER, H. «La loi municipale des Romains: chimère ou réalité»? **RHD**, 65.2, 1987, 181-203, esp. p. 203
- GARCIA GONZALEZ, A. Recepcion of law: Derecho y espacio urbano en dos ciudades de la antigüedad. **RIDA LIX**, 2012, p. 23 y ss.
- GIOVANNINI, A. "Die Tabula Heracleensis: Neue Interpretationen und Perspektiven. Teil I: Die frumentationes", **Chiron**, v. 34, 2004, 187-204.

GIRARD, F.-SENN, F. **Les lois des Romains**. 7. ed. par un groupe de romanistes des “Textes de droit Romain”. Tome II. Napoli, 1977

GONZALEZ, J-BERMEJO J. Fragmento de texto legal encontrado en la Baetica con parte de un capítulo de la Tabula Heracleensis. **Atheaneum**, v. 2, 2015, p. 477-491.

GRUET, B. **La rue à Rome, miroir de la ville**. Entre l'émotion et la norme. Presses universitaires de Paris-Sorbonne, 2006.

GUILLEN, J. **Urbs Roma**. Vida y costumbres de los romanos. II. La vida pública. Salamanca, 1978

HARDY, E. G. **Some problems in Roman History**: ten essays bearing on the administrative and legislative work of Julius Caesar. New Jersey, 2007.

_____. **Roman Law and charters**. Aalen, 1977. Reprint of the edition Oxford 1911-1912

_____. The professions of the Heracleian table, **CQ**, 1917, p. 27-37

_____. **The table of Heraclea and the lex Iulia municipalis**, JRS, 1914, p. 65-210

HAUBOLD, CG-PETER, E-SPANGENBERG, J: **Antiquitatis Romanae Monumenta Legalia extra libros Iuris Romani sparsa**, Berlin, 1830.

HENNIG, D. Staatliche Ansprüche an privaten Immobilienbesitz in der klassischen und hellenistischen Polis, en **Chiron** 25, 1995, p. 249-250.

HITZIG, F. Die stynomeninschrift von Pergamon, en **ZSS** 26, 1905.

HOMO, L. **La Roma imperial y el urbanismo en la antigüedad**. Traducción al castellano por José Almoína. Mexico, 1956. p. 15.

JOHNSON, COLEMAN-NORTON & BOURNE, **Ancient Roman Statutes**, Austin, 1961, p. 93-97, n. 113

KLAFFENBACH, G. Die Astynomeninschrift von Pergamon, en **Abhandlungen der deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin** 1953 (1954), fasc. 6.

KÜBLER, B. Recensión a Henri Legras, La Table Latine d'Heracleée (la prétendue lex Iulia municipalis), Paris, Rousseau, 1907. **ZSS** 28, 1907, p. 409-415.

LAMBERTI, F. **Tabulae Irnitanae**. Municipalita e Ius Romanorum, Napoli, 1993, p. 203, n. 6. Traducción española por Rodríguez Neila JF- Melchor Gil, E. Poder central y autonomía municipal: la proyección pública de las élites romanas de Occidente. Córdoba, 2006

LECRIVAIN, **La loi des astynomes de Pergame en Memoires de l'Academie des Sciences**, Inscriptions et Belles Lettres de Toulouse, III.10, 1903, p. 364-367.

LEGRAS, H. **La Table Latine d'Heracleée** (la prétendue lex Iulia municipalis), Paris, 1907, p. 383 y ss

LO CASCIO, E. Le procedure di recensus dalla tarda repubblica al tardo antico e il calcolo della popolazione di Roma en: **La Rome impériale**. Démographie et logistique. Actes de la table ronde de Rome, 25 mars 1994. Rome: École Française de Rome, 1997. p. 3-76.

_____. Le professions della tabula heracleensis e le procedure del census in età Cesariana, **Athenaeum** 78, 1990, p. 288-318.

LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ, C. Tabula Heracleensis. Organización Municipal. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 7, n. 1, 2010, p. 335-356.

MAREZOLL. **Fragmentum legis romanae in aversa tabulae Heracleensis parte**, Göttingen, 1816

MOMMSEM, T. **Compendio del Derecho Público roman**. Traducción del alemán por P. Dorado, Madrid, p. 300 y ss.

_____. **Droit public romain**, cit. IV.

NACH, E.-WAGNER, W. **Roma**. El país y el pueblo de los antiguos romanos. Traducción del alemán por Juan Godo Costa, 2. ed. Barcelona, 1966

NAP en **Pauly Realencyclopädie der classischen altertumswissenschaft**. Col. 2368-2389

NICOLET, C. “La Table d’Heraclée et les origines du cadastre romain”, L’urbs, espace urbain et histoire (Isa v.J-C.-III s ap. JC), **Actes du colloque international organise par le C.n.R.S et l’Ecole Française de Rome** (Rome, 8-12 mai 1985), Rome, Ecole Française de Rome, 1987, VIII-804, p. 1-25.

PAIS. “Circa l’età e la natura della tavola latina di Eraclea”, en **Rendic**. Lincei, 19 (1910)

PANCIERA, S. Nettezza urbana a Roma. Organizzazione e responsabili, en *Sordes urbis*. La eliminación de residuos en la ciudad romana. **Actas de la reunión de Roma 1996**, X. Dupré-J. A. Remolà (eds.), Roma 2000, p. 95-105.

PATTERSON. **The magistrates of the Roman republic**. Nueva York, 1951

PONTE, V. La búsqueda de la seguridad y el orden en las calles de Roma. **Anuario da Faculdade de Dereito**, p. 731.

_____. “La financiación de las viae publicae romanae”, en **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña**, n.8-2004, p. 615-628.

PONTE, V. **Régimen jurídico de las vías públicas en derecho roman**. Madrid, 2007.

REID, J. S. **The so-called Lex Iulia Municipalis**, JRS, 1915, p. 207-248

RICCOBONO, S. **Fontes Ivris Romani antejvstiniani**. Pars prima. Leges. Florentiae, 1968, p. 140-152.

RODRIGUEZ GARCÍA, A. **La manutenzione delle strade di Roma**. Un procedimiento específico nella Tavola di Heraclea, en *Gli Statuti municipali*, L.Capogrossi-E.Gabba (eds.), Pavia 2005, p. 397-410.

SABA, S. The Astynomoi Law from Pergamon. **A New Commentary**, Mainz 2012.

SAVIGNY, K. F. Der römische Volkschluß der Tafel von Herakleia, en **Vermischte Schriften**, 3, Berlin, 1850 [rptd. Aalen, 1968]

SCHÖNBAUER, E. **Die Tafel von Heraclea in neuer Beleuchtung**, Anz. Akad. Wien, 1952

SESTON, W. La lex Iulia de 90 et l’intégration des Italiens dans la citoyenneté romaine, **CRAI**, 1978, p. 529-542.

SUOLAHTI. **The Roman Censors. A study on Social Structure**, Helsinki, 1963.

SMITH, W. **Dictionary of Greek and Roman Antiquites**, Boston 1870.

TALAMANCA, M. **Lineamenti di storia del diritto romano**, Milano 1979, p. 526.

TANFANI, L. **Contributo alla storia del municipio romano**, p. 113 y ss.

TAREL, P. **Défense et sécurité des cités de l'Occident romain sous le Haut.-Empire**, Lille, 2003

TILBURG CR VAN (CORNELIS). **Traffic and Congestion in the Roman Empire** 2007.

TORRENT, A. **Derecho público romano y sistema de fuentes**, Zaragoza, 2002.

_____. **Diccionario de Derecho romano**, Madrid, 2005.

TRISCIUOGGIO, A. **Sulle sanzioni per l'inadempimento dell'appaltatore di ultrotributa nella tarda repubblica en el primo principato**, Congresso Internazionale sul tema I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica. Torino 17-19 ottobre 1994, 1997, p. 219. n. 63.

VALLOCCHIA, F. Fulloniche e uso delle strade urbane: sul concepto di incommodum publicum (a proposito di D.43.10.1). **Teoria e Storia del Diritto Privato**, 6, 2013, p. 1-50.

VIRLOUVET, C. La topographie des distributions frumentaires avant la création de la Porticus Minucia frumentaria. L'Urbs : espace urbain et histoire (Ier siècle av. J.-C. - IIIe siècle ap. J.-C.). **Actes du colloque international de Rome (8-12 mai 1985)**, Roma, 1987.

VON PREMERSTEIN en "Die Tafel von Heraclea und die Acta Caesaris". **ZSS**, 43 (1922), p. 45-152.

LA SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE A QUARANT'ANNI DALLA RIFORMA DEL '75

Enrico Al Mureden

Professore Assistente dell'Università di Bologna.

enrico.almureden@unibo.it

RIASSUNTO: Il sistema di regole ideato dal legislatore nella prima metà degli anni Settanta al fine di garantire un'adeguata tutela al coniuge al termine del matrimonio appare ispirato ad un paradigma di famiglia e di crisi coniugale che, seppur ancora presente e diffuso, ha gradualmente lasciato spazio a modelli di famiglia "nuovi" caratterizzati da una instabilità della coppia e da una marcata tendenza alla ricomposizione di nuclei familiari successivamente alla dissoluzione del matrimonio. I mutamenti della famiglia percepibili nella prospettiva delle scienze sociali e in larga misura recepiti da recenti interventi legislativi sembrano indicare, pertanto, una complessiva esigenza di ripensamento delle regole che governano la solidarietà post-coniugale e del "diritto vivente" formatosi soprattutto con riferimento alle previsioni in materia di assegno di mantenimento ed assegno post-matrimoniale. Ripensamento che, senza compromettere la fondamentale esigenza di garantire un'adeguata tutela al coniuge che abbia investito un considerevole periodo di vita nell'esperienza matrimoniale, consenta di individuare soluzioni funzionali a modulare il diritto al mantenimento valorizzando il principio dell'autoresponsabilità e limitando, ove opportuno, la persistenza a tempo indeterminato di vincoli di solidarietà tra gli ex coniugi.

PAROLE CHIAVE: Diritto di famiglia. Nuovi modelli di famiglia. Solidarietà post-coniugali. Principio dell'autoresponsabilità.

A solidariedade pós-conjugal quarenta anos após a Reforma de 1975

RESUMO: O sistema de regras criadas pelo legislador na primeira metade dos anos setenta, a fim de assegurar uma proteção adequada ao cônjuge depois do casamento parece inspirado por um paradigma da família e crise conjugal que, embora ainda presente e difundida, tem gradualmente deu lugar em padrões familiares "nova" caracterizada por um par de instabilidade e uma tendência acentuada para a recomposição das famílias após a dissolução do casamento. A família muda perceptível na perspectiva das ciências sociais e em grande parte endossado por ações legislativas recentes parecem indicar, portanto, uma necessidade geral de repensar as regras que governam a solidariedade pós-conjugal e de "direito vivo" formado especialmente com referência às disposições sobre pensão alimentícia e cheque pós-conjugal. Adendo que, sem comprometer o requisito fundamental para assegurar a proteção adequada para o cônjuge que tem investido um considerável período de vida experimentada na cama, permitindo a identificação de soluções funcionais para modular o direito de manutenção aumentando o princípio da autorresponsabilidade e limitando, onde apropriadas, a persistência indefinidamente os laços de solidariedade entre os ex-cônjuges.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família. Novos modelos da família. Solidariedade pós-conjugal. Princípio da autorresponsabilidade.

Recebido em: 21 jun. 2017. Avaliado em: 23 jun. e 12 jul. 2017.

Post-conjugal solidarity fourth years from the reform of '75

ABSTRACT: *The system of rules created by the legislator in the first half of the seventies in order to ensure adequate protection for the spouse at the end of marriage seems inspired by a family paradigm and marital crisis that, although still present and diffused, gradually leaving room for “new” family models characterized by an instability of the couple and a marked trend towards the recomposition of family nuclei after the dissolution of marriage. Changes in the family perceptible in the perspective of social sciences and to a large extent transposed by recent legislative measures seem to indicate a total need for rethinking the rules governing post-marital solidarity and the “living right” formulated above all with reference to the forecasts in the case of maintenance allowance and post-maternity allowance. Recalling that, without compromising the fundamental need to ensure adequate protection for a spouse who has invested a considerable amount of time in matrimonial experience, it is possible to identify functional solutions to modify the right to maintenance by enhancing the principle of self-responsibility and limiting, the indefinite persistence of solidarity constraints among the former spouses.]*

KEYWORDS: *Family law. New Family Models. Post-conjugal solidarity. Principle of self-responsibility.*

INTRODUZIONE

L'articolata disciplina concernente la solidarietà post-coniugale ha costituito uno degli aspetti maggiormente significativi della Riforma del '75. Il legislatore, infatti, era chiamato a rimodellare in funzione dei principi costituzionali un complesso di regole che nel sistema previgente erano funzionali ad assicurare un'adeguata tutela successoria del coniuge superstite¹ ed il diritto al mantenimento del coniuge separato nell'ambito di un rapporto matrimoniale che si caratterizzava per l'indissolubilità del vincolo, per la preminenza del marito² sulla moglie e per un favor per l'unione coniugale, che si manifestava in previsioni funzionali ad escludere o limitare nella massima misura possibile le interferenze determinate dalla creazione di rapporti affettivi e di filiazione al di fuori del matrimonio o costituiti contemporaneamente ad esso³.

In quel contesto non si poneva l'esigenza di garantire la parità tra i coniugi, né quella di assicurare un'identica tutela ai figli nati da una coppia coniugata ed a quelli nati da genitori non uniti in matrimonio, né, infine, quella di conseguire un'equilibrata suddivisione delle risorse tra nuclei familiari che si sovrapponevano nel tempo; infatti, stante l'indissolubilità del matrimonio, la coesistenza di nuclei familiari legittimi fondati su un primo matrimonio, in seguito sciolto, e su un secondo matrimonio contratto in epoca successiva risultava circoscritta alla sola ipotesi della vedovanza. Pertanto, erano radicalmente escluse situazioni nelle quali potesse porsi il problema di conciliare i doveri scaturenti dalla solidarietà post-coniugale nei confronti dell'ex coniuge con l'adempimento dei doveri matrimoniali nei riguardi del secondo coniuge.

¹ Per un'analitica illustrazione della disciplina delle successioni precedente la Riforma del '75 Casulli, **Successioni (diritto civile): successione necessaria**, in **Noviss. Dig. it.**, diretto da Azara - Eula, XVIII, 1957, Torino, 787, in part. 797; Calvo, **La successione del coniuge. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari**, Milano, 2010, 33.

² La preminenza del marito rispetto alla moglie emergeva, ad esempio, nella disciplina del mantenimento in caso di separazione, ove una concessione dei rapporti tra marito e moglie che vedeva il primo sempre e comunque obbligato a prestare il mantenimento e configurava in capo alla seconda un analogo dovere solo nell'ipotesi in cui il marito non disponesse di risorse sufficienti (art. 156 c.c.); norma che ancor prima della Riforma fu dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost. 13 luglio 1970, n. 128, in **DeJure**.

³ Sullo sfavore per i rapporti di filiazione costituiti al di fuori del matrimonio e sulla condizione dei figli illegittimi ed adulterini Azzariti, **Filiazione legittima e naturale**, in **Noviss. Dig. it.**, VII, Torino, 1961, 324; Id., **Adulterini e incestuosi (Figli)**, in **Noviss. Dig. it.**, I, Torino, 1957, 309.

Le profonde trasformazioni che precedettero ed accompagnarono la Riforma del '75 imposero al legislatore l'esigenza di delineare un complesso sistema di regole funzionale all'attuazione della solidarietà post-coniugale coerente con il principio costituzionale dell'uguaglianza tra coniugi (art. 29 Cost.) e capace di fornire una tutela adeguata sia in caso di dissoluzione del matrimonio per morte, sia nelle ipotesi di separazione, divorzio ed invalidità.

A distanza di quarant'anni dalla Riforma questo sistema di regole appare sotto alcuni profili tuttora attuale, ma, al tempo stesso, sembra necessitare di integrazioni e correttivi funzionali a fornire un'adeguata soluzione alle esigenze poste dall'affermarsi di nuovi modelli familiari caratterizzati da una significativa instabilità della coppia e dalla tendenza alla ricomposizione di nuclei familiari nuovi successivamente alla crisi del rapporto matrimoniale.

In quest'ottica, l'analisi del sistema della solidarietà post-coniugale sembra dover essere condotta tenendo conto, anzitutto, del paradigma della famiglia coniugale unita nell'ambito della quale la crisi del rapporto era concepita dal legislatore del '75 alla stregua di una "fase patologica" destinata a sfociare nella separazione o, al più, nel definitivo scioglimento del matrimonio. Accanto a questa prospettiva, inoltre, occorre considerare quella, ormai sempre più estesa, della complessità di modelli familiari caratterizzata dalla presenza di famiglie "legittime" non necessariamente cementate da un'unione matrimoniale dei genitori⁴ e comunque soggette ad una crescente instabilità del rapporto di coppia e ad una propensione a formare nuclei familiari ulteriori. Proprio in quest'ottica sembra imporsi la necessità di una parziale riconsiderazione di regole e orientamenti giurisprudenziali consolidati, così da poter garantire un'efficace attuazione dei principi costituzionali che governano i rapporti tra coniugi anche in un contesto significativamente mutato rispetto a quello che costituì un modello sulla base del quale fu concepita, quarant'anni orsono la disciplina della solidarietà post-coniugale.

1 IL "SISTEMA" DELLA SOLIDARIETÀ POSTCONIUGALE NELLA RIFORMA DEL 1975

L'intenzione di garantire l'attuazione del principio della parità tra i coniugi (art. 29 Cost.) e l'esigenza di predisporre una adeguata tutela della parte debole emergono chiaramente nei lavori preparatori del sistema delineato dal legislatore del 1975 e in parte della legge sul divorzio e si concretizzano in una risposta articolata su differenti piani.

Riguardo al regime secondario-distributivo la comunione legale prevede la compartecipazione agli acquisti compiuti in costanza di matrimonio dai coniugi insieme o separatamente (artt. 177-178 c.c.).

Anche con riferimento al regime di separazione si riscontra un riconoscimento dell'apporto paritario dei partners durante il matrimonio laddove l'art. 219, comma 2, c.c. dispone che "i beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi"⁵.

⁴ Sesta, **Stato unico di filiazione e diritto ereditario**, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, osserva che a seguito dell'unificazione della condizione del figlio anche la famiglia fondata sulla comune genitorialità assume un carattere pienamente legittimo a prescindere dalla circostanza che i genitori siano uniti in matrimonio.

⁵ Sesta - Valignani, **Il regime di separazione dei beni**, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, III, a cura di Anelli - Sesta, Milano, 2012, 557, in part. 618; Oberto, sub artt. 215-219, **Il regime di separazione dei beni tra coniugi**, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2005, 297 ss.

L'importanza del lavoro domestico emerge, poi, nel disposto dell'art. 230 bis c.c., secondo cui la qualità di partecipante all'attività di impresa ed i relativi diritti spettano al familiare che “presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa”.

L'attuazione del principio di parità tra i coniugi (art. 29 Cost.) trova il suo più significativo riconoscimento nel carattere inderogabile del regime primario contributivo. In questo contesto il dovere di “contribuire ai bisogni della famiglia” che ciascun coniuge è chiamato ad assolvere “in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo” nella fase fisiologica del matrimonio (art. 143, comma 3, c.c.)⁶, può persistere anche nella separazione - trasformandosi nel dovere di corrispondere un assegno di mantenimento a favore del coniuge “che non abbia adeguati redditi propri” e “a cui non sia addebitabile la separazione” (art. 156, comma 1, c.c.) - ed estendersi anche oltre lo scioglimento del matrimonio, atteso che all'ex coniuge divorziato è riconosciuto il diritto a ricevere periodicamente un assegno qualora non disponga di mezzi adeguati o comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive (art. 5, comma 6, L. div.)⁷.

A completare il quadro delineato si aggiungono anche altre previsioni che confermano il principio secondo cui il matrimonio può garantire tutele patrimoniali che persistono ben oltre la sua dissoluzione. Così, il coniuge separato a cui non sia addebitata la separazione conserva i diritti successori (artt. 548 e 585 c.c.), l'ex coniuge divorziato⁸ non passato a nuove nozze e titolare di assegno post-matrimoniale ha diritto ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro (art. 12 bis, comma 1, L. div.), alla pensione di reversibilità (art. 9, commi 2 e 3, L. div.) e, se in stato di bisogno, ad un assegno periodico a carico dell'eredità (art. 9 bis, L. div.); infine l'ex coniuge a cui “non spetti l'assistenza sanitaria per nessun altro titolo, conserva il diritto nei confronti dell'ente mutualistico da cui sia assistito l'altro coniuge” (art. 5, comma 11, L. div.)⁹.

⁶ Sul punto Corsi, **Il regime patrimoniale della famiglia: i rapporti patrimoniali tra coniugi in generale, la comunione legale**, in **Trattato di diritto civile e commerciale**, diretto da Cicu - Messineo e continuato da Mengoni, VI, 1, Milano, 1979, 28; Paradiso, **I rapporti personali tra coniugi**, in **Il codice civile. Commentario**, diretto da Schlesinger, Milano, 2012, 3 ss.; Dogliotti, **Uguaglianza dei coniugi**, in **Dig. dis.priv., sez. civ.**, XIX, Torino, 1999, 492; Ruscello, **I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio**, in **Tratt. dir. fam.**, diretto da P. Zatti, I, 1, 2^a ed., Milano, 2011, 1007, in part. 1058; Zatti, **I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio**, in **Tratt. dir. priv.**, diretto da Rescigno, 3, 2^a ed., Torino, 1996, 15 ss.

⁷ Sulla natura e i presupposti dell'assegno di mantenimento e di quello di divorzio Rimini, **Il nuovo divorzio**, in **Trattato di diritto civile e commerciale**, diretto da Cicu - Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, **La crisi della famiglia**, II, Milano, 2015, IV, 2, 108; Arrigo, **L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio**, in **Separazione e divorzio**, diretto da Ferrando, II, in **Giur. sist. dir. civ. e comm.** fondata da Bigiavi, Torino, 2003, 633 ss.; Totaro, **Gli effetti del divorzio**, in **Tratt. dir. fam.**, diretto da Zatti, I, 2, **Famiglia e matrimonio**, a cura di Ferrando - Fortino - Ruscello, 2^a ed., Milano, 2011, 1607; Rossi Carleo-Caricato, **La separazione e il divorzio**, in **Tratt. dir. priv.**, diretto da Bessone, IV, II, **La crisi familiare**, a cura di Auletta, 2^a ed., Torino, 2013, 150 e 284; Bonilini, **L'assegno post-matrimoniale**, in Bonilini -Tommaseo, **Lo scioglimento del matrimonio**, in **Il codice civile. Commentario** fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 3^a ed., Milano, 2010, 572 ss.; Arceri, **sub art. 156 c.c.**, in **Codice della famiglia**, a cura di Sesta, 3^a ed., Milano, 2015, 567; Santosuosso, **Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari**, Milano, 2011, 585 e 787.

⁸ Basini, **I diritti successori del coniuge separato**, in **Trattato di diritto delle successioni e donazioni**, diretto da Bonilini, III, **La successione legittima**, Milano, 2009, 181; Bonilini, **I diritti successori del coniuge divorziato**, in **Trattato di diritto delle successioni e donazioni**, diretto da Bonilini, III, **La successione legittima**, Milano, 2009, 229 ss.; Restuccia, **sub art. 548 c.c.**, in **Codice delle successioni**, a cura di Sesta, Milano, 2011, 926; Panuccio - Dattola, **Lo status dei coniugi separati**, in **Tratt. dir. fam.**, diretto da Zatti, I, 2, 2^a ed., Milano, 2011, 1497; Albanese, **sub art. 585 c.c.**, in **Codice della famiglia**, a cura di Sesta, 3^a ed., Milano, 2015, 1671.

⁹ Moretti, **L'assistenza sanitaria**, in Bonilini - Tommaseo, **Lo scioglimento del matrimonio**, in **Il codice civile. Commentario** fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 3^a ed., Milano, 2010, 737.

Con riferimento all'ipotesi in cui venga dichiarata la nullità del matrimonio è prevista una disciplina specifica per il mantenimento (artt. 129-129 bis c.c.), ma nulla è disposto con riferimento alle conseguenze della pronuncia di nullità sul regime patrimoniale, né sul rapporto di impresa familiare. Come si osserverà, sembra che, nonostante l'analitico sistema di previsioni appena indicate, le esigenze di tutela del coniuge debole non possano dirsi realizzate in modo soddisfacente e l'attuazione del principio costituzionale della parità non appaia pienamente raggiunta proprio con specifico riferimento al momento della crisi coniugale, a quello della dissoluzione del matrimonio a seguito del divorzio, infine alle ipotesi della dichiarazione di nullità¹⁰.

In primo luogo non appare sufficientemente tutelato il coniuge che nel corso di un matrimonio di lunga durata abbia sacrificato le proprie aspirazioni professionali per dedicarsi alla cura della famiglia. Inoltre sembra che nel sistema di regole introdotto dalla Riforma del '75 e dalla legge sul divorzio non sia stato tenuto nella dovuta considerazione il fatto che le esigenze di organizzare la vita della famiglia possono persistere anche durante la crisi del matrimonio e dopo la sua dissoluzione; cosicché si può affermare che non abbia trovato adeguato riconoscimento l'impegno richiesto al genitore che in questa fase continui a farsi prevalentemente carico della cura dei figli e non siano stati compiutamente considerati i riflessi negativi che tale ruolo può indirettamente determinare sulla sua sfera personale e patrimoniale.

Peraltro anche la diversa esigenza di evitare di dar vita ad ingiustificate rendite di posizione fondate su rapporti matrimoniali di breve durata ha indotto, soprattutto in tempi recenti, ad operare una revisione delle regole che governano la tutela del coniuge debole e a valorizzare il principio dell'autoresponsabilità.

In definitiva, quindi, sembra porsi una indifferibile esigenza di differenziare, anzitutto, le tutele offerte alla parte economicamente debole nel contesto della separazione ed in quello del divorzio, quindi, con specifico riferimento alla posizione degli ex coniugi divorziati, di modulare il "sacrificio" richiesto alla parte economicamente forte sulla base di un rigoroso riferimento alla durata del rapporto matrimoniale ed alle condizioni della parte debole.

2 IL REGIME DI COMUNIONE LEGALE COME STRUMENTO DI ATTUAZIONE DELLA PARITÀ TRA CONIUGI; I PROFILI DI INADEGUATEZZA

L'aspirazione ad assegnare alla comunione legale la funzione di strumento di attuazione del principio della parità tra i coniugi, significativamente avvertita all'epoca della Riforma, può considerarsi scarsamente attuata a quarant'anni di distanza. Le scienze sociali hanno evidenziato

¹⁰ La lacuna di tutela che si riscontrava in caso di delibazione delle pronunce ecclesiastiche di invalidità matrimoniale concernenti rapporti caratterizzati da una prolungata convivenza come coniugi è stata colmata solo a seguito della recente decisione Cass., SS.UU., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Corr. giur.*, 2014, 1196, con nota di Carbone, **Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio**; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 47, con nota di Quadri, **Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale**; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 50, con nota di Roma, **Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento**. Per un'illustrazione dello scenario successivo alla decisione delle Sezioni Unite, Ippoliti - Martini, **Questioni attuali in tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario**, in *Corr. giur.*, 2015, 114.

una progressiva disaffezione dei coniugi rispetto al regime legale, che è stata incisivamente definita alla stregua di una “fuga” dalla comunione alla separazione dei beni¹¹ e che testimonia come una parte sempre più rilevante del corpo sociale non trovi nel regime legale le risposte alle proprie esigenze¹². In effetti, l'incapacità della comunione di attuare un'effettiva compensazione dei sacrifici affrontati da ciascun coniuge nell'interesse della famiglia emerge con evidenza qualora si prenda in considerazione il problema dell'allocazione di quella nuova forma di ricchezza oggi sempre più rilevante costituita dalle capacità di reddito dei coniugi. Nella maggior parte dei casi, i sacrifici compiuti da entrambi i coniugi mirano non tanto alla costituzione di un patrimonio in senso tradizionale (e cioè formato da beni mobili o immobili suscettibili di essere valutati e ripartiti), quanto all'acquisizione da parte di uno di essi di significative capacità professionali e quindi di reddito, da cui dovrebbe derivare un elevato tenore di vita per la famiglia. Ciò fa sì che al momento della crisi e della dissoluzione del matrimonio il capitale costituito dalle accresciute capacità professionali di uno dei coniugi risulti “invisibile” dal punto di vista del regime di comunione, concepito per attuare la compensazione con esclusivo riferimento ad un patrimonio inteso in senso tradizionale.

Da ultimo, muovendo dalla constatazione di una significativa e crescente diffusione sociale del regime della separazione, la dottrina più attenta alle esigenze di protezione del coniuge debole sottolinea “la necessità di un intervento legislativo che introduca correttivi al regime patrimoniale primario, tenuto conto che il regime di separazione dei beni può, in taluni casi e per taluni profili, dar luogo ad inconvenienti o veri e propri gravi pregiudizi per i familiari deboli”¹³. A questo proposito si auspica l'introduzione di previsioni che consentano di rafforzare, sotto diversi profili, la tutela offerta al coniuge debole. Così si sottolinea l'opportunità che, similmente a quanto accade in altri ordinamenti, “determinati beni - come la casa di abitazione della famiglia - ancorché di proprietà individuale” risultino “protetti dalle decisioni unilaterali del coniuge proprietario che possono gravemente pregiudicare i diritti dell'altro coniuge e dei figli”¹⁴; che sia prevista la regola della solidarietà fra coniugi per le obbligazioni contratte singolarmente nell'interesse della famiglia¹⁵; che con particolare riferimento alla fase della crisi coniugale, si introducano previsioni che, indipendentemente dal regime patrimoniale prescelto¹⁶, consentano, “in caso di rottura del matrimonio, una equa allocazione della ricchezza familiare, come avviene nei matrimoni di common law”¹⁷.

¹¹ Rescigno, **Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma**, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 113 e ora in **Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano**, Torino, 2000, 6; Sesta, **Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni**, in *Famiglia*, 2001, 871; Barbagli, **La scelta del regime patrimoniale**, in Barbagli - Saraceno (a cura di), **Lo stato delle famiglie in Italia**, II, Bologna, 1997, 105.

¹² Sulla disaffezione delle coppie italiane verso il regime legale, e sulle relative cause, si vedano anche le osservazioni Barbagli, **Provando e riprovando**, Bologna, 1990, 135. In argomento si veda anche Oberto, **La comunione legale tra coniugi**, in **Trattato di diritto civile e commerciale**, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 372 ss. **La disaffezione per il regime legale risulta costantemente confermata: lo studio Il matrimonio in Italia**, anno 2013, pubblicato il 12 novembre 2014 consultabile sul sito dell'Istat www.istat.it/it/archivio/138266, infatti, **evidenzia una costante crescita dell'opzione per il regime di separazione che passa dal 62,7% del 2008 al 69,5% del 2013**. Per un'ulteriore conferma cfr. **Separazioni e divorzi in Italia**, anno 2012, pubblicato il 23 giugno 2014, reperibile all'indirizzo <http://www.istat.it/it/archivio/126552>.

¹³ Sesta, **Diritto di famiglia**, II ed., Padova, 2005, 170.

¹⁴ In proposito Sesta, **Diritto di famiglia**, cit., 170.

¹⁵ Oberto, **La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari**, Milano, 2006, 75-98.

¹⁶ Sotto questo profilo riveste estremo interesse la previsione (art. 41) del **Codi de familia** della Catalogna secondo cui, qualora i coniugi abbiano adottato il regime di separazione dei beni, si prevede la possibilità di operare una compensazione economica in sede di divisione del patrimonio in modo che il coniuge che abbia rinunciato ad attività lavorative o formative per dedicarsi alla cura della famiglia sia adeguatamente ricompensato. In argomento v. Esther Arroyo y Amayuelas, in **Matrimonio, matrimoni**, a cura di Brunetta D'Usseaux - D'Angelo, Milano, 2000, 425.

¹⁷ Sesta, **Diritto di famiglia**, cit., 172, che in proposito richiama Scannicchio, **Beni, soggetti e famiglia nel regime patrimoniale e primario. Un'analisi comparata**, Bari, 1992, 154; Blumberg, **The Financial Incident of Family**

In ogni caso, stante il carattere inderogabile del regime di comunione, nel sistema normativo attuale, l'assegno di mantenimento e l'assegno divorzile costituiscono gli unici strumenti ai quali è affidata inderogabilmente l'attuazione della solidarietà postconiugale e dell'equa divisione delle risorse tra coniugi separati ed ex coniugi divorziati.

3 L'ASSEGNO DI MANTENIMENTO E L'ASSEGNO DIVORZILE NEL "DIRITTO VIVENTE"

Come anticipato, il dovere di "contribuire ai bisogni della famiglia" che ciascun coniuge è chiamato ad assolvere "in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo" nella fase fisiologica del matrimonio (art. 143, comma 3, c.c.), può persistere anche nella separazione - trasformandosi nel dovere di corrispondere un assegno di mantenimento (art. 156, comma 1, c.c.) a favore del coniuge "che non abbia adeguati redditi propri" e "a cui non sia addebitabile la separazione".

Sul piano interpretativo la lettura di questa norma ha dato luogo a notevoli incertezze anzitutto con riguardo al problema di individuare un parametro di riferimento in relazione al quale commisurare l'adeguatezza dei mezzi del richiedente¹⁸.

L'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità è nel senso di affermare che nel contesto della separazione si "instaura un regime che - a differenza del divorzio - tende a conservare il più possibile tutti gli effetti del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, il tenore e il tipo di vita di ciascun coniuge"¹⁹.

Proprio in questa prospettiva, ribadendo l'idea di una marcata persistenza del dovere di contribuzione anche successivamente alla cessazione della convivenza coniugale, la S.C. ha chiarito che, ai fini della valutazione di adeguatezza dei redditi del soggetto che invoca l'assegno, il parametro di riferimento è costituito dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio; e che ad esso occorre riferirsi anche per individuare e definire la qualità delle esigenze e l'entità delle aspettative del richiedente. L'orientamento secondo cui "il tenore di vita matrimoniale deve essere determinato in funzione di quello che il coniuge economicamente forte aveva il dovere di consentire all'altro in relazione alle sostanze di cui disponeva anziché al più modesto tenore di vita eventualmente tollerato in costanza di matrimonio"²⁰.

Dissolution, in *Cross Currents, Family Law and Policy in the U.S. and England*, edited by Katz - Eekelaar - Maclean, Oxford, 2000, 381; Eekelaar, *Post-divorce Financial Obligations*, ivi, 405.

¹⁸ Arrigo, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, cit., 656, osserva che "la tecnica legislativa ha impiegato enunciati non compiutamente determinati, ma clausole generali destinate ad essere riempite di contenuto ad opera dell'interprete".

¹⁹ Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, in *Rivista Famiglia e diritto*, 1994, 593, con nota di Cubeddu, **Comunione legale e beni personali: limiti probatori e dichiarazione di coacquisto** e di Carbone, **Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato**; Cass. 14 agosto 1997, n. 7630, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1433; Cass. 29 marzo 2000, n. 3792, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2000, 411, con nota di De Michel, **Assegno di mantenimento e tenore di vita dei coniugi separati**; Cass. 22 settembre 2011, n. 19349, in *DeJure*.

²⁰ L'orientamento, inaugurato da Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, cit., può dirsi ormai assolutamente consolidato. In questo senso, tra le tante, Cass. 26 novembre 1996, n. 10465, in *Giust. civ.*, 1997, I, 3140; Cass. 4 aprile 1998, n. 3490, in *Giur. it.*, 1999, I, 1, 728, con nota di Doria, "Niente di nuovo" in tema di **assegno di mantenimento tra coniugi separati?**; Cass. 16 giugno 2000, n. 8225, in *Giur. it.*, 2001, 462, con nota di Castagnaro, **La Cassazione si ostina a far sopravvivere uno status economico connesso ad un rapporto definitivamente estinto e a non riconoscere il carattere alimentare dell'assegno**; Cass. 7 marzo 2001, n. 3291, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2001, 608, con nota di Naddeo, **Mantenimento del coniuge separato e dovere di contribuzione tra autonomia e tutela**; Cass. 24 dicembre 2002, n. 18327; Cass. 5 luglio 2006, n. 15326, cit.; Cass. 7 febbraio 2006, n. 2625; Cass. 7 febbraio 2006, n. 2626 e Cass. 9 febbraio 2015, n. 2445, tutte in *DeJure*.

Anche riguardo all'assegno post-matrimoniale - così come per l'assegno di mantenimento - si riscontrano indicazioni contraddittorie, che riflettono la difficoltà di individuare un convincente equilibrio tra l'esigenza di tutela del coniuge debole e quella di non gravare eccessivamente l'altro²¹ e danno luogo a notevoli incertezze soprattutto riguardo all'idoneità a realizzare un'equa divisione dei costi che comporta la vita della famiglia dopo il divorzio.

La formulazione dell'art. 5, comma 6, L. div. introdotta dalla L. 6 marzo 1987, n. 74 - che prevede "l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive" tenuto conto "delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio" - da una parte ha notevolmente semplificato la questione interpretativa concernente la natura dell'assegno che si era prospettata sotto la vigenza del testo originario, ma, dall'altra, ha lasciato aperta quella relativa al criterio in funzione del quale individuare l'inadeguatezza dei mezzi del richiedente e quella della valenza da attribuire agli altri criteri. Così si deve considerare superato l'orientamento che - sotto la vigenza del testo poi modificato dalla L. 6 marzo 1987, n. 74 - propendeva per la natura composita²². E sebbene non siano mancate perplessità²³, la natura assistenziale dell'assegno post-matrimoniale appare ormai indiscussa²⁴. Come ha incisivamente precisato la S.C.: "il rapporto di consequenzialità fra la mancanza dei mezzi adeguati ed il diritto all'assegno assume carattere esclusivo, nel senso che per l'attribuzione dell'assegno nessun'altra ragione può avere rilievo"²⁵.

Maggiori incertezze si sono manifestate riguardo all'individuazione del parametro al quale riportare il concetto di mezzi adeguati. Al riguardo era emersa una contrapposizione tra l'orientamento secondo cui l'assegno post-matrimoniale doveva essere attribuito qualora il coniuge richiedente non disponesse di "mezzi economici adeguati per permettergli di conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio" e quello in ragione del quale l'adeguatezza dei mezzi non deve essere riferita al tenore di vita matrimoniale, ma al parametro della vita libera e dignitosa²⁶. Contrapposizione che le Sezioni Unite, ormai venticinque

²¹ Ferrando, **Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela**, cit., 722; Rossi-Carleo-Caricato, **La separazione e il divorzio**, cit., 281.

²² Cass., SS.UU., 26 aprile 1974, n. 1194, in **Dir. fam.**, 1974, 620; Cass., SS.UU., 9 luglio 1974, n. 2008, in **Dir. fam.**, 1974, 635, con nota di Dall'Ongaro, **Sulla controversa qualificazione giuridica dell'assegno di divorzio**. In questosenso v. anche Cass. 7 novembre 1981, n. 5874, in **Dir. fam.**, 1982, 429; Cass. 1° febbraio 1974, n. 263, in **Dir. fam.**, 1974, 354, con nota di Morozzo Della Rocca, **Un problema ancora insoluto: la natura dell'assegno periodico di divorzio**.

²³ Quadri, **La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma**, in **Foro it.**, 1989, I, 1, 2515; Id., **Divorzio nel diritto civile e internazionale**, in **Dig. disc. priv., sez. civ.**, VI, Torino, 1990, 537.

²⁴ Al riguardo costituisce ancora oggi un imprescindibile caposaldo in materia di assegno divorzile Cass., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490, in **Foro it.**, 1991, I, 1, 67, con note di E. Quadri, **Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite** e di Carbone, **Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)**; tra le tante, da ultimo, Cass. 3 luglio 2014, n. 15222, in **DeJure**; Cass. 10 febbraio 2014, n. 2948, in **DeJure**; Cass. 4 novembre 2010, n. 22501, in **DeJure**.

²⁵ Così Cass., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490.

²⁶ L'orientamento secondo cui il concetto di mezzi adeguati deve essere inteso in funzione del tenore di vita coniugale è stato inizialmente sostenuto da Cass. 17 marzo 1989, n. 1322, in **Foro it.**, 1989, I, 1, 2512, con nota di Quadri, **La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma**, mentre l'opportunità di definire il concetto di mezzi adeguati in funzione del tenore di vita dignitoso anziché di quello goduto in costanza di matrimonio è stata sostenuta da Cass. 2 marzo 1990, n. 1652, in **Foro it.**, 1990, I, 1165, con nota di Macario, **Assegno di divorzio e "mezzi adeguati"** e di E. Quadri, **La Cassazione "rimedita" il problema dell'assegno di divorzio**; in **Corr. giur.**, 1990, 460, con nota di Carbone, **Il "tenore di vita" del coniuge divorziato**; Trib. Parma 12 novembre 1998, in **Rivista Famiglia e diritto**, 1999, 169, con nota di Bonilini, **Assegno post-matrimoniale e tenore di vita coniugale**. In dottrina l'orientamento restrittivo è stato sostenuto da Carbone, **L'evoluzione giurisprudenziale in tema di assegno di divorzio**, cit., 12; Parente, **L'assegno di divorzio, tra tendenza di vita paraconiugale ed esistenza libera e dignitosa**, cit.,

anni orsono, hanno risolto adottando una soluzione che consente, da un lato, di garantire la tutela del coniuge debole - laddove l'assegno di divorzio viene concepito come rimedio al deterioramento delle precedenti condizioni economiche in dipendenza del divorzio - senza dimenticare, dall'altro, la preoccupazione di evitare il crearsi di rendite parassitarie ed ingiustificate proiezioni del rapporto patrimoniale ormai venuto meno²⁷. Proprio all'attuazione di queste esigenze è funzionale l'idea di concepire un giudizio scomposto in una "prima fase logica" nella quale il giudice - dopo aver comparato la condizione economica del richiedente goduta nel momento precedente la cessazione della convivenza e quella determinatasi al momento della pronuncia di divorzio - individua quanto astrattamente necessario a quest'ultimo al fine di evitare un sensibile deterioramento del tenore di vita, ed una "seconda fase" in cui, il "tetto massimo" della misura dell'assegno determinato in astratto, viene poi sottoposto al vaglio degli altri criteri predisposti dall'art. 5, comma 6, L. div., al fine di quantificarne in concreto la misura²⁸. Dall'analisi della casistica giurisprudenziale, in effetti, emerge che il ricorso ai criteri indicati dall'art. 5 L. div. al fine di ridurre o addirittura far venire meno l'assegno di divorzio è assai frequente. Così la presenza in capo al coniuge richiedente di redditi propri, di cespiti patrimoniali di ingente valore, ancorché improduttivi o scarsamente produttivi di reddito²⁹, la possibilità di beneficiare di aiuti economici da parte della famiglia di origine³⁰, l'instaurazione di una convivenza nell'ambito della quale sia configurabile la possibilità di essere stabilmente mantenuto dall'altro partner³¹ sono stati sovente considerati elementi capaci di far venire meno o ridurre l'assegno post-matrimoniale. Tra di essi assume una rilevanza particolarmente significativa il criterio della durata del matrimonio, valorizzando il quale è stato possibile giungere all'azzeramento dell'assegno post-matrimoniale persino in presenza di evidenti disparità di reddito tra i coniugi³².

4 IL PARAMETRO DEL TENORE DI VITA CONIUGALE AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Il principale caposaldo del "diritto vivente" formatosi in materia di assegno di mantenimento e di assegno divorzile, ossia il riferimento al "dogma del 'tenore di vita'" come criterio per decidere riguardo all'attribuzione ed alla misura del mantenimento richiesto dalla parte economicamente debole, è stato messo in discussione, in tempi relativamente recenti allorché è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale che ha evidenziato i profili anacronistici di

215; Bonilini, *Assegno post-matrimoniale e tenore di vita coniugale*, cit., 169; Id., *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 585.

²⁷ Arrigo, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, cit., 686.

²⁸ L'orientamento espresso da Cass., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490, cit., è stato ribadito in numerosissime pronunce, tra cui, da ultimo, Cass. 3 luglio 2014, n. 15222, in *DeJure*; Cass. 10 febbraio 2014, n. 2948, in *DeJure*; Cass. 4 novembre 2010, n. 22501, in *DeJure*.

²⁹ Cass. 17 marzo 1989, n. 1322, in *Dir. eccl.*, 1989, II, 329; Cass. 29 ottobre 1998, n. 10801, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 2211, sottolinea la necessità di tenere conto "nella valutazione delle condizioni economiche dei coniugi non solo dei redditi veri e propri, ma anche di tutti i cespiti patrimoniali compresi quelli immobiliari e temporaneamente improduttivi, perché tali cespiti oltre ad essere idonei ad assicurare benefici di rilevanza economica al loro titolare rappresentano comunque una entità che può essere diversamente impiegata o convertita"; Cass. 4 giugno 2001, n. 7541, in *DeJure*; Cass. 17 marzo 2000, n. 3101, in *DeJure*; Cass. 17 novembre 1999, n. 12729, in *DeJure*.

³⁰ Cass. 17 ottobre 1989, n. 4158, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 10.

³¹ Sul punto cfr. *infra* par. 6.

³² Cass. 29 ottobre 1996, n. 9439, in *Rivista Famiglia e diritto*, 1996, 508, con nota di Carbone, *Matrimonio effimero: l'assegno non è dovuto* e in *Foro it.*, 1997, I, 1541, con nota di Quadri, *Rilevanza della "durata del matrimonio" e persistenti tensioni in tema di assegno di divorzi*. Tuttavia in questo senso si veda Cass. 4 febbraio 2009, n. 2721, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2009, 682, con nota di Al Mureden, *L'assegno divorzile viene attribuito dopo un matrimonio durato una settimana. Configurabilità e limiti della funzione assistenziale riabilitativa*, con la quale è stata confermata la decisione di merito che aveva riconosciuto il diritto all'assegno divorzile ad un coniuge reduce da un matrimonio durato una sola settimana.

quell'orientamento, riferiti “ad una gerarchia di valori non più adeguati alla contemporanea legalità costituzionale”³³. La Corte costituzionale, invero, ha recentemente dichiarato l'infondatezza della questione³⁴. Questa condivisibile decisione, tuttavia, non appare incompatibile con un apprezzamento di alcune delle motivazioni addotte dall'ordinanza di remissione, soprattutto ove esse inducono ad una riflessione sull'opportunità di valorizzare il principio dell'autoresponsabilità del richiedente e sulla necessità di limitare la tutela offerta al coniuge economicamente debole al termine di matrimoni di breve durata nei quali non si riscontrino esigenze di cura di figli non autosufficienti.

L'interpretazione dell'art. 5, comma 6, L. n. 898/1970 prevalsa nel diritto vivente - attribuendo al coniuge economicamente debole la garanzia di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio - avrebbe travalicato, ad avviso del giudice remittente, la funzione assistenziale che dovrebbe essere propria dell'assegno divorzile. In definitiva, proseguiva l'ordinanza, individuare il presupposto dell'assegno post-coniugale nello sbilanciamento delle situazioni patrimoniali degli ex coniugi e poi quantificarlo nella cifra congrua a “mantenere il tenore di vita coniugale”, non costituirebbe “un ‘arricchimento’ della funzione assistenziale indicata dalla legge, ma una sua alterazione, che travalica il dato normativo e la stessa intenzione del legislatore”.

I profili di irragionevolezza insiti nell'attuale diritto vivente venivano ulteriormente sottolineati anche nella prospettiva del raffronto con i principi emergenti in altri Paesi dell'UE. La motivazione dell'ordinanza di remissione, infatti, poneva in luce che la Commissione europea sul diritto di famiglia ha stabilito il principio secondo il quale “dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni” (principio 2.2)³⁵. Da questo principio, continua va la motivazione del Tribunale di Firenze, “deriva che dopo il matrimonio, gli unici legami a rimanere in vita sono quelli che riguardano i figli”; in ogni caso, qualora siano effettivamente mantenuti rapporti di tipo patrimoniale tra i coniugi, essi dovrebbero rivestire il carattere della temporaneità (principio 2.8).

Da ultimo, l'irragionevolezza dell'attuale diritto vivente in materia di assegno divorzile era stata motivata sotto il profilo dei profondi mutamenti che hanno interessato l'istituto matrimoniale e che possono essere sintetizzati nella c.d. “privatizzazione della relazione di coppia”. Proprio sotto questo aspetto sembrava ravvisarsi, ad opinione del giudice remittente, un contrasto tra la previsione di un vincolo matrimoniale che può essere dissolto per iniziativa unilaterale di uno dei coniugi ed una disciplina delle conseguenze economiche che garantisca a tempo indeterminato il persistente godimento del tenore di vita coniugale alla parte economicamente debole, in omaggio ad una “concezione ‘criptoindissolubilista’ del matrimonio che appare oggi anacronistica” e che non tiene conto del dato che vede la donna pienamente protagonista della “vita economica e sociale della famiglia”. Il profilo del cosiddetto “anacronismo legislativo” sembrava costituire - ad opinione del giudice remittente - un'ulteriore e fondamentale ragione che faceva apparire necessaria “una revisione critica del dogma del tenore di vita”; dogma che, secondo

³³ Trib. Firenze 22 maggio 2013, in **Rivista Famiglia e diritto**, 2014, 687, con nota di Al Mureden, **Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione** e di Morrone, **Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”**.

³⁴ Corte cost. 9 febbraio 2015, n. 11, in **Rivista Famiglia e diritto**, 2015, 537, con nota di Al Mureden, **Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità**.

³⁵ I **Principles on European Family Law** sono stati elaborati dalla **Commission on European Family** <http://ceflonline.net> con la finalità di individuare soluzioni tese al perseguimento della armonizzazione del diritto di famiglia nei diversi stati dell'Unione europea. Sul punto v. Cubeddu, **I contributi al diritto europeo della famiglia**, in Patti-Cubeddu, **Introduzione al diritto della famiglia in Europa**, Milano, 2008, 16.

l'ordinanza del Tribunale di Firenze, doveva considerarsi legato "ad un'altra epoca, ad un'altra gerarchia di valori non più adeguati alla contemporanea legalità costituzionale".

5 LA PERSISTENTE RAGIONEVOLEZZA DEL DIRITTO VIVENTE IN MATERIA DI ASSEGNO POSTMATRIMONIALE

Come anticipato, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze, le cui motivazioni, in effetti, apparivano in larga misura non condivisibili. In particolare, destava perplessità l'assunto secondo cui la c.d. "privatizzazione della relazione di coppia" e la previsione di un vincolo matrimoniale che può essere dissolto per iniziativa unilaterale di uno dei coniugi³⁶ risulta incompatibile con una disciplina delle conseguenze economiche che garantisca a tempo indeterminato il persistente godimento del tenore di vita coniugale alla parte economicamente debole, in omaggio ad una "concezione 'criptoindissolubilista' del matrimonio che appare oggi anacronistica" e che non tiene conto del dato che vede la donna pienamente protagonista della "vita economica e sociale della famiglia". In realtà, l'osservazione comparatistica rivolta verso gli ordinamenti di common law testimonia che, al contrario, l'abdicazione da parte dello Stato del ruolo di gatekeeper of access to divorce abbia fatto da contrappeso all'assunzione di quello di guardian of the economic interest of divorcing spouses and their children³⁷; in altri termini, proprio l'indebolimento del vincolo matrimoniale ha posto in particolare evidenza l'esigenza di garantire che ciascuno dei coniugi lasci il matrimonio "on terms of financial equality"³⁸. Non a caso negli Stati Uniti e in Inghilterra l'introduzione dell'equitable distribution system - ossia della regola della divisione tendenzialmente paritaria delle risorse della famiglia al momento della rottura del matrimonio - ha coinciso con il passaggio dal divorzio basato sulla colpa al c.d. no fault divorce³⁹.

Anche l'assunto secondo il quale il riferimento al tenore di vita coniugale come criterio per decidere riguardo alla spettanza ed alla attribuzione dell'assegno divorzile appare inadeguato in quanto non tiene conto del dato che vede la donna pienamente protagonista della "vita economica e sociale della famiglia" appare, invero, contraddetto dagli studi statistici e sociologici. Tali

³⁶ Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2008, 28, con nota di La Torre, **Perdita dell'affectio coniugalis e diritto alla separazione**, nella quale è stato enfaticamente evocato un "diritto costituzionalmente fondato di ottenere la separazione personale e interrompere la convivenza", ove questa sia divenuta intollerabile; Cass. 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2015, 38, con nota di Tommaseo, **La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla**.

³⁷ Sesta, **Presentazione di Al Mureden, Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata**, Milano, 2007, VIII, osserva come "il fatto che il matrimonio non sia più indissolubile non può avere come conseguenza che l'ordinamento non appresti idonee garanzie di tutela a colui che in esso abbia investito le proprie risorse umane". Questo principio, del resto, è chiaramente enunciato anche nella **section 7.02 dei Principles of the Law of Family Dissolution** elaborati dall'**American Law Institute**. Sempre in questo senso si rinvia alle articolate riflessioni di Renda, **Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale**, Milano, 2013, 268, il quale mette in luce che "il principio di eguaglianza dei coniugi si associa ad un vincolo che predetermina l'ordinamento intero della famiglia e che imprime alla relazione tra i coniugi il carattere della solidarietà, sottraendolo alla loro disponibilità".

³⁸ Nella giurisprudenza inglese v., testualmente, **Norris v. Norris, Family Division**, 28 November 2002, (2002) **EWHC 2996 (Fam)**, (2003) 2 **FCR 245**.

³⁹ Sul **no-fault divorce** si vedano Weitzman, **The Divorce Revolution: The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America**, New York, 1985, in part. 15-51; Jacob, **Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States**, Chicago, 1988; Katz, **Family Law in America**, New York, 2003, 82; per un'illustrazione in lingua italiana Al Mureden, **Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?**, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 212.

dati, al contrario, dimostrano che nelle società in cui la parità tra uomo e donna può dirsi raggiunta in una prospettiva individuale il problema della uguaglianza tra i coniugi è tuttora irrisolto; e pertanto la presenza delle donne nel mondo del lavoro non consente di superare il problema della tutela del coniuge economicamente debole, ma lo arricchisce di elementi di complessità ed impone di osservarlo nella più ampia prospettiva della *gender justice*. Queste osservazioni inducono a sottolineare la fondamentale importanza assunta dagli strumenti di riequilibrio delle posizioni economiche dei coniugi al momento della rottura del matrimonio e, per quanto concerne il nostro ordinamento, dall'assegno divorzile e dall'assegno di mantenimento. In quest'ottica occorre rimarcare che il nostro ordinamento da un lato enuncia il principio della eguaglianza tra i coniugi (art. 29 Cost.)⁴⁰, e, al tempo stesso, lascia "la stabilità della famiglia [...] nelle mani" di questi ultimi, non ponendo regole per garantirla contro la loro volontà⁴¹. Appare fondamentale, pertanto, assicurare un'equa divisione delle risorse proprio al momento della rottura del matrimonio ed evitare che, in una fase della vita familiare caratterizzata da una accentuata dispersione delle risorse patrimoniali e umane, le conseguenze negative derivanti da una divisione del lavoro concordemente adottata ricadano sul coniuge più debole, il quale, nella maggior parte dei casi, si è prevalentemente dedicato all'attività casalinga⁴².

Le basi più solide sulle quali fondare l'assunto secondo cui il principio di parità deve essere necessariamente garantito anche al momento della rottura del matrimonio risiedono nelle norme che mirano a garantirne l'attuazione nella fase fisiologica del rapporto. Dall'analisi di queste disposizioni emerge l'idea per cui il legislatore - consapevole del fatto che la divisione del lavoro nella famiglia si caratterizza per una ripartizione tendenzialmente asimmetrica e per una persistente distinzione dei ruoli - detta regole attuative del principio costituzionale della parità (art. 29 Cost.). Ciò traspare in modo evidente laddove - sancendo inderogabilmente il principio della equiparazione tra lavoro casalingo ed extradomestico - si stabilisce che "con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri", "sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia" (art. 143 c.c.) e devono adempiere l'obbligo di mantenere i figli (artt. 147 e 315 bis c.c.) "in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo" (artt. 148 e 316 bis c.c.).

Considerazioni analoghe hanno accompagnato anche l'introduzione del regime legale della comunione, in cui la logica perequativa sottesa all'istituto viene presentata come un contrappeso rispetto ad una situazione di "evidente ingiustizia nei confronti della donna; il cui lavoro domestico si sostanzia in una dura, se pur non appariscente fatica"⁴³. Poiché la possibilità di optare per il diverso regime della separazione dei beni non compromette l'attuazione inderogabile del principio di parità, che viene assolta dal regime primario contributivo⁴⁴, si può affermare che nella fase fisiologica del rapporto matrimoniale la divisione asimmetrica del lavoro all'interno della famiglia trovi un adeguato contrappeso. Proprio muovendo da questa constatazione, si deve affermare che anche nel momento in cui il matrimonio si rompe il principio della parità tra coniugi deve trovare applicazione e governare la divisione delle ricchezze. In altre parole, è necessario che anche - e soprattutto - le norme che disciplinano gli effetti patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio costituiscano un efficace contrappeso rispetto alle

⁴⁰ Sul principio di uguaglianza tra coniugi Sesta, **sub** art. 29 Cost., in **Codice della famiglia**, a cura di Sesta, 3^aed., Milano, 2015, 80.

⁴¹ Donati, **La famiglia come relazione sociale**, Milano, 1989, 49.

⁴² È indubbiamente significativo che di questa esigenza si trovi un chiaro riconoscimento nelle osservazioni contenute nel commento ufficiale della sezione 5.05 **Compensation for Primary Caretaker's Residual Loss in Earning Capacity** dei **Principles of the Law of Family Dissolution**.

⁴³ Cfr. Relazione al Progetto Iotti.

⁴⁴ Sesta, **Diritto di famiglia**, cit., 169.

conseguenze negative che si ricollegano ad una divisione asimmetrica del lavoro domestico nella famiglia e che proprio nel momento della rottura del matrimonio possono manifestarsi in tutta la loro gravità. Se così non fosse, l'attuazione del principio costituzionale dell'eguaglianza tra i coniugi risulterebbe gravemente compromessa e si darebbe vita ad una situazione quasi paradossale in quanto gli strumenti che dovrebbero controbilanciare una divisione asimmetrica dei pesi della famiglia assisterebbero il coniuge debole in un momento (la fase fisiologica) nel quale normalmente la comunione di vita rende l'esigenza di tutela superflua, per poi abbandonarlo proprio quando gli effetti negativi connessi alla prolungata dedizione alla cura della famiglia si possono manifestare - e generalmente si manifestano - con maggiore asprezza.

L'insieme di queste considerazioni induce a sottolineare che l'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento debbano essere osservati come un vero e proprio architrave sul quale si deve reggere un sistema che miri a realizzare quella equa condivisione delle risorse della famiglia funzionale all'attuazione del principio della parità tra coniugi. Dunque, proprio la rilettura delle norme in tema di assegno di mantenimento e assegno di divorzio alla luce del principio costituzionale della parità tra i coniugi (art. 29 Cost.) e dell'esigenza di garantire adeguata tutela al singolo che abbia investito le proprie energie e sacrificato le proprie aspirazioni professionali per la cura della famiglia (art. 2 Cost.)⁴⁵ dovrebbe costituire una prospettiva ineludibile in funzione della quale ricostruire un'efficace tutela della parte debole⁴⁶.

Le osservazioni appena svolte confermano - quantomeno con riferimento ai matrimoni di lunga durata ed a quelli nei quali siano presenti figli non autosufficienti - la persistente ragionevolezza dell'orientamento formatosi nel diritto vivente secondo cui l'adeguatezza dei mezzi del coniuge che richiede l'assegno divorzile deve essere commisurata al tenore di vita che le potenzialità economiche della famiglia hanno consentito di godere in costanza di matrimonio ed avrebbero consentito di continuare a godere nel caso in cui questo fosse proseguito.

In definitiva queste osservazioni inducono ad apprezzare la decisione con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 5, comma 6, L. div. così come costantemente interpretato nel diritto vivente, nonché a confermare, a maggior ragione, la condivisibilità dell'orientamento che individua nel tenore di vita coniugale comprensivo di tutte le potenzialità economiche della famiglia il parametro in ragione del quale decidere riguardo alla spettanza ed alla quantificazione dell'assegno di mantenimento. Occorre considerare, d'altra parte, anche una diversa prospettiva che impone di rivisitare criticamente il riferimento al tenore di vita coniugale costantemente operato dalla giurisprudenza e che assume una significativa rilevanza soprattutto con riferimento ai matrimoni di breve durata nei quali non siano presenti figli. Sotto questo profilo risultano apprezzabili le considerazioni espresse dall'ordinanza di remissione, rispetto alle quali, invero, sembra possibile riscontrare una implicita apertura nella stessa decisione della Corte costituzionale. In particolare l'esigenza di differenziare la tutela offerta al coniuge economicamente debole limitandone od escludendone la portata in presenza di

⁴⁵ Sull'art. 2 Cost. v. Barbera, **sub art. 2**, in **Commentario della Costituzione**, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976; Morrone, **sub art. 2 Cost.**, in **Codice della famiglia**, a cura di Sesta, 3^a ed., Milano, 2015, 6 ss., in part. 39; Caggia-Zoppini, **sub art. 29 Cost.**, in **Commentario alla Costituzione italiana**, a cura di Bifulco - Celotto - Olivetti, Torino, 2006, 611.

⁴⁶ Bessone, **Rapporti etico-sociali**, in **Commentario della Costituzione**, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1976, 75, sottolinea che l'art. 29 Cost., oltre a presentare "tutti gli attributi delle norme costituzionali con carattere di immediata precettività", costituisce un punto di riferimento obbligato in funzione del quale operare la lettura di qualsiasi norma che si riferisce a rapporti familiari; Sesta, **Negoziato assistito e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia**, in **Rivista Famiglia e diritto**, 2015, 304. Il nesso inscindibile tra principio di eguaglianza dei coniugi e solidarietà viene efficacemente evidenziato anche da Renda, **Il matrimonio civile. Una teoria neo istituzionale**, cit., 245 ss., in part. 263.

rapporti matrimoniali caratterizzati da una particolare brevità e dall'assenza di figli sembra emergere laddove la Corte costituzionale precisa che il riferimento al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio "non costituisce l'unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull'assegno divorzile". Queste considerazioni sembrano ulteriormente ribadite anche ove la stessa motivazione precisa che il parametro del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio assume rilievo al fine della determinazione in astratto del tetto massimo della misura dell'assegno, ma deve essere bilanciato, caso per caso, in concreto, con tutti gli altri criteri indicati nell'art. 5, comma 6, L. div.⁴⁷.

6 LA SOLIDARIETÀ POST-CONIUGALE NELLO SPECCHIO DELLE FAMIGLIE CHE SI SOVRAPPONGONO NEL TEMPO

Le profonde modificazioni sociali e normative indicate a fondamento della "necessaria revisione critica del dogma del 'tenore di vita'" come punto di riferimento in funzione del quale valutare l'adeguatezza dei mezzi della parte che richiede l'assegno divorzile appaiono indubbiamente meritevoli di attenta considerazione. In effetti, l'attuale contesto sociale e normativo risulta sensibilmente differenziato rispetto a quello nel quale si era formato questo consolidato indirizzo giurisprudenziale. In tale prospettiva occorre tenere in considerazione, anzitutto, i dati demografici e statistici dai quali emerge che in un significativo numero di casi gli ex coniugi reduci dal divorzio tendono a riformare nuovi nuclei familiari⁴⁸. Questa eventualità - indubbiamente meno frequente e quindi meno avvertita dagli interpreti all'inizio degli anni Novanta - genera in molti casi una trama di rapporti che mal si concilia con la finalità di assicurare al nucleo familiare originario la persistenza di un livello di benessere coincidente con il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio per tutto il tempo successivo al divorzio.

Oltre alle considerazioni basate su dati statistici e demografici, occorre rilevare che anche il sistema delle norme che governano i rapporti familiari è stato segnato da rilevanti modificazioni e risulta oggi sensibilmente mutato rispetto a quello nel quale il "diritto vivente" in materia di assegno divorzile si è formato all'inizio degli anni Novanta. Anzitutto occorre ricordare che a seguito dell'introduzione della L. n. 54/2006 è stato sancito il diritto del figlio minore "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascuno dei genitori anche in caso di separazione personale o di divorzio di essi, "di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale" (art. 155 c.c. introdotto dalla L. n. 54/2006 e collocato oggi nell'art. 337 ter, comma 1, c.c.).

⁴⁷ Corte cost. 9 febbraio 2015, n. 11, cit.

⁴⁸ Nello studio Separazioni e divorzi in Italia, anno 2012, pubblicato nel maggio 2013, reperibile all'indirizzo <http://www.istat.it/it/archivio/126552>, si legge che "i tassi di separazione e di divorzio totale sono in continua crescita. Nel 1995 per ogni 1.000 matrimoni si contavano 158 separazioni e 80 divorzi, nel 2011 si arriva a 311 separazioni e 174 divorzi". Le indagini demografiche mettono a fuoco la presenza di un rilevante numero di separazioni e divorzi in cui sono coinvolti figli minori (48,7% e 33,1%) (Separazioni e divorzi in Italia, anno 2012, cit., 11). Un altro dato rilevante, che emerge solo in parte dalle statistiche dell'ISTAT, è quello che evidenzia la diffusione del fenomeno delle seconde nozze. Anche questo dato deve essere ulteriormente integrato tenendo conto di due fattori che le statistiche disponibili non possono prendere in considerazione, ma che, cionondimeno, riveste un particolare rilievo. In particolare occorre tenere presente il considerevole aumento di separazioni e divorzi tra coniugi "giovani" (18-24% età inferiore ai 40 anni); questo dato, infatti, segnala la presenza di persone che, verosimilmente, dopo la rottura del matrimonio vivranno altre esperienze familiari di convivenza o si accosteranno ad un secondo matrimonio. Occorre poi tenere conto della presenza di un considerevole numero di persone che dopo avere avuto figli fuori dal matrimonio, si apprestano a contrarre matrimonio e a vivere una "seconda esperienza familiare".

L'esigenza di compensare la fragilità e l'instabilità che caratterizzano le unioni dei genitori attribuendo rilievo a nuove forme di responsabilità e coinvolgimento in capo a questi ultimi e nuovi legami di parentela all'interno del nucleo familiare inteso in senso "esteso"⁴⁹ è stata ulteriormente assecondata dalla Riforma introdotta dalla L. n. 219/2012 e dal D.Lgs. n. 154/2013. Con essa il legislatore ha definitivamente sancito la condizione unica dei figli, rendendo irrilevante la circostanza che i genitori siano coniugati, siano legati da un'unione di fatto o non abbiano mai formato una coppia unita. In virtù di una modificazione legislativa epocale, oggi il figlio è inserito nei rapporti di parentela di entrambi i genitori a prescindere dal matrimonio di questi ultimi (artt. 74 e 258 c.c.)⁵⁰; genitori che sono chiamati di regola ad esercitare congiuntamente la responsabilità genitoriale a prescindere dal tipo di unione che li lega e dalla sua sorte⁵¹. In questo nuovo scenario il significato giuridico del matrimonio perde ogni importanza per quanto concerne il rapporto genitori-figli e finisce per concentrarsi nell'ambito del rapporto di coppia. La previsione di significative forme di tutela per la parte economicamente debole successivamente alla rottura del matrimonio continua, quindi, a costituire un elemento imprescindibile e particolarmente qualificante, che consente di distinguere nettamente la valenza del matrimonio rispetto a quella delle unioni non coniugali⁵². Sotto questo profilo l'esigenza di assicurare un'adeguata tutela al coniuge che abbia investito molti anni nella cura della famiglia appare ancora attuale. Pertanto il diritto vivente che arricchisce la funzione assistenziale dell'assegno divorzile con il riferimento al tenore di vita coniugale inteso nel senso più pieno sembra tuttora rispondente al canone della ragionevolezza, così come condivisibilmente precisato dalla decisione della Corte costituzionale. Queste considerazioni appaiono, a maggior ragione, condivisibili allorché venga in considerazione l'esigenza di assicurare un adeguato mantenimento al coniuge separato.

Quanto osservato non esclude, d'altra parte, anche l'esigenza che la tutela riconosciuta all'ex coniuge divorziato non comprometta altri diritti fondamentali. Esigenza che appare oggi ancor più avvertita rispetto al passato laddove si consideri che riconoscere al coniuge o all'ex coniuge economicamente debole un incondizionato diritto al mantenimento del tenore di vita coniugale potrebbe condurre a gravare eccessivamente la posizione dell'ex coniuge obbligato, limitando la possibilità che quest'ultimo disponga di risorse adeguate per il mantenimento del nucleo familiare che egli intenda formare successivamente alla rottura del primo. La meritevolezza di tutela del "diritto" a formare una (nuova) famiglia può essere osservata come un dato "nuovo", che trova spazio nel nostro ordinamento anche in considerazione dell'importanza assunta dalle fonti sovranazionali⁵³. Sotto questo profilo appare opportuno richiamare una decisione di legittimità⁵⁴ con la quale è stato precisato che la costituzione di una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare costituisce un diritto ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del

⁴⁹ Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2013, 231; Id., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 5; Prosperi, *Unicità dello "status filiationis" e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 273.

⁵⁰ Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, cit., 231.

⁵¹ Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2014, 466.

⁵² Al Mureden, *Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, cit., 230. Per un'approfondita analisi comparatistica sul "significato giuridico del matrimonio" nei diversi paesi dell'UE v. Waaldijk, *More or Less Together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners*, Paris, 2005.

⁵³ Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, in *Giur. it.*, 2008, 573, con nota di Conforti, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?*

⁵⁴ Cass. 19 marzo 2014, n. 6289, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2015, 470, con nota di Buzzelli, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*.

1950 (art. 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 9). E poiché il diritto dell'individuo a formarsi una famiglia non può incontrare un limite nemmeno laddove sia presente un primo nucleo familiare la cui unità sia venuta meno a seguito della crisi del primo matrimonio, si deve concludere che i diritti dei componenti della seconda famiglia (sia essa fondata sul matrimonio o sulla convivenza) non possono essere compressi per garantire il persistente godimento del tenore di vita coniugale ai componenti del primo nucleo familiare.

In definitiva, nell'attuale contesto normativo l'esigenza di assicurare al coniuge la conservazione di un tenore di vita tendenzialmente analogo a quello goduto in costanza di matrimonio da un lato continua a rivestire un'importanza imprescindibile, ma, dall'altro, deve essere temperato anche con al tri diritti fondamentali che l'ordinamento aspira a garantire. Sotto il primo profilo conservano la loro validità le osservazioni secondo cui l'assegno di mantenimento e l'assegno divorzile costituiscono gli unici strumenti che il nostro ordinamento appresta al fine di attuare un riequilibrio economico tra le posizioni dei coniugi al termine del matrimonio; essi, quindi, sono e restano l'architrave di un sistema che enuncia il principio della eguaglianza tra i coniugi (art. 29 Cost.) ed aspira a garantirne l'effettività nel momento in cui il matrimonio termina⁵⁵. D'altra parte, in un ordinamento che mira a tutelare il principio della parità tra i coniugi, che riconosce il diritto a porre fine all'unione matrimoniale⁵⁶ e quello a formare una famiglia (eventualmente anche dopo la rottura di un primo matrimonio) appare necessario che la tutela del coniuge economicamente debole risulti efficace, ma non incondizionata. In altri termini, è necessario evitare che essa finisca per comprimere irragionevolmente altri diritti fondamentali che l'ordinamento tutela e, segnatamente, i diritti dei componenti della famiglia formata successivamente alla rottura del matrimonio. Diversamente risulterebbe violato il parametro costituzionale della ragionevolezza e si attuerebbe un bilanciamento tra valori non appropriato, che potrebbe condurre "ad esiti palesemente irrazionali in quanto incompatibili con la stessa ratio legis"⁵⁷ della disciplina delle conseguenze economiche del divorzio e, più in generale, delle norme che governano la distribuzione delle risorse economiche all'interno della famiglia da intendere oggi nella sua accezione più estesa.

Indubbiamente, una volta adottata questa particolare visuale, appare necessario valorizzare massimamente gli strumenti che il legislatore già fornisce al fine di conseguire una razionale distribuzione di risorse che, nella maggior parte dei casi, risultano limitate⁵⁸. Sotto questo profilo appare imprescindibile l'esigenza di attribuire rilievo al principio della autoresponsabilità. Il che dovrebbe condurre - anche sulla scorta di esperienze già maturate in altri ordinamenti europei - a differenziare sensibilmente la tutela assistenziale fornita al coniuge economicamente debole attribuendo il massimo rilievo ad aspetti quali la giovane età, l'assenza di carichi familiari derivanti dalla necessità di prendersi cura dei figli non ancora autosufficienti, infine la breve durata

⁵⁵ Renda, **Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale**, cit., 264-265, attraverso una lettura coordinata degli artt. 2 e 29 Cost., chiarisce che "i coniugi sono soggetti eguali tenuti a reciproca solidarietà" e che la solidarietà familiare assume un carattere ancor più specifico della solidarietà sociale. Essa infatti non si esplica tra estranei, ma tra soggetti compartecipi che "hanno instaurato una comunione integrale di vita".

⁵⁶ Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, cit.

⁵⁷ Così si esprime l'ordinanza di remissione (Trib. Firenze 22 maggio 2013, in **Rivista Famiglia e diritto**, 2014, 687, cit.).

⁵⁸ Cubeddu, **Il divorzio**, in Patti - Cubeddu, **Diritto della famiglia**, Milano, 2011, 628, osserva che in alcuni ordinamenti europei si è consolidata una regola in ragione della quale è istituita una "graduazione tra i soggetti aventi diritto a prestazioni contributive" a seguito della crisi della famiglia. In particolare, l'A. rileva che "uno specifico criterio è stato accolto dai principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi". Il punto 2:7, infatti, contempla la fattispecie in cui il medesimo soggetto sia gravato dall'obbligo di mantenere persone appartenenti a nuclei familiari formati in tempi successivi. In questo caso la capacità del coniuge obbligato di soddisfare i bisogni dell'ex coniuge economicamente debole deve essere "graduata" anche tenendo in considerazione le eventuali esigenze di mantenimento che scaturiscono dalla formazione di una seconda famiglia e quindi gli obblighi assunti nei confronti del nuovo coniuge e, in via prioritaria, gli obblighi di mantenimento dei figli minori.

della relazione coniugale. Sotto questo profilo appare particolarmente apprezzabile la decisione della Corte costituzionale che, pur dichiarando l'infondatezza della decisione di legittimità del diritto vivente in materia di assegno divorzile, sottolinea l'opportunità di valorizzare, caso per caso, i criteri enunciati nell'art. 5, comma 6, L. div. al fine di modulare la tutela offerta al coniuge economicamente debole evitando la creazione di ingiustificate rendite di posizione. Questo obiettivo, in effetti, potrebbe essere conseguito attraverso una lettura interpretativa rigorosa delle norme e del "diritto vivente" attualmente esistenti. In particolare, valorizzando opportunamente i criteri enunciati nell'art. 5, comma 6, L. div., sembra possibile declinare la funzione assistenziale dell'assegno divorzile secondo modalità differenziate in ragione delle specifiche esigenze di tutela del coniuge debole evitando che la sua tutela possa risolversi nella ingiustificata compressione di altri diritti fondamentali.

7 FORMAZIONE DI UNA NUOVA FAMIGLIA, AUTORESPONSABILITÀ ED ESTINZIONE DEFINITIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE

La formazione di una famiglia non fondata sul matrimonio è stata osservata dalla giurisprudenza recente alla stregua di un elemento capace di determinare l'irreversibile estinzione del contributo economico dovuto per il mantenimento dell'ex coniuge divorziato⁵⁹.

La soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità e di merito fino ad oggi dominante propendeva per il carattere reversibile delle limitazioni del dovere di mantenimento gravante sull'ex coniuge. Pronunce relativamente recenti, infatti, avevano chiarito che l'instaurazione di una stabile convivenza da parte del beneficiario dell'assegno divorzile costituiva un limite agli obblighi imposti alla parte economicamente forte e poneva detto assegno "in una fase di quiescenza"; il che comportava la possibilità che la parte economicamente debole riproponesse l'istanza volta al conseguimento dell'assegno divorzile in caso di rottura della convivenza⁶⁰. Questa soluzione - seppur conforme al tenore letterale dell'art. 5, comma 10, L. div. - è apparsa sotto alcuni profili espressione di una concezione dei rapporti tra ex coniugi che mal si concilia con il contesto normativo attuale e, soprattutto, con la rilevanza che in esso viene attribuita alla formazione di una nuova famiglia nella quale siano presenti figli comuni dei partners. Infatti, qualora si convenga circa il fatto che attraverso la creazione di una nuova famiglia (viepiù se cementata dalla presenza di figli comuni) si compie un atto di autoreponsabilità inconciliabile con il persistente godimento dei benefici economici derivanti da rapporto coniugale ormai terminato, appare ragionevole concludere che il venir meno dell'assegno post-matrimoniale dovrebbe assumere, in linea di principio, un carattere definitivo e quindi non reversibile⁶¹. La soluzione adottata da recenti decisioni della Cassazione, secondo la quale l'intervenuta instaurazione di una convivenza da parte dell'ex coniuge beneficiario dell'assegno post-matrimoniale dopo la definitiva rottura del vincolo coniugale dovrebbe determinare l'effetto di limitare o escludere i doveri di mantenimento gravanti sull'altro in via definitiva ed irreversibile appare, quindi,

⁵⁹ Cass. 3 aprile 2015, n. 6855, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2015, 553, con nota di Ferrando, "Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 681, con nota di Al Mureden, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno di divorzio*. Sul punto v. anche le considerazioni di Quadri, *Aspetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 375. In senso analogo, da ultimo, Cass. 9 settembre 2014, n. 17856, in *DeJure*; Cass. 8 settembre 2015, n. 17811, in *DeJure*.

⁶⁰ Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, in *Guida dir.*, 2011, 63, con nota di Vaccaro, *Il coniuge divorziato perde il mantenimento se instaura una convivenza stabile con un altro*; Cass. 18 novembre 2013, n. 25845, in *DeJure*; Cass. 12 marzo 2012, n. 3923, in *DeJure*.

⁶¹ Al Mureden, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoreponsabilità"*, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2014, 1043.

in linea di principio condivisibile. Essa, infatti, ricollegando all'instaurazione di una convivenza stabile l'effetto di estinguere il diritto dell'ex coniuge divorziato alla percezione dell'assegno divorzile, appare coerente rispetto ad un disegno complessivo nel quale la giurisprudenza, verosimilmente anticipando il legislatore⁶², attribuisce gradualmente rilievo alla famiglia non fondata sul matrimonio, sia in termini "positivi", riconoscendo al convivente specifiche tutele, sia in termini "negativi", ossia ricollegando alla convivenza la perdita di diritti scaturenti da un precedente vincolo coniugale andato in crisi.

Occorre precisare che le osservazioni svolte con riferimento ai riflessi che l'instaurazione di una nuova convivenza può determinare sull'assegno divorzile non sembrano poter essere ripetute nelle ipotesi in cui la convivenza sia instaurata da un coniuge separato titolare di assegno di mantenimento. La separazione, infatti, determina un allentamento del vincolo matrimoniale, che, tuttavia, persiste e quindi la permanenza di uno status di coniuge che è persino suscettibile di riacquistare una rilevanza piena a seguito di una eventuale riconciliazione. In quest'ultima ipotesi potrebbe addirittura risorgere l'obbligo di contribuzione ex art. 143 c.c., e, in caso di una successiva crisi dei coniugi già riconciliati, potrebbero ancora ricorrere i presupposti per l'attribuzione di un assegno di mantenimento ex art. 156 c.c. In altri termini l'instaurazione di una convivenza more uxorio da parte di un soggetto che, in quanto separato, conservi ancora un significativo legame con l'altro coniuge può sicuramente legittimare la limitazione o l'esclusione dei doveri di mantenimento scaturenti dall'art. 156 c.c. Al tempo stesso la persistenza del vincolo coniugale dovrebbe consentire di attribuire alla limitazione o all'esclusione dei doveri di mantenimento gravanti sul coniuge i caratteri della provvisorietà e reversibilità in ragione dei quali appare possibile ritenere che il diritto al mantenimento della parte economicamente debole si trovi in una situazione di quiescenza e possa ripristinarsi in caso di rottura della nuova convivenza o di riconciliazione con il coniuge separato.

8 VERSO UNA LIMITAZIONE DELLE PERDURANTI POSIZIONI DI INTERDIPENDENZA ECONOMICA TRA EX CONIUGI TRA PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO E AUTONOMIA PRIVATA

L'osservazione del sistema della solidarietà post-coniugale a quarant'anni di distanza dalla Riforma del '75 evidenzia, da una parte, l'opportunità di mantenere una efficace tutela inderogabile a favore del coniuge economicamente debole che abbia dedicato gran parte della vita matrimoniale alla cura della famiglia o che sia destinato ad occuparsi prevalentemente dei figli anche nel periodo successivo alla separazione o al divorzio. D'altra parte emerge con una crescente rilevanza l'esigenza di limitare la presenza di posizioni di interdipendenza tra gli ex coniugi soprattutto in presenza di rapporti matrimoniali di breve durata nei quali non si riscontri un perdurante impegno per la cura di figli comuni. In effetti anche l'analisi comparatistica testimonia che nella maggior parte degli ordinamenti europei e di common law si è ormai affermato il principio secondo cui appare preferibile, ove possibile, limitare la presenza di posizioni di interdipendenza tra gli ex coniugi. In quest'ottica vengono in considerazione anzitutto l'introduzione di forme di mantenimento con funzione riabilitativa e soggette a rigorosi limiti temporali; quindi gli strumenti di definizione una tantum delle conseguenze del divorzio, che consentono di eliminare in radice i problemi connessi alla sussistenza di obblighi di mantenimento periodici;

⁶² Sullo schema di testo unificato proposto alla Commissione Giustizia del Senato il 24 giugno 2014, recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" si vedano le osservazioni di Oberto, **I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprecindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza contratti prematrimoniali)**, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2015, 165.

infine la crescente attribuzione di rilievo alla formazione di nuclei familiari non fondati sul matrimonio come limite alla persistenza di obblighi di mantenimento scaturenti dalla dissoluzione di una precedente unione matrimoniale.

Così, in molti paesi dell'UE si sta affermando il cosiddetto principio dell'autoresponsabilità⁶³, che conduce a prevedere una tutela assistenziale-riabilitativa e tendenzialmente limitata nel tempo per il coniuge reduce da un matrimonio di breve durata, ancora in giovane età e non gravato dall'impegno richiesto per l'accudimento dei figli⁶⁴. Questa scelta del legislatore non di rado si accompagna a norme che impongono una definizione una tantum delle conseguenze economiche del divorzio. Nei sistemi di common law, ad esempio, l'adesione alla c.d. clean break theory⁶⁵ consente di risolvere il problema dei riflessi patrimoniali del divorzio mediante l'attribuzione di una somma una tantum (lump sum) o l'assegnazione al coniuge economicamente debole di uno o più beni appartenenti all'altro, limitando ad ipotesi residuali il pagamento di somme periodiche a titolo di mantenimento. Tale impostazione è indubbiamente funzionale all'esigenza di consentire ai coniugi di definire una volta per tutte i rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio e lasciarsi alle spalle la passata esperienza per ricominciare una nuova vita⁶⁶. Del resto, anche in ordinamenti di civil law maggiormente affini al nostro, sono stati introdotti in tempi relativamente recenti strumenti idonei a conciliare l'esigenza di mantenimento del coniuge economicamente debole con quella di evitare il protrarsi di posizioni di interdipendenza economica successivamente al divorzio. Così, ad esempio, nell'ordinamento francese, la corresponsione della prestation compensatoire deve essere effettuata, ove possibile, mediante l'attribuzione una tantum di una somma di denaro o di un bene immobile (art. 270 code civil)⁶⁷ e, solo in caso di mancanza di risorse sufficienti in capo al coniuge economicamente forte, può essere assolta mediante pagamenti periodici (art. 275 code civil)⁶⁸.

Per quanto riguarda l'attribuzione di rilievo alle relazioni familiari non basate sul matrimonio riveste sicuro interesse la soluzione recepita nel nuovo art. 101 c.c. spagnolo che, oltre al passaggio a nuove nozze, annovera tra le cause di estinzione del diritto a percepire l'assegno divorzile anche la formazione di una famiglia non fondata sul matrimonio.

⁶³ Sul punto v. Patti, **I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto**, in **Il nuovo diritto di famiglia**, Trattato diretto da Ferrando, II, Bologna, 2008, 229; Id., **Obbligo di mantenere e obbligo di lavorare**, in **Introduzione al diritto della famiglia in Europa**, Milano, 2008, 309; Ferrando, **Le conseguenze patrimoniali del divorzio tra autonomia e tutela**, in **Dir. fam.**, 1998, 728; Cubeddu, **Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania**, in **Familia**, 2008, 22, la quale illustra la riforma del mantenimento operata nell'ordinamento tedesco il 1° gennaio 2008 ed il principio dell'autoresponsabilità; Ronfani, **Recensione a Al Mureden, Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata**, Milano, 2007, cit., 193.

⁶⁴ Cubeddu, **Solidarietà e autoresponsabilità nel diritto di famiglia**, in Patti - Cubeddu, **Introduzione al diritto della famiglia in Europa**, cit., 153, in part. 170; Ead., **I principi europei su divorzio e il mantenimento tra ex coniugi**, **ivi**, 271.

⁶⁵ Blumberg, **The Financial Incidents of Family Dissolution**, cit., 393 ss.

⁶⁶ In questo senso in più trattazioni si richiamano le incisive parole di Lord Scarman nella decisione *Minton v Minton* [1979] AC 593, 608: "An object of the modern law is to encourage [the parties] to put the past behind them and to begin a new life which is not overshadowed by the relationship which has broken down".

⁶⁷ L'importanza del criterio della durata del matrimonio è sottolineata da Quadri, **I rapporti patrimoniali tra i coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia**, in **Familia**, 2006, 34, il quale mette in luce come sia significativo il fatto che la L. francese n. 2004-439 del 26 maggio 2004 abbia messo in risalto la rilevanza di questo criterio collocandolo al primo posto tra quelli funzionali a determinare la **prestation compensatori re** (art. 271 code civil).

⁶⁸ Cfr. l'art. 275 c.c., modificato dalla L. n. 2004-439, in vigore dal 1° gennaio 2005, ai sensi del quale "Lorsque le débiteur n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues par l'article 274, le juge fixe les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires".

Indubbiamente - anche alla luce delle recenti Riforme che hanno condotto all'introduzione della c.d. negoziazione assistita (D.L. n. 132/2014, poi convertito con modifiche dalla L. n. 162/2014) e del "divorzio breve" (L. n. 55/2015) - sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che - allineandosi a soluzioni già praticate in altri ordinamenti - adegui la disciplina delle conseguenze economiche della rottura del matrimonio alle esigenze determinate dalla crescente diffusione di nuovi modelli di famiglia articolati e complessi determinati dalla sovrapposizione nel tempo di diversi nuclei familiari che fanno capo all'unico soggetto economicamente forte.

Per quanto concerne l'introduzione di strumenti di definizione una tantum dei rapporti economici tra ex coniugi divorziati e la previsione di un mantenimento dell'ex coniuge circoscritto entro ragionevoli limiti temporali l'intervento del legislatore appare l'unica soluzione percorribile, stante l'assenza di elementi positivi sulla base dei quali operare una rilettura interpretativa del sistema. Diversamente, la possibilità di individuare nell'autoresponsabilità del coniuge economicamente debole e, in particolare, nella scelta di quest'ultimo di dare vita ad una nuova famiglia elementi capaci di eliminare posizioni di interdipendenza scaturenti dal precedente matrimonio costituisce un obiettivo che - oltre a poter essere attuato dal legislatore in una prospettiva de iure condendo - sembra possibile conseguire, allo stato attuale, anche in via interpretativa⁶⁹. Anche sotto questo profilo, quindi, il recente mutamento d'indirizzo della Cassazione in materia di estinzione dell'assegno divorzile conseguente all'instaurazione di una nuova convivenza more uxorio da parte del beneficiario può essere osservato come un apprezzabile tassello di un disegno teso alla limitazione di perduranti posizioni di dipendenza economica tra ex coniugi ed alla valorizzazione del principio dell'autoresponsabilità.

CONCLUSIONE

L'analisi del sistema di regole predisposte dal legislatore al fine di tutelare la parte economicamente debole nell'ambito della crisi del matrimonio impone di considerare anche le crescenti istanze di ampliamento dell'autonomia dei coniugi come strumento che consenta di predeterminare le conseguenze economiche della crisi del rapporto. In questo ambito assume particolare interesse il dibattito intorno alla possibilità di configurare accordi conclusi in sede di separazione consensuale, di divorzio su domanda congiunta, di procedimenti di negoziazione assistita e persino in una fase precedente al matrimonio con i quali i coniugi incidano eventualmente anche sul profilo del mantenimento della parte economicamente debole limitandone la portata.

Indubbiamente possono cogliersi nella giurisprudenza di legittimità segnali di apertura che, da una parte, destano notevole interesse e, dall'altra, necessitano di precisazioni. Così, una decisione relativamente recente, ha confermato la validità dell'accordo con il quale i coniugi in sede di separazione consensuale avevano convenuto che il diritto al mantenimento della parte economicamente debole fosse circoscritto entro limiti di tempo predeterminati, assumendo che successivamente quest'ultima potesse conseguire una condizione di piena indipendenza⁷⁰). Questo importante riconoscimento all'autonomia dei coniugi potrebbe essere osservato, in prima approssimazione, come un segnale di una progressiva erosione dell'orientamento secondo il quale

⁶⁹ Cass., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490, cit.; Cass. 1° dicembre 1993, n. 11860.; Cass. 6 agosto 1997, n. 7269; Cass. 4 novembre 1997, n. 10791; Cass. 16 giugno 2000, n. 8225; Cass. 4 giugno 2001, n. 7541; Cass. 17 gennaio 2002, n. 432; Cass. 27 settembre 2002, n. 14004; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1487, tutte in **DeJure**.

⁷⁰ Cass. 6 giugno 2014, n. 12781, in **Rivista Famiglia e diritto**, 2015, 685, con nota di Grazzini, **Assegno di mantenimento "a tempo" fra "autosufficienza economica" e rinuncia al diritto**. Sul punto cfr. **infra** V, II, 4.

non sono valide le intese tra coniugi volte a limitare la tutela economica riconosciuta inderogabilmente al soggetto debole. In senso contrario, tuttavia, occorre considerare che l'esigenza di tutela della parte economicamente debole dovrebbe assumere caratteri nettamente differenziati a seconda che si tratti di garantire il mantenimento di un coniuge giunto ad un'età considerevole e reduce da un matrimonio di lunga durata, di un coniuge giovane, ma al tempo stesso gravato da significativi oneri di accudimento dei figli e, infine, di un coniuge giovane, reduce da un matrimonio di breve durata e privo di compiti di accudimento dei figli. Mentre, nei primi due casi, appare opportuno garantire una tutela inderogabile alla parte economicamente debole, con riferimento al terzo sembrano affermarsi, soprattutto alla luce delle esperienze maturate in altri Paesi europei, indifferibili esigenze di valorizzare l'autoresponsabilità ed il dovere di riattivarsi, prevedendo una rigorosa limitazione temporale del diritto al mantenimento che non dovrebbe costituire una rendita a tempo indeterminato ma, più opportunamente, assolvere ad una funzione assistenziale-riabilitativa.

In quest'ottica, quindi, il consolidato orientamento che considera invalidi gli accordi funzionali a limitare o escludere l'assegno di divorzio sembra conservare, in termini generali, la sua validità se riferito alle esigenze di tutela del coniuge reduce da un matrimonio di lunga durata o nel quale si prospetti un perdurante impegno per la cura dei figli minori o non autosufficienti⁷¹. I capisaldi su cui esso si fonda appaiono solo in minima parte da riconsiderare in ragione delle recenti riforme che hanno valorizzato l'autonomia dei coniugi nel porre termine al rapporto matrimoniale. Così, da un lato, l'assunto secondo cui gli accordi in materia di assegno divorzile sono nulli in quanto possono condizionare il contegno processuale delle parti e, quindi, incidere indirettamente sullo status di coniuge⁷² è stato motivatamente ritenuto superato⁷³. D'altra parte, resta comunque difficilmente superabile l'assunto secondo cui gli accordi che prevedano una esclusione o una rinuncia dell'assegno post-matrimoniale sono invalidi in quanto incidono su

⁷¹ Così Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1553, con nota di Trabucchi, **Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati**; Cass. 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1456, con nota di Di Loreto; in *Foro it.*, 1986, I, 747, con nota di Quadri, **Orientamenti in tema di svalutazione dell'assegno di divorzio e svalutazione monetaria**; Cass. 19 novembre 1987, n. 8502, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 2014, con nota di Loy; Cass. 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156, con nota di Cecconi; Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 863, con nota di Carbone, **L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità**; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 340, con nota di Dalmotto, **Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio**; Cass. 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1078, con nota di Carosone; Cass. 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Rivista Famiglia e diritto*, 1995, 14, con nota di Uda, **Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio**; Cass. 7 settembre 1995, n. 9416, in *Vita not.*, 1995, 1356; Cass. 11 giugno, 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218, con nota di Ermini; Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in *I contratti*, 1998, 472, con nota di Bonilini, **Gli accordi in vista del divorzio**. Da ultimo Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Rivista Famiglia e diritto*, 2013, 321, con nota di Oberto, **Gli accordi prematrimoniali in cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine**; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 442, con nota di Grazzini, **Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto**. Sull'argomento v. anche Russo, **Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia**, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 2, 459; Giliberti, **Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi**, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1, 476.

⁷² Coppola, **Accordi in vista della pronuncia di divorzio**, in Bonilini - Tommaseo, **Lo scioglimento del matrimonio, in Il codice civile. Commentario** fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 3ª ed., Milano, 2010, 732-733.

⁷³ Sul punto si vedano le considerazioni di Rimini, **Il nuovo divorzio**, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu - Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, **La crisi della famiglia**, II, Milano, 2015, 246 ss., il quale ricava dalla recente Riforma in materia di negoziazione assistita un argomento funzionale a sostenere l'ammissibilità di intese preventive concluse dagli sposi nella fase precedente il matrimonio che abbiano ad oggetto le conseguenze economiche di una futura crisi coniugale. In argomento v. anche Arrigo, **L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio**, cit., 715-733.

una tutela da considerarsi indisponibile, in ragione della sua natura eminentemente assistenziale⁷⁴. Proprio quest'ultimo profilo è stato ulteriormente ribadito dalla Cassazione, la quale, considerando invalida la dichiarazione con la quale la moglie aveva preventivamente rinunciato all'assegno di divorzio, ha chiaramente affermato che l'indisponibilità di questa forma di tutela trova fondamento nell'esigenza di protezione del coniuge debole⁷⁵. Nemmeno l'introduzione di uno strumento quale la negoziazione assistita, capace di rendere maggiormente agevole il percorso che conduce alla rottura del matrimonio, può mutare i termini del dibattito e porre in dubbio l'esigenza di non comprimere quel nucleo di diritti indisponibili riconosciuti alla parte economicamente debole⁷⁶. Al contrario l'intangibilità di tali diritti, costituendo espressione di un fondamentale principio di ordine pubblico, dovrebbe risultare ancor più accentuata in un sistema che esalta il diritto del singolo a porre fine al matrimonio⁷⁷. Ciò porta a ribadire, in definitiva, che l'indebolimento del vincolo coniugale non affievolisce l'esigenza di garantire una tutela adeguata ed inderogabile al coniuge debole, ma, al contrario, la accentua⁷⁸. Sembrano quindi pienamente condivisibili osservazioni di chi, ha ritenuto che le tutele garantite dalla legge non perdano il loro carattere di inderogabilità, con la conseguenza che i patti conclusi all'esito della negoziazione assistita che compromettano tali tutele risultano impugnabili, come qualsiasi contratto, per contrarietà a norme imperative⁷⁹.

RIFERIMENTI

ALBANESE, sub art. 585 c.c., in **Codice della famiglia**, a cura di Sesta, 3. ed., Milano, 2015, 1671.

ARCERI, sub art. 156 c.c., in **Codice della famiglia**, a cura di Sesta, 3. ed., Milano, 2015, 567.

⁷⁴ Bargelli, **L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio, in I contratti di convivenza** a cura di Moscati - Zoppini, Torino, 2002, 50, afferma che il controllo giudiziale sugli accordi concernenti l'assegno si giustifica in ragione della "funzione sociale" di quest'ultimo.

⁷⁵ Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076, in **Rivista Famiglia e diritto**, 2003, 344, con nota di Piccaluga, **Rapporti patrimoniali tra coniugi e divorzio**, in cui si ribadisce che "il principio secondo il quale gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile - che per la sua natura assistenziale è indisponibile - in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, trova fondamento nell'esigenza di tutela del coniuge debole, la cui domanda di assegnazione dell'assegno divorzile potrebbe essere da detti accordi paralizzata o ridimensionata".

⁷⁶ Peraltro, in senso contrario, Rimini, **Il nuovo divorzio**, cit., 246, ritiene che la recente riforma in materia di negoziazione assistita costituisca un elemento di novità sulla base del quale sostenere l'ammissibilità di accordi con i quali i coniugi possano disporre dell'assegno post-matrimoniale.

⁷⁷ Questo principio, del resto, è stato ribadito di recente dalla Cassazione a Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 17 luglio 2014, n. 16379, cit.) che ha risolto una complessa questione relativa alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio. Più specificamente la S.C. - colmando una lacuna di tutela in ragione della quale la parte economicamente debole che aveva dedicato un significativo numero di anni ad un rapporto caratterizzato da un'effettiva convivenza come coniugi poteva talvolta disporre di un mantenimento limitato a soli tre anni - ha sancito l'impossibilità di delibare pronunce ecclesiastiche di invalidità del matrimonio riferite a rapporti matrimoniali caratterizzate da una significativa stabilità e, segnatamente, da una convivenza come coniugi protratta per almeno un triennio. Questa soluzione è stata motivata proprio sottolineando che i principi costituzionali e le disposizioni di legge ordinaria che regolano il matrimonio attribuiscono la valenza di norme di ordine pubblico italiano alle tutele apprestate dall'art. 156 c.c. e dell'art. 5, comma 6, L. div. In definitiva la Cassazione ha ribadito che l'assegno di mantenimento e l'assegno divorzile assurgono a unici strumenti capaci di ridurre e limitare le disuguaglianze tra i coniugi al momento della rottura dell'unione e pertanto non possono essere considerati disponibili.

⁷⁸ Cfr. Commento ufficiale della **section 7.02 dei Principles of the Law of Family Dissolution**. Sull'idea per cui il matrimonio costituirebbe un "segnale" circa il fatto che i **partners** hanno deciso di intraprendere una relazione duratura sulla quale fare reciprocamente affidamento.

⁷⁹ Sesta, **Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia**, cit., 303.

ARRIGO, L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, II, in **Giur. sist. dir. civ. e comm.** fondata da Bigiavi, Torino, 2003, 633 ss.

AZZARITI, Adulterini e incestuosi (Figli), in **Noviss. Dig. it.**, I, Torino, 1957, 309.

_____. Filiazione legittima e naturale, in **Noviss. Dig. it.**, VII, Torino, 1961, 324.

BARBAGLI, La scelta del regime patrimoniale, in Barbagli - Saraceno (a cura di), **Lo stato delle famiglie in Italia**, II, Bologna, 1997, 105.

_____. **Provando e riprovando**, Bologna, 1990

BARGELLI, L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio, in **I contratti di convivenza** a cura di Moscati - Zoppini, Torino, 2002, 50.

BASINI, I diritti successori del coniuge separato, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, III, **La successione legittima**, Milano, 2009, 181.

BLUMBERG, The Financial Incident of Family Dissolution, in **Cross Currents, Family Law and Policy in the U.S. and England**, edited by Katz - Eekelaar - Maclean, Oxford, 2000, 381.

BONILINI, I diritti successori del coniuge divorziato, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, III, **La successione legittima**, Milano, 2009, 229 ss.

_____. L'assegno post-matrimoniale, in Bonilini - Tommaseo, **Lo scioglimento del matrimonio**, in **Il codice civile. Commentario** fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 3. ed., Milano, 2010, 572 ss.

CALVO, **La successione del coniuge**. Garanzie individuali e nuovi scenari familiari, Milano, 2010, 33.

CARBONE, Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio, in **Corr. giur.**, 2014, 1196.

CASULLI, Successioni (diritto civile): successione necessaria, in **Noviss. Dig. it.**, diretto da Azara - Eula, XVIII, 1957, Torino, 787.

CORSI, Il regime patrimoniale della famiglia: i rapporti patrimoniali tra coniugi in generale, la comunione legale, in **Trattato di diritto civile e commerciale**, diretto da Cicu - Messineo e continuato da Mengoni, VI, 1, Milano, 1979, 28

DOGLIOTTI, Uguaglianza dei coniugi, in **Dig. dis.priv., sez. civ.**, XIX, Torino, 1999, 492.

EKELAAR, **Post-divorce Financial Obligations**, *ivi*, 405.

ESTHER ARROYO y AMAYUELAS, in **Matrimonio, matrimoni**, a cura di Brunetta D'Usseaux - D'Angelo, Milano, 2000, 425.

IPPOLITI - MARTINI, Questioni attuali in tema di delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario, in **Corr. giur.**, 2015, 114.

MORETTI, L'assistenza sanitaria, in Bonilini - Tommaseo, **Lo scioglimento del matrimonio**, in **Il codice civile. Commentario** fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, 3. ed., Milano, 2010, 737.

OBERTO, La comunione legale tra coniugi, in **Trattato di diritto civile e commerciale**, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 372 ss.

_____. **La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari**, Milano, 2006

_____. sub artt. 215-219, Il regime di separazione dei beni tra coniugi, in **Il codice civile. Commentario** fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2005, 297 ss.

PANUCCIO - DATTOLA, Lo status dei coniugi separati, in **Tratt. dir. fam.**, diretto da Zatti, I, 2, 2. ed., Milano, 2011, 1497.

PARADISO, I rapporti personali tra coniugi, in **Il codice civile. Commentario**, diretto da Schlesinger, Milano, 2012, 3 ss.

QUADRI, Divorzio nel diritto civile e internazionale, in **Dig. disc priv., sez. civ.**, VI, Torino, 1990, 537.

_____. Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale; in Nuova giur. civ. comm., in **Corr. giur.**, 2015, II, 47.

_____. La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma, in **Foro it.**, 1989, I, 1, 2515,

RESCIGNO, Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma, in **Riv. dir. civ.**, 1998, I, 113.

_____. **Matrimonio e famiglia: cinquant'anni del diritto italiano**, Torino, 2000.

RESTUCCIA, sub art. 548 c.c., in **Codice delle successioni**, a cura di Sesta, Milano, 2011, 926.

RIMINI, Il nuovo divorzio, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu - Messineo - Mengoni e continuato da Schlesinger, **La crisi della famiglia**, II, Milano, 2015, IV, 2, 108.

ROMA, Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento, in **Corr. giur.**, 2015, I, 50.

ROSSI CARLEO-CARICATO, La separazione e il divorzio, in Tratt. dir. priv., diretto da Besone, IV, II, **La crisi familiare**, a cura di Auletta, 2. ed., Torino, 2013

RUSCELLO, I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio, in **Tratt. dir. fam.**, diretto da P. Zatti, I, 1, 2. ed., Milano, 2011, 1007.

SANTOSUOSSO, **Il matrimonio**. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari, Milano, 2011.

SCANNICCHIO, **Beni, soggetti e famiglia nel regime patrimoniale e primario**. Un'analisi comparata, Bari, 1992.

SESTA, **Diritto di famiglia**, II ed., Padova, 2005.

_____. Stato unico di filiazione e diritto ereditario, in **Riv. dir. civ.**, 2014, 5.

_____. Titolarità e prova della proprietà nel regime di separazione dei beni, in **Famiglia**, 2001.

SESTA - VALIGNANI, Il regime di separazione dei beni, in **Tratt. dir. fam.** diretto da Zatti, III, a cura di Anelli - Sesta, Milano, 2012, 557.

TOTARO, Gli effetti del divorzio, in Tratt. dir. fam., diretto da Zatti, I, 2, **Famiglia e matrimonio**, a cura di Ferrando - Fortino - Ruscello, 2. ed., Milano, 2011, 1607

ZATTI, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio, in **Tratt. dir. priv.**, diretto da Rescigno, 3, 2. ed., Torino, 1996, 15 ss.