

REVISTA JURÍDICA DA UNI7

UNI7LAWREVIEW

**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. 2	jul./dez.	2017	209 p.
-----------	--------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline 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.2 (jul./dez. 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.^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. Otávio 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 Luis 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 sexto 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-NãoComercial-CompartilhaIgual” (CC BY-NC-SA 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. 2, jul./dez. 2017

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

DESENVOLVIMENTO E TRABALHO: TUTELA DO AMBIENTE LABORAL PRODUTOR E DISTRIBUIDOR DE ENERGIA

Development and work: protection of producer and distributor of energy work's environment

Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira13

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O PROBLEMA DA TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE NO DIREITO PRIVADO GREGO

The principle of publicity and the problem of transfer of property in Greek private law

Tiago Seixas Themudo

Adriano Pascarelli Agrello31

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES: DESAFIOS PARA A EQUIDADE

Women political participation: equity challenges

Denise Almeida de Andrade

Mônica Sapucaia Machado43

A PERDA DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA POR USUCAPIÃO

The loss of real estate property by adverse possession

Marcelo Sampaio Siqueira

Natércia Sampaio Siqueira65

O IPVA E AS POLÊMICAS EM TORNO DA ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “VEÍCULOS AUTOMOTORES” E DA DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS EM FUNÇÃO DOS “TIPOS” DE VEÍCULOS: REFLEXÕES ACERCA DA ADI Nº 5654

“IPVA” and the controversies over the extent of the expression “automotive vehicles” and the differentiation of rates concerning the “types” of vehicles: reflections on the ADI n. 5654

Fernanda Mara Macedo Pacobahyba

Fabiana Del Padre Tomé81

O CONTEÚDO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA MEDIAÇÃO

The normative content of the guiding principles of mediation

Danilo Christiano Antunes Meira

Horácio Wanderlei Rodrigues101

O PLURALISMO JURÍDICO FRENTE À CRISE DO MODELO MONISTA ESTATAL: APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS

Legal pluralism facing the crisis of the state monistic model: introductory points

Tuana Paula Lavall

Maria Aparecida Lucca Caovilla.....125

FUNÇÃO SOCIAL/SOLIDÁRIA DA EMPRESA NOS NEGÓCIOS VIRTUAIS

Social /solidary function of the company in virtual business

Gleissa Mendonça Faria Cardoso

Valter Moura do Carmo137

LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL ORDEN DE LLAMAMIENTOS EN LA SUCESIÓN AB INTESTATO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A influência do Direito de Família na posição do cônjuge supérstite na ordem de chamamento na sucessão ab intestato: evolução histórica

The influence of Family Law in the position of the superstitute spouse in the order of heirs in the ab intestato succession: historical evolution

Alfonso Murillo Villar159

LOS INICIOS DEL IMPUESTO SUCESORIO EN EL DERECHO ROMANO

Os inícios do imposto sucessório no Direito Romano

Early beginnings of the inheritance tax in the Roman Law

Maria Eugénia Ortuño Pérez179

DESENVOLVIMENTO E TRABALHO: TUTELA DO AMBIENTE LABORAL PRODUTOR E DISTRIBUIDOR DE ENERGIA

Cristina Paiva Serafim Gadelha Campos

Professora da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB),
mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo
Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ).
E-mail: cristinacampos_@hotmail.com

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira

Professora do Centro Universitário de João Pessoa-PB
(UNIPÊ), da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB),
doutora em Direito do Trabalho e Previdência Social pela
Universidade de Valência (Espanha).
E-mail: flaviadepaiva@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo científico pretende realizar um estudo do meio ambiente do trabalho produtor e distribuidor de energia, promovendo uma interface entre o Direito do Trabalho e o Direito Ambiental, que tem como ponto de partida a nova concepção de desenvolvimento cuja finalidade é promover o bem-estar do ser humano de maneira ampla. Essa nova concepção influi diretamente no trabalho desenvolvido na produção e distribuição de energia, que deve ser realizado em condições dignas. A salubridade desse meio ambiente influencia, diretamente, na vida dos trabalhadores e, indiretamente, dos consumidores desse bem essencial. Para tanto, foi utilizado o método indutivo e qualitativo, tendo sido realizada uma pesquisa bibliográfica, por meio da qual se chegou à conclusão de que o caráter difuso desse meio ambiente específico impõe a conjunção de esforços de toda a coletividade, trabalhadores, empresa e consumidores, para se garantir a sua higidez, já que, tanto usuários, quanto trabalhadores se beneficiam com condições de salubridade desse ambiente laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento; Trabalho; Proteção; Distribuição; Energia.

Development and work: protection of producer and distributor of energy work's environment

ABSTRACT: This scientific article intends to perform a study about the producer and distributor of energy work's environment, making a relation between the Labor Law and the Environmental Law, which begging is based on the new conception of development, oriented by the purpose of promote the human's being welfare, in a broad perspective. This new conception influences directly the production and distribution of energy, that have to be developed based on dignified conditions. The salubrity in this environment influences, directly, the workers' lives and, indirectly, the consumers' lives of this essential good. Therefore, was utilized the inductive and qualitative methods, performing a literature search, imposing the conclusion that the diffuse character of this particular environment needs the collective effort by the whole community, workers, company and consumers, for ensure its healthiness, considering that users and workers have benefits by salubrity conditions' in work's environment.

KEYWORDS: Development; Work; Protection; Distribution; Energy.

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo, percebeu-se que traduzir o desenvolvimento pela ideia de crescimento econômico significa restringi-lo. Revelando-se como um processo multifacetado, que abrange um diversificado conjunto de elementos que têm como finalidade principal garantir o bem estar do homem, o desenvolvimento demonstra que o crescimento econômico merece ser visto como apenas um dos seus componentes. Destarte, constata-se que o reconhecimento da aproximação, e não da identificação, entre desenvolvimento e crescimento econômico conduz a um novo conceito de desenvolvimento, que notadamente engloba uma série de condições compatíveis com a qualidade de vida, inclusive, do ponto de vista social.

Considerando que o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado é corolário da garantia da vida com dignidade, tratando-se de verdadeiro direito fundamental do homem – por se apresentar como uma das facetas do direito ao meio ambiente equilibrado –, coaduna-se com a nova concepção de desenvolvimento. Isso porque o trabalho em condições adequadas dignifica o homem e lhe permite gozar de satisfação profissional, o que encontra amparo na nova concepção de desenvolvimento que deve ser buscada, construída e efetivada pela sociedade e pelo Estado.

Neste sentido, merece consideração o meio ambiente laboral responsável pela produção e distribuição de energia. Afora sua capacidade para conferir aos operários que nele trabalham a possibilidade de gozarem das sensações e benefícios que se espera de um ambiente de labor hígido, está dotado de aptidão para repercutir sobre uma infinidade de pessoas e situações, sejam elas direta ou indiretamente relacionadas à produção ou ao consumo da energia produzida.

Em outras palavras, o caráter difuso do direito ao meio ambiente equilibrado se revela com bastante evidência no ambiente que produz e distribui energia. A noção de desenvolvimento impõe o reconhecimento de que a essencialidade do bem lá produzido e distribuído suscita rigurosidade na observância de condições dignas de labor, já que estas refletirão na qualidade de vida de um número incontável de pessoas que já vivem e que ainda viverão, ainda afetando grandes quantidades de plantas, animais e recursos naturais.

Sendo assim, o presente trabalho procurará demonstrar que a concepção de desenvolvimento, notadamente na sua nova perspectiva, compatibiliza-se com o direito ao equilibrado meio ambiente produtor e distribuidor de energia. Destaca-se que para atingir os objetivos a que se propõe, será realizada uma pesquisa bibliográfica, que fará uso do método indutivo, por meio do qual se pretende analisar a nova concepção de desenvolvimento e sua relação com o meio ambiente equilibrado; e do qualitativo, através do qual se pretende avaliar o meio ambiente por uma perspectiva ampla, no qual se insere a dimensão laboral daqueles indivíduos implicados no processo de produção e distribuição de energia, a fim de demonstrar que o caráter difuso deste justifica um forte empenho dos âmbitos público e privado para sua garantia, sendo a educação ambiental e os princípios da prevenção e da precaução instrumentos facilitadores deste processo.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

Embora seja possível que o termo “desenvolvimento” assuma contornos próprios em cada segmento da sociedade, constata-se que sempre estará relacionado à ideia de progresso, avanços ou melhorias. Especificamente no campo econômico, a discussão acerca do vocábulo e seu significado social possibilitou várias construções conceituais e filosóficas, inspirando discussões em diversos segmentos correlacionados, sobretudo, devido a representatividade que a economia tem na sociedade hodierna (VITOR, 2015, p. 03).

Também é possível destacar a atenção da ciência do direito em questões relacionadas ao desenvolvimento. Tendo em vista que esta apresenta uma preocupação natural com os fatores sociais, não impressiona constatar sua especial dedicação aos instrumentos jurídicos que promovem o desenvolvimento. Contudo, não vale esquecer que a abordagem jurídica do conceito de desenvolvimento tem suas origens no âmbito econômico.

Sendo assim, é relevante considerar as bases em que se assentam o pensamento econômico acerca do desenvolvimento. Sob esta ótica, o desenvolvimento sempre esteve relacionado ao crescimento econômico, de modo que um é sinônimo do outro. Procurando demonstrar o motivo de tal associação, Veiga (2010, p. 18-19) destaca que até os anos 1960, não se sentia a necessidade de distinguir desenvolvimento e crescimento econômico, já que as poucas nações desenvolvidas que existiam se tornaram ricas por meio da industrialização, enquanto os países subdesenvolvidos eram pobres e ainda não haviam passado por tal processo.

Neste sentido, é bastante importante o vínculo entre direito e desenvolvimento, considerando que o sistema jurídico de um país poderá usar os instrumentos de que dispõe para orientar seu desenvolvimento, identificando as falhas que a simples importação e aplicação da ideia econômica de desenvolvimento podem causar ao seu alcance. Inclusive, atualmente é possível constatar o empenho dos países desenvolvidos para que se concretizem reformas jurídicas nos países em desenvolvimento, reafirmando a influência do direito sobre o processo de desenvolvimento (DAVIS; TREBILOCOCK, 2009, p. 219).

Acerca da possibilidade de distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico, experiências em diversos países, notadamente no século XX, demonstraram que não ocorre essa correspondência. Tais experiências estão baseadas na constatação de que países, passando por processos de desenvolvimento, tiveram forte crescimento de suas economias, mas não houve melhoria na qualidade de vida de seus cidadãos.

A experiência ocorrida no Brasil revela que o crescimento econômico foi impulsionado pelos interesses da elite, que apenas tinham em vista a manutenção de seus interesses e privilégios, sem valorizar quaisquer interesses sociais. Neste sentido, o crescimento econômico brasileiro esteve associado a um processo neoliberal, servindo para demonstrar que crescimento econômico não é sinônimo de desenvolvimento, considerando que, embora o fortalecimento da economia possibilitasse uma melhoria homogênea na qualidade de vida da população, este fim se tornaria dependente da acumulação de riquezas e do avanço tecnológico (VITOR, 2015, p. 04).

Percebendo que diversas outras nações semi-industrializadas passaram pela mesma experiência, notadamente na década de 1950, as evidências de que o intenso crescimento econômico não conduzia necessariamente ao maior acesso da população de baixa renda a bens culturais e materiais foram as principais responsáveis por demonstrar que desenvolvimento e crescimento econômico não são sinônimos, suscitando um debate internacional acerca do sentido daquele (VEIGA, 2010, p. 19).

Distinguindo crescimento e desenvolvimento, Furtado (2004, p. 484) aponta que o crescimento econômico se fundamenta na preservação do privilégio das elites que satisfazem o seu interesse de modernização. Para ele, por outro lado, o desenvolvimento pressupõe um projeto social subjacente, que não é sinônimo de ter recursos para investir, mas consiste na disposição de preparar um melhor futuro para a maioria da população, priorizando a efetiva melhoria das condições de vida da população.

Grau (2007, p. 216), por sua vez, também defende que desenvolvimento e crescimento econômico estão associados, tendo em vista que este faz parte daquele, mas não se confundem. Para o citado autor, a ideia de desenvolvimento implica em dinâmicas mutações e obriga a que

se realize, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a uma mudança de camadas da população de um estrato social para a outra, seguido da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual e comunitário.

Quanto à literatura econômica dominante, duas correntes merecem ser consideradas, quanto à análise do desenvolvimento: a do novo institucionalismo e a que destaca valores e questões relacionadas à pobreza. A primeira destas correntes põe em relevo a influência das instituições no desenvolvimento da sociedade, demonstrando que sua evolução histórica, ou crescimento de longo prazo, encontra condicionamento na formação das instituições, bem como em suas evoluções. Sendo assim, analisa as maneiras pelas quais as instituições interferem nos comportamentos econômicos e sugere que o modelo de instituição deve estar baseado na diminuição dos custos de informação e transação, de modo que permaneça vinculado ao ambiente que ocasionou sua formação econômica (COUTINHO, BARACHO, 2013, p. 152-153). Já a segunda corrente vincula o desenvolvimento à liberdade, entendendo que aquele se efetiva por meio da possibilidade de as pessoas desfrutarem de liberdades reais. Destarte, tal corrente defende que o desenvolvimento é alcançado, exemplificativamente, quando são removidas a pobreza, a tirania, a falta de oportunidades econômicas, a excessiva interferência repressiva estatal e a falta de zelo dos agentes públicos no exercício de suas funções (COUTINHO, BARACHO, 2013, p. 153). Em outras palavras, esta corrente que analisa o desenvolvimento acredita que além do crescimento econômico, outros valores também lhe são necessários, especialmente valores éticos.

De acordo com Sachs (2009), o desenvolvimento deve ser visto como o alcance, por toda a população, de direitos plenos de cidadania. Nesta perspectiva, às gerações presentes e futuras devem ser oferecidas condições de acesso à cidadania, o que implica na necessidade de sustentabilidade dos setores que, juntos, conduzem ao desenvolvimento.

Quanto à concepção de desenvolvimento elaborada por Sen (2007, p. 51-52), a qual notadamente valoriza uma visão ética do desenvolvimento, eis algumas de suas palavras:

Ver o desenvolvimento a partir das liberdades substantivas das pessoas tem implicações muito abrangentes para nossa compreensão do processo de desenvolvimento e também para os modos de promovê-lo. Na perspectiva avaliatória, isso envolve a necessidade de aquilatar os requisitos de desenvolvimento com base na remoção das privações de liberdades que podem afligir os membros da sociedade. O processo de desenvolvimento, nessa visão, não difere em essência da história do triunfo sobre essas privações de liberdade. Embora essa história não seja de modo algum desvinculada do processo de crescimento econômico e de acumulação de capital físico e humano, seu alcance e abrangência vão muito além dessas variáveis.

Sendo assim, percebe-se que esta última corrente da literatura econômica, que a destaca a superação da pobreza como um dos fatores que deve ser levado em conta para aferir o desenvolvimento, é marcadamente mais equilibrada e aproximada da ética. Destarte, a compreensão do processo de desenvolvimento passa a se distanciar dos fundamentos que a esfera econômica havia lhe dado, sendo visto como instrumento à serviço do bem-estar dos seres humanos.

Passou-se a assimilar que o desenvolvimento deve estar associado à garantia da mais ampla inclusão social possível, para o que se faz imprescindível o autoconhecimento da sociedade, permitindo a identificação de princípios e valores que, controlando a esfera econômica, conduzam a uma democracia econômica (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 32). Sendo assim, a economia passou a ser vista como mais um instrumento a ser utilizado para a satisfação do ser humano, assim como também devem ser as estruturas sociais, os aspectos culturais e a aplicação dos recursos estatais.

Portanto, as necessidades humanas foram consideradas as principais orientadoras do processo de desenvolvimento. O aumento de indicadores do nível de acesso à educação e à saúde básica, bem como a diminuição do índice de mortalidade infantil e a melhoria dos demais índices do nível de vida receberam valorização incomparável perante índices de aumento de renda.

Tavares (2011, p. 63) elaborou um conceito de desenvolvimento que traduz bem a nova visão deste processo, uma vez que realça que o avanço econômico desacompanhado do desenvolvimento do cidadão terá pouco significado. De acordo com o autor, o desenvolvimento do Estado passa, necessariamente, pelo desenvolvimento do homem e de seus direitos fundamentais.

Neste sentido, Bercovici (2005, p. 53) diferencia desenvolvimento e modernização, destacando que aquele somente é alcançado quando ocorre uma transformação nas estruturas sociais e econômicas, através de uma política deliberada de desenvolvimento que, além de garantir o desenvolvimento econômico, garanta o desenvolvimento social, sem o que se estará diante, apenas, de um processo de modernização.

Destarte, a discussão acerca da sustentabilidade se torna imprescindível em meio à análise do processo de desenvolvimento. Sendo este concebido como instrumento que deve conduzir à valorização humana, a necessidade de associar o crescimento da sociedade ao seu desenvolvimento implica na preocupação com a sustentabilidade do processo de crescimento econômico.

A evidência de que a sustentabilidade faz parte do desenvolvimento encontra fundamento na nova visão multidimensional deste, com destaque para a abordagem ecológica que passou a compreender. As antigas concepções de desenvolvimento se tornaram ultrapassadas através da constatação de que a sustentabilidade ambiental deve fazer parte do crescimento e da melhoria da qualidade de vida, partindo do pressuposto de que as pressões suportadas pela biosfera estão prejudicando o desenvolvimento e as condições de vida humanas (VEIGA, 2010).

Em suma, a ideia de desenvolvimento pautado na sustentabilidade visa deixar claro o vínculo que deve existir entre crescimento econômico e meio ambiente. Veiga aponta que o surgimento da expressão “desenvolvimento sustentável” remonta ao debate, principalmente americano, acerca da possibilidade de uma explosão demográfica, associada ao perigo da eclosão de uma guerra nuclear ou precipitação decorrente da realização destes tipos de testes (VEIGA, 2010, p. 114). De acordo com o autor, este debate, ocorrido na década de 1960, repercutiu na polarização do “crescimento econômico” *versus* “preservação ambiental”.

Portanto, a expressão “desenvolvimento sustentável” passou a substituir a terminologia “ecodesenvolvimento”, utilizada na década de 1970 (VITOR, 2015, p. 05). O desenvolvimento assentado na sustentabilidade deve conciliar a eficiência (evidência de ser economicamente sustentado) com a inclusão (evidência de ser socialmente desejável) e o equilíbrio (evidência de ser ecologicamente prudente).

Assimilando a noção de desenvolvimento sustentável, a questão do meio ambiente foi definitivamente incluída na agenda internacional pela Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, em 1972. Além disso, percebe-se a consolidação de um intenso processo de legitimação e institucionalização normativa do termo “desenvolvimento sustentável”.

O início desse processo, de acordo com Veiga (2010, p. 113), remonta ao ano de 1987. Neste, a presidente da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, Gro Harlem Brundtland, afirmou, diante da Assembleia Geral da ONU, que o desenvolvimento sustentável é caracterizado como um “conceito político”, além de um “conceito amplo para o progresso econômico e social”.

Sendo assim, a noção de desenvolvimento sustentável é imprescindível à constatação de que o crescimento econômico é capaz de conduzir à melhoria do bem-estar humano. Esta ideia – que aduz à nova concepção de desenvolvimento – deixa claro que o crescimento econômico de um país deve ser cuidadosamente orientado para que não interfira no equilíbrio ecológico, o qual, indiscutivelmente, também é instrumento participante do processo de desenvolvimento, e, inclusive, do desenvolvimento social.

2 DESENVOLVIMENTO E DIREITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO

A nova concepção de desenvolvimento, marcadamente assentada nas ideias de que o bem-estar humano é sua principal diretriz e de que o crescimento econômico se revela como apenas uma de suas facetas, é perfeitamente compatível com a valorização do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado. Na verdade, aquela concepção não somente se compatibiliza com este, como também exige sua valorização.

A evidência desta relação, que coloca a noção de desenvolvimento e o direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado em polos próximos, pode ser vista considerando os elementos que caracterizam o referido direito fundamental. Observando as diretrizes que o orienta, percebe-se que além de merecer a máxima proteção pelo sistema jurídico do país, o direito ao equilíbrio do meio ambiente laboral deve fazer parte do projeto desenvolvimentista efetivamente assumido pelo Estado.

Portanto, a ideia de desenvolvimento deve fazer parte do conjunto de elementos que compõem o meio ambiente laboral. Como salientam Oliveira e Oliveira (2012, p. 150), o ambiente laboral não deve conferir ao trabalhador tão somente uma defesa frente aos riscos físicos ou químicos, mas também uma tutela social, oportunizando sua inserção na sociedade.

Sendo assim, é importante destacar que o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado se traduz pela garantia de condições mínimas que assegurem qualidade de vida razoável ao trabalhador (PADILHA, 2002, p. 41). Neste sentido, suscita condições dignas de trabalho em tudo aquilo que esteja relacionado ao ambiente onde o empregado exerce seu labor, envolvendo todo o complexo de bens materiais e imateriais que fazem parte do processo produtivo desenvolvido pelo homem. Demonstrando a complexidade de elementos que fazem parte do meio ambiente laboral – a qual, necessariamente, deve estar caracterizada pelo atributo do “equilíbrio”, sob pena de não se adequar ao postulado do desenvolvimento –, Nascimento (1999, p. 583) destaca que o meio ambiente do trabalho compreende o conjunto de todos os equipamentos de trabalho e instalações nas quais o obreiro laboral, que formam o complexo máquina-trabalho.

Fazendo referência ao complexo de elementos que compõem o meio ambiente do trabalho, a doutrina aponta que aquele corresponde ao conjunto de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, sobre os quais incidem direitos subjetivos privados, e direitos invioláveis de saúde e de integridade física dos trabalhadores que interagem no referido espaço laboral (SILVA, J., 1995, p. 05).

No mesmo sentido, Rocha (1997, p. 30) destaca que a ambiência onde se desenvolvem as atividades do trabalho humano ultrapassa os limites do espaço da fábrica ou empresa, englobando uma série de elementos, além do trabalhador. Por isso, considera como tal o espaço no qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano, não se limitando ao empregado, mas dizendo respeito também a todo trabalhador que cede a sua mão-de-obra para o processo produtivo, tendo ele vínculo empregatício ou não. Tal ampliação das fronteiras do ambiente de trabalho

para abranger, tanto o trabalhador subordinado, quanto o que não possui subordinação, atende às modificações por que passa o trabalho, pelo que o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou qualquer outro ambiente urbano no qual o trabalho aconteça.

Também vale salientar a definição de meio ambiente do trabalho equilibrado elaborada por Fiorillo (2000, p. 21), que evidencia a necessidade de que esse micro ambiente seja organizado de modo a garantir a salubridade do meio e a ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam.

Em vista de tais considerações acerca do meio ambiente do trabalho, percebe-se que sua definição já demonstra a necessidade de que esteja em consonância com a ideia de equilíbrio. Considerando que é no ambiente laboral onde o homem passa grande parte de sua vida, tendo como principais objetivos o recebimento da remuneração que assegura sua sobrevivência e o alcance de sua realização profissional, não restam dúvidas de que aquele assume natureza jurídica de direito fundamental.

Seguindo esta lógica, a doutrina aponta que a consagração dos direitos de personalidade deve garantir a dignidade do empregado; para tanto, utilizam as seguintes palavras: “[...] há que se ter e manter a dignidade humana mesmo enquanto se trabalha, pois o trabalho, além de contribuir para o desenvolvimento do negócio, contribui para a sua vida digna. Os direitos de personalidade têm o papel de assegurar a dignidade ao trabalhador.” (GONÇALVES; LOPES, 2013, p. 16). Partindo do pressuposto de que o meio ambiente laboral equilibrado é indispensável para a concretização do direito à vida com qualidade, resta nítida a associação entre a noção de desenvolvimento sustentável e o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

Neste sentido, vale destacar a importância da proteção ao meio ambiente do trabalho, enquanto corolário do processo de desenvolvimento sustentável. Considerando que o fim último deste é o bem-estar humano, e ainda tendo em vista a representatividade do labor para o homem, impõe-se a necessidade de preservação do ambiente em que o trabalho é exercido, bem como de tudo aquilo que é apresentado ao empregado em virtude de seu trabalho. Isto nada mais seria do que o atendimento ao necessário apelo do ser humano enquanto figura principal do processo de desenvolvimento sustentável, que almeja a possibilidade de ter uma vida profissional que lhe assegure nada mais do que condições propícias ao alcance daquilo que seu trabalho deve lhe proporcionar, notadamente condições de livremente exercer seu labor e, então, gozar de satisfação profissional.

O fundamento de que o meio ambiente laboral equilibrado faz parte do processo de desenvolvimento também pode ser percebido, com clareza, quando se constata que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado merece ser interpretado de forma ampla, abrangendo o meio ambiente laboral.

Amparando-se na diretriz de que o meio ambiente saudável é um dos pressupostos para a efetivação do direito à vida, o legislador constituinte brasileiro assimilou a ideia contida na Declaração do Meio Ambiente, fruto da Conferência de Estocolmo de 1972, e consagrou o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, na Constituição Federal de 1988 (COSTA, 2013). Ao fazê-lo, sobretudo no momento em que utiliza a expressão “sadia qualidade de vida” (art. 225, caput, CF/88), o constituinte pátrio demonstrou preocupação com a vida humana, procurando instrumentalizar o meio ambiente para o alcance de condições de vida humana satisfatórias.

Assim, resta claro que o meio ambiente merece ser tutelado sob todos os aspectos que favoreçam à sadia qualidade de vida, sendo a conotação ecológica apenas um deles. O meio

ambiente laboral, por sua vez, também é importante faceta da vida do homem, revelando-se como um elemento que indubitavelmente influencia nas condições de vida humana. Como consequência, resta a conclusão de que o meio ambiente do trabalho está abrangido pela conotação de direito fundamental conferida ao meio ambiente em geral. E mais: sua proteção, enquanto direito fundamental, coaduna perfeitamente com a noção de desenvolvimento sustentável, sendo este um fundamento decisivo para sua inclusão na concepção de meio ambiente equilibrado e merecedor da máxima proteção constitucional.

Como a Carta Magna brasileira tutela a dignidade e o bem-estar para que se concretize a sadia qualidade de vida, seria impensável pressupor que o meio ambiente – enquanto interação entre os seres vivos e o seu meio, merecendo destaque a relação do homem com o meio ambiente, de diversas formas – que se procura preservar é exclusivamente o natural. Perseguindo a intenção do constituinte, constata-se que visava à preservação da qualidade de vida em quaisquer das manifestações da interação entre o homem e o meio, podendo este ser qualificado como natural, cultural, artificial ou do trabalho.

Por isso, sob pena de se desviar do objetivo buscado pela Constituição Federal, bem como focando no que interessa ao nosso trabalho, destaca-se que não há razões para defender que o meio ambiente do trabalho não está incluído no conceito de meio ambiente equilibrado, consagrado como direito fundamental de todos.

Ademais, esta é mais uma faceta do processo de desenvolvimento sustentável, que, por sua vez, visa à canalização de todos os instrumentos para a garantia do bem-estar humano. Seria impossível alcançar a qualidade de vida se não houvesse a qualidade de trabalho (OLIVEIRA, 1998). Destarte, também não seria possível atingir um meio ambiente equilibrado e sustentável se o meio ambiente do trabalho restasse ignorado.

Isso porque o trabalho, como valor social, assume papel relevante no contexto constitucional. No texto do art. 1º, IV, assume o caráter de fundamento da República Federativa do Brasil. No art. 170, *caput*, erige-se como um dos fundamentos da ordem econômica, ao lado da livre iniciativa, cuja finalidade é assegurar a todos os indivíduos existência digna. No texto do art. 193, aparece como primado da ordem social.

Disso decorre que, sob o prisma da ordem econômica, o trabalho figura como um instrumento produtor de riquezas, que se expressa através da relação de emprego e de trabalho, por meio das quais ao correspondente dispêndio de força laborativa deve equivaler uma retribuição, que funciona como um dos eixos que viabilizam o desenvolvimento econômico da nação (RODRIGUES, 2003, p. 12). Sob o viés da ordem social, o trabalho aparece como um dos instrumentos para a concretização de uma ordem social justa e solidária, o que pressupõe que se busque por completo o trabalho, tanto pelos poderes constituídos, como também, e, principalmente, pela sociedade (FINATI, 1996, p. 28). Tudo isso com vistas a garantir que o trabalho seja, tanto do ponto de vista social, quanto sob o prisma jurídico, um elemento viabilizador da dignidade humana e do desenvolvimento social, que jamais poderão ser concretizados em desrespeito à integridade dos trabalhadores e da sociedade em geral.

3 MEIO AMBIENTE LABORAL EQUILIBRADO DE PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA À SERVIÇO DO DESENVOLVIMENTO

O meio ambiente do trabalho onde são operadas a produção e distribuição da energia se revela, dentre outras caracterizações possíveis, como um instrumento que permite que o homem desfrute de um dos bens imprescindíveis à sua qualidade de vida e regular desenvolvimento de

suas atividades cotidianas. Sendo assim, diante da significativa representação que tem para a vida humana – sobretudo ao considerar que o citado meio ambiente diz respeito ao complexo máquina-trabalho que torna possíveis as atividades de produção e distribuição do bem energético –, merece ser cuidadosamente preservado.

Estando inserido na conotação de meio ambiente laboral, constata-se que o meio ambiente do trabalho ora especificado é merecedor da qualificação de direito fundamental. Salienta-se, em acréscimo, que inúmeras razões tornam tal caracterização realmente merecida, assentadas na ideia de que além de oferecer ao homem a oportunidade de se realizar profissionalmente e perceber remuneração, o referido meio ambiente laboral é capaz de lhe oferecer um bem precioso.

É indiscutível a dependência que o homem moderno apresenta da energia, bem como que sofreria bastante – seja no âmbito doméstico, cultural, profissional, científico ou em qualquer outro – se não mais pudesse dela usufruir. Diante disto, é notória sua relação com o processo de desenvolvimento, já que apresenta significativa importância para uma boa qualidade de vida humana.

Neste sentido, a relação entre o equilíbrio do meio ambiente produtor e distribuidor de energia e o desenvolvimento pode ser evidenciada, de forma concreta, sobretudo, através da análise de indicadores relativos a condições sociais. Neste sentido, oportunas são as palavras de Goldemberg (1998, p. 01):

ENERGIA É um ingrediente essencial para o desenvolvimento, que é uma das aspirações fundamentais da população dos países da América Latina, Ásia e África. O consumo de energia *per capita* pode ser usado como um indicador da importância dos problemas que afetam estes países, onde se encontram 70% da população mundial. Nos países em desenvolvimento mais pobres: a expectativa de vida é 30% menor; a mortalidade infantil, superior a 60 por 1000 nascimentos, é inferior a 20 nos países industrializados; analfabetismo supera a taxa de 20%; número médio de filhos é maior do que dois em cada família e a população está crescendo rapidamente; nos países industrializados, ele é igual a dois, que é justamente o necessário para manter o equilíbrio populacional. Na maioria dos países, nos quais o consumo de energia comercial *per capita* está abaixo de uma tonelada equivalente de petróleo (TEP) por ano, as taxas de analfabetismo, mortalidade infantil e fertilidade total são altas, enquanto a expectativa de vida é baixa. Ultrapassar a barreira 1 TEP/*capita* parece ser, portanto, essencial para o desenvolvimento. À medida em que o consumo de energia comercial *per capita* aumenta para valores acima de 2 TEP (ou mais), como é o caso dos países desenvolvidos, as condições sociais melhoram consideravelmente. O consumo médio *per capita* nos países industrializados da União Européia é de 3.22 TEP/*capita*; a média mundial é de 1.66 TEP/*capita*.

A energia exerce um papel instrumental no processo de desenvolvimento social e humano. Representa um elemento capaz de impulsionar atividades básicas e necessárias à sobrevivência e ao bem estar do homem, viabilizando a efetivação de condições que promovem o seu crescimento individual e coletivo. Seja para coisas simples – como preparar alimentos – seja para atividades bastante complexas – como auxiliar na fabricação de um meio de transporte que se locomova no espaço aéreo e transporta pessoas e objetos –, o homem utiliza a energia. Em outras palavras, a impossibilidade do desfrute deste bem inviabilizaria atividades que o ser humano exerce cotidianamente e que se tornaram indispensáveis para sua qualidade de vida.

Sendo assim, percebe-se que a efetivação do direito ao equilibrado meio ambiente laboral produtor e distribuidor de energia se compatibiliza com a ideia de desenvolvimento sustentável. Imperioso asseverar, ainda, que isto não somente é constatado sob o ponto de vista dos operários que laboram no setor e merecem gozar de condições dignas de trabalho, mas também sob o ponto de vista da população em geral, que tem a oportunidade de usufruir do bem produzido no espaço laboral respectivo.

Especificamente no que tange aos perigos e riscos aos quais os profissionais do ramo de geração e distribuição de energia estão expostos, merece revelo o quanto estão sujeitos a lesões e doenças ocupacionais, com destaque para as consequentes de atividades repetitivas, da exposição a ambiente perigoso e/ou insalubre, ou mesmo da sujeição a campos eletromagnéticos – especificamente quanto aos operários dos setores de produção e distribuição da energia elétrica. Além disso, deve-se levar em consideração que a excessiva autoconfiança dos respectivos profissionais representa fator que maximiza o risco de sofrerem lesões e doenças ocupacionais em virtude das atividades profissionais por eles desenvolvidas.

Com efeito, deve-se conjugar o fato de que o labor associado ao bem energético – especificamente à energia elétrica – é naturalmente uma ocasião que oferece riscos à vida e integridade física dos seus operários à constatação de que o excesso de autoconfiança, ou mesmo o desconhecimento de onde está a eletricidade, tornam a enfocada atividade laborativa um mecanismo que denota elevado risco à saúde e vida humanas. Exemplificadamente, o uso de equipamentos e materiais de proteção inadequados, o labor desenvolvido em meio a instalações desatentas às normas de segurança e proteção, ou mesmo falhas e desgastes no maquinário utilizado podem causar incêndios; além disso, o contato indevido com partes energizadas permite que a corrente elétrica percorra o corpo humano e cause queimaduras, internas ou externas, bem como lesões físicas e traumas psicológicos (SILVA, M., 2012, p. 01).

Em vista disso, a seção da medicina do trabalho dedicada à saúde do empregado (então conhecida por Segurança do Trabalho) dispensa cautelosa preocupação com o labor daqueles que são responsáveis profissionalmente pela produção e distribuição de energia, especificamente da eletricidade. A edição da NR-10 é uma demonstração das referidas preocupação e cautela, ao mesmo tempo em que merece sua breve análise, especialmente para constatar as doenças e lesões ocupacionais que reconhece serem passíveis de acometer o operariado do ramo energético (ROZA FILHO, 2012, p. 45).

Pela sua leitura, percebe-se que a intensidade da corrente elétrica contactada, o caminho percorrido pela eletricidade ao longo do corpo e a duração do choque são decisivos para determinar os possíveis males que o empregado sofrerá em sua saúde. Quanto à ocorrência de acidentes, trabalhador acometido por choque elétrico poderá sofrer lesões de quatro naturezas: eletrocução (fatal, sendo comumente provocada por raios e fios de alta tensão, poças d'água, roupas molhadas, umidade elevada ou suor), choque elétrico (causado por corrente elétrica que atravessa o corpo humano, ou mesmo de um animal), queimaduras (sendo mais perigosas em corpos molhados) e quedas provocadas pelo choque (SILVA, M., 2012, p. 01).

Por outro lado, lesões e doenças ocupacionais também podem ser provocadas no ambiente laboral produtor e distribuidor da energia, sem que tenham ocorrido quaisquer acidentes de trabalho (ROZA FILHO, 2012, p. 64). Desse modo, pela leitura da NR-10, denota-se que a utilidade do bem energético não deve ser entendido como pressuposto para sua geração e distribuição a qualquer custo, notadamente ao evidenciar que detém a potencialidade de prejudicar a coagulação do sangue, provocar queimaduras de até terceiro grau, lesão nos nervos, contração muscular e reação nervosa de estremecimento (sensação de choque), a qual pode resultar na queda do indivíduo (de uma escada, árvore ou muro, por exemplo) ou contato com equipamentos perigosos. (SILVA, M., 2012, p. 01)

Portanto, levando em consideração a possibilidade de que o labor relacionado às atividades de produção e distribuição de energia, sobretudo elétrica, pode causar revezes à saúde do homem, inclusive levando-o a óbito, a NR-10 não se limitou a elencar os riscos que oferece, mas também previu mecanismos atinentes ao seu combate. Nesse sentido, destaca a técnica do aterramento e dicas básicas de segurança, tais como correspondência entre valor do disjuntor ou

fuzível e a fiação; tamanho da bitola para circuito de lâmpadas; cuidados com quadros de luz e com o fio terra dos aparelhos. (SILVA, M., 2012, p. 01)

Ainda no tocante à constatação e prevenção dos riscos oferecidos ao operário do setor energético, cabe mencionar que o âmbito jurídico brasileiro, como um todo, os reconhece, não se limitando ao campo legislativo. Exemplo disso pode ser visto na órbita jurisprudencial através de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), datada de 08 de junho de 2016, por meio da qual a referida Corte reconheceu que campos eletromagnéticos afetam a saúde da população, merecendo ter suas dimensões limitadas. Em vista disso, por meio de solução dotada de repercussão geral, ficou estabelecido que devem ser adotados os padrões propostos pela OMS, enquanto não houver certeza científica acerca dos efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, gerados por sistemas de energia elétrica. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 01)

Percebe-se, pois, que o segmento de distribuição de energia é diferente de qualquer outro, requerendo cuidados especiais. Não obstante, os perigos não atingem apenas aos trabalhadores deste segmento, mas qualquer pessoa que tenha contato com eletricidade, ou seja, todos os usuários também estão sujeitos a acidentes (OLIVEIRA; VEIGA, 2013, p. 94). Noutros termos, o dano sucedido no ambiente de trabalho produtor e distribuidor de energia não repercute apenas no espaço produtivo da empresa, mas pode ir além gerando também consequências danosas para os próprios consumidores.

Torna-se evidente o caráter difuso do direito ao meio ambiente equilibrado, notadamente do ambiente laboral que comanda a produção e distribuição de energia. Ainda que empregados que trabalhem nestes locais, consumidores de energia das presentes gerações, bem como consumidores de energia das futuras gerações se destaquem como destinatários do referido direito difuso, é evidente que toda a coletividade – atual e futura – anseia e depende de um meio ambiente laboral produtor e distribuidor de energia marcadamente equilibrado, já que este não influi somente nestas atividades relativas ao mencionado bem, mas na qualidade do meio ambiente em geral, o qual lhe representa qualidade de vida.

As práticas difundidas na empresa, além de proporcionar um ambiente de trabalho melhor, tem o objetivo de serem absorvidas pelas pessoas, para serem praticadas, também, fora do local de trabalho, quer sejam por empregados próprios ou terceirizados, proporcionando o bem-estar da família, multiplicando-se para toda a sociedade (OLIVEIRA; VEIGA, 2013, p. 94).

Partindo desse pressuposto e constatando que o meio ambiente laboral exerce significativa importância para o homem individualmente considerado, bem como para a coletividade em geral, seu pleno desenvolvimento exige a dignidade das condições sob as quais trabalha. Grande razão assiste, portanto, a um forte empenho para a efetivação do equilíbrio no ambiente de trabalho que produz e distribui energia, tendo em vista a evidente repercussão das condições a ele relativas sobre a população em geral, mormente, quando se analisa que o ambiente de trabalho daqueles que laboram nesse tipo de atividade pode se dar no próprio meio social em que se encontra o beneficiário do serviço.

Como se não bastasse a influência que exercem sobre a saúde do empregado, bem como sobre sua convivência familiar e negócios de seu empregador, os elementos que fazem parte do meio ambiente laboral que produz e distribui energia elétrica repercutem diretamente sobre uma infinidade de outras situações e pessoas. Dentre essas, é possível destacar a multidão de pessoas que usufruem da energia, e certamente serão afetadas pela interrupção ou queda de seu fornecimento, ou mesmo pelas notícias de que sua produção e distribuição estão ocorrendo de maneira prejudicial ao meio ambiente ou aos operários.

A essencialidade de tais atividades de produção e distribuição de energia corrobora a ideia de que o ambiente de trabalho onde são exercidas deve gozar de equilíbrio, bem como que a coletividade em geral é merecedora do direito ao referido meio ambiente laboral equilibrado. Tal fato se evidencia na própria legislação infraconstitucional pátria, que, por meio do art. 10 da Lei 7.783/89 (Lei de Greve), reconheceu o caráter essencial da produção e distribuição de energia elétrica, que por interpretação extensiva, resulta no entendimento de que a produção e distribuição de qualquer fonte energética devem ser consideradas serviços essenciais.

Em vista disso, não restam quaisquer dúvidas acerca da relação entre o meio ambiente de trabalho que produz e distribui energia marcadamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável, tanto sob a perspectiva ecológica, quanto humana, que abrange não apenas os trabalhadores, mas também a sociedade consumidora. Tendo em vista que aquele é corolário do direito à vida, já que a dignidade laboral é uma das facetas deste, a efetivação do direito ao equilíbrio do meio ambiente de trabalho responsável pela produção e distribuição da energia contribui para a qualidade de vida de uma vasta coletividade de pessoas, compatibilizando com o pleno desenvolvimento humano e social.

4 NECESSIDADE DE CONJUGAÇÃO DE ESFORÇOS PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL RESPONSÁVEL PELA PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA: IMPLICAÇÃO DE SUA NATUREZA DIFUSA

O legislador brasileiro, infraconstitucional e constitucional, procurou estabelecer normas que assegurassem proteção jurídica a este bem também no ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, merece destaque a Lei nº 6.938/1981, que, ao tratar da Política Nacional do Meio Ambiente, visava conferir proteção integral ao meio ambiente, definindo-o em seu art. 3º como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Quanto ao âmbito constitucional, constata-se que a Constituição Federal de 1988 demonstrou atenção relevante para com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, determinando em seu art. 225 que se trata de direito de todos, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, merecendo ser tutelado pelo Poder Público e pela coletividade.

Tendo em conta o caráter difuso do meio ambiente, a prescrição constitucional de que os setores público e privado devem se empenhar para protegê-lo é plenamente compreensível. Destarte, tendo em vista que o meio ambiente laboral faz parte daquele – sendo lá que o homem passa grande parte da sua vida –, com razão merece a conjugação dos esforços de todos para sua preservação.

Seguindo esta lógica, Milhoranza e Jaeger (2015, p. 1) destacam que a Carta Magna de 1988 é a responsável pela inclusão da preocupação com o meio ambiente do trabalho no sistema jurídico, compatibilizando com a ideia de desenvolvimento, aduzindo que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a se preocupar com o tema aqui tratado, incluindo, no sistema jurídico, o meio ambiente de trabalho como um dos aspectos mais importantes do meio ambiente, e recebendo a proteção constitucional adequada. A Magna Carta adotou dois objetos para tutelar a questão ambiental: um imediato que é a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos, e outro mediato que é a saúde, a segurança e o bem-estar do cidadão.

Considerando a relação entre o processo de desenvolvimento e o meio ambiente laboral, destaca-se a necessidade de todos preservarem o ambiente responsável pela produção e distribuição de energia. Tendo em vista que as condições, elementos e situações que lhe dizem respeito apresentam ampla repercussão e podem trazer benefícios para uma vasta quantidade de pessoas (que já vivem e que ainda viverão), bem como para plantas e animais, é indiscutível que todos têm o dever de zelar pela sua integridade.

Empregadores, com grande razão, devem garantir condições de labor compatíveis com a ideia de desenvolvimento humano; contudo, não se deve esquecer que a coletividade em geral e o Poder Público também devem dar suas contribuições. Tendo em vista que o clima no ambiente de trabalho, a potencialidade dos equipamentos utilizados, a degradação dos recursos naturais energéticos, bem como o conforto oferecido aos empregados que lidam com a produção e distribuição de energia são decisivos para o equilíbrio do seu ambiente de labor, a coletividade deve fazer sua parte e, dentre outras coisas, dar sua parcela de contribuição à paralisia, ou mesmo reversão, do aquecimento global, contenção da inflação (possibilitando que os patrões possam optar por máquinas e equipamentos que facilitam o trabalho dos operários, bem como para que possam oferecê-los espaços ou equipamentos que lhes garantam maior conforto) e desperdício de recursos naturais (evitando o labor excessivo).

Além disso, o Poder Público deve se empenhar para garantir normas protetivas do ambiente de trabalho que produz e distribui energia, considerando os desafios que os trabalhadores enfrentam para planejar e operar os equipamentos, bem como a pressão que sofrem para garantir o abastecimento de energia à demanda respectiva; sendo assim, o estabelecimento de sanções aos empregadores que descumprem as prescrições protetivas se torna valioso mecanismo de tutela do referido meio laboral, nas mãos do Poder Público, que pode efetivá-lo ou determinar sua observância pelos instrumentos privados.

Diante disso, sobressai a importância da educação e da conscientização ambientais, enquanto meios aptos a incutir em quaisquer agentes que influenciam na qualidade do meio ambiente laboral – notadamente do que produz e distribui energia – a necessidade de preservá-lo.

A educação ambiental merece ser vista como um importante instrumento para a garantia do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, inclusive, do meio ambiente laboral responsável pela produção e distribuição da energia. Considerando sua capacidade para despertar e formar uma consciência ecológica para o exercício da cidadania, revela-se como uma estratégia plausível para preservar e recuperar as áreas atingidas pela má utilização dos recursos naturais (MASSINE, 2010).

A conscientização ambiental conduz ao entendimento de que, para que se garanta a qualidade de vida, o meio ambiente deve ser tutelado, e com grande razão o meio ambiente laboral, já que é nele onde o ser humano despende grande parte do seu tempo e dedicação. O ambiente do trabalho merece, pois, ser um dos principais alvos dos esforços coletivos para a preservação ambiental.

Destacando que a educação ambiental é necessária para a efetivação de um meio ambiente sustentável, Massine (2010, p. 2757) aponta que deve ser vista como um instrumento essencial para a viabilidade do desenvolvimento pleno, sadio e harmônico, despertando a percepção ambientalista por meio de mudanças nos valores, nas ações, nos pensamentos, nas metodologias e nos hábitos humanos.

Com relação à educação ambiental como fator para a concretização de um meio ambiente de trabalho produtor e distribuidor de energia ecologicamente equilibrado, é importante destacar o papel da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), a quem compete a atribuição

de avaliar os riscos laborais internos da empresa e informar os trabalhadores, como também atuar junto ao empregador requerendo uma política preventiva eficaz, que contemple não apenas os colaboradores da unidade produtiva, mas também a sociedade como um todo.

Além disso, saliente-se que os esforços coletivos para a preservação do ambiente laboral que produz e distribui o referido bem essencial coadunam com os princípios da precaução e da prevenção. Ambos buscam evitar que o dano ocorra, imprimindo uma nova interpretação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (o qual dita que nenhuma ameaça ou lesão a direito será desamparada pelo Poder Judiciário), no sentido de valorizar a não efetivação do dano mais do que sua reparação. Considere-se, todavia, que se diferenciam na medida em que enquanto o princípio da prevenção procura evitar ou corrigir danos previsíveis, o princípio da precaução visa evitar o dano ainda imprevisível, por meio de adoção de medidas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e geral (GEMIGNANI; GEMIGNANI, 2012).

Pode-se constatar a complementaridade entre os referidos princípios, sobretudo, quando se procura prevenir a ocorrência de danos no ambiente de trabalho, em razão de que se passa a analisar se os riscos nele presentes são conhecidos ou não. Nesse sentido, Gonçalves (2014, p. 10) aponta que, primeiramente, deve-se averiguar a existências de riscos à saúde no meio ambiente do trabalho para então implantar as medidas de prevenção e proteção, por meio das quais se busca eliminar ou minimizar o risco presente no ambiente. Defende a referida doutrina que, quando o risco laboral não é conhecido ou passível de determinação, a solução deve ser colhida no direito ambiental, que soluciona o problema de riscos desconhecidos ou irreversíveis através do princípio da precaução.

Tendo em vista que o meio ambiente laboral relativo à produção e distribuição de energia está permeado de riscos à saúde dos trabalhadores que nele operam, os quais, sem dúvida, repercutem sobre uma infinidade de pessoas direta ou indiretamente dependente do bem que deste ambiente provém, é plenamente necessária a aplicação dos mencionados princípios da precaução e da prevenção no ambiente de labor destacado. A minuciosidade do trabalho lá realizado, contando com equipamentos sofisticados e de operação delicada e dificultosa, bem como com o constante contato com materiais de tecnologia avançada ou aplicação não muito conhecida, demonstram que os serviços de produção e distribuição de energia merecem detida atenção quantos aos riscos que oferecem aos operários e pessoas nele envolvidas.

Gonçalves aponta que a adoção de medidas acautelatórias gerais para obstaculizar riscos imprevisíveis oferecidos pelo meio ambiente – precaução – está relacionada à qualidade de vida futura, fazendo nascer uma relação entre os princípios da precaução e da equidade intergeracional, nos seguintes termos:

Ao se tratar do princípio da precaução a questão intergeracional é intrinsecamente relacionada, pois o objetivo desse princípio é pensar na qualidade de vida futura, tendo como objeto a eliminação de possíveis danos que poderiam ser causados para as gerações futuras, e, além disso, entregar às gerações futuras um meio ambiente da forma em que o recebemos, garantindo as condições mínimas já conquistadas, podendo eles decidirem o que fazer dali em diante, conservando assim as opções, a qualidade e o acesso que formam assim, o chamado *princípio da equidade intergeracional*. (GONÇALVES, 2014, p. 18).

Gemignani e Gemignani (2012, p. 274-275) salientam esse caráter cíclico da defesa ao meio ambiente de trabalho ao destacarem que fomentar a melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um círculo virtuoso em benefício de todos os envolvidos, na medida em que gera vantagens para o empregador, que não perde o tempo e o

dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado; diminui o número de acidentes e doenças profissionais, minimizando gastos previdenciários com auxílio-doença e aposentadorias precoces, assim como evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.

Em vista disso, resta evidente que todos devem se empenhar para garantir o equilíbrio do meio ambiente laboral produtor e distribuidor de energia, tomando a consciência de que este processo é realmente necessário, já que as condições de trabalho, elementos e situações que têm lugar nesse espaço laboral repercutem socialmente para uma grande parcela da população e podem trazer benefícios para uma vasta quantidade de pessoas (que já vivem e que ainda viverão). Sem dúvida, a educação ambiental é um instrumento à serviço da concretização do referido direito, tendo em vista que contribui para a assimilação individual e coletiva de sua importância, seja para as gerações presentes ou para as futuras, assim como para os que laboram diretamente no setor ou para quem sequer tem contato direto com ele. Os princípios da precaução e da prevenção – que ocupam o posto de princípios internacionais do Direito Ambiental – são mecanismos que, assimilados pela coletividade em geral e pelo setor público, devem ser vistos como instrumentos à serviço do equilíbrio no meio ambiente laboral responsável pela produção e distribuição de energia.

CONCLUSÃO

A nova concepção de desenvolvimento exige que a organização do meio ambiente de trabalho esteja dissociada da ideia de crescimento econômico a todo custo e requer que se assegure, antes de qualquer outra pretensão, sua parcela de contribuição para a qualidade de vida dos trabalhadores e demais envolvidos, direta ou indiretamente, na atividade produtiva. Tal concepção se coaduna com a natureza jurídica que foi atribuída ao trabalho no texto da Constituição vigente (art. 1º, IV; art. 170, *caput*; art. 193), que o encara como valor social.

Sendo o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, assegurado tanto no plano internacional como no nacional – e neste, nos seus âmbitos constitucional e infraconstitucional – percebe-se que o primeiro passo para sua observância já foi dado, qual seja, sua positivação. Com relação ao ambiente laboral, é imprescindível que ele seja capaz de assegurar o pleno desenvolvimento humano e social, tanto dos trabalhadores, quanto da coletividade em geral.

Da mesma forma deve ocorrer com relação ao meio ambiente de trabalho responsável pela produção e distribuição de energia. O bem que dele provém é indiscutivelmente essencial para a qualidade de vida do homem, que dele passou a depender, utilizando-o em diversas atividades que fazem parte do seu cotidiano.

Contudo, não somente a essencialidade da energia demonstra a relação entre o processo de desenvolvimento e o meio ambiente laboral que a produz e distribui. Há que se considerar que no referido ambiente os sujeitos implicados no processo de produção e distribuição merecem toda a proteção jurídica atinente aos direitos sociais, humanos, ou mesmo relativa às disposições trabalhistas que garantem segurança e dignidade no âmbito laboral. Além disso, convém destacar a repercussão social, ambiental e cultural proveniente das condições sob as quais ocorre a produção e a distribuição de energia, mormente, quando se analisa que as atividades dos trabalhadores desse setor, ou seja, o seu ambiente laboral, pode ser, inclusive, a casa do consumidor de energia ou o espaço geográfico onde ele vive, o que implica dizer que o próprio usuário pode figurar como um interveniente direto desse ambiente de trabalho específico.

Como decorrência do nítido caráter difuso do meio ambiente onde são realizadas tais atividades, muitas pessoas podem sentir os reflexos da diminuição ou suspensão da produção ou distribuição energética em virtude de más condições laborais, ou mesmo do esgotamento das matérias primas lá utilizadas, em virtude de desperdícios no processo produtivo. Também pode haver um forte impacto no consumo de energia, caso as condições de trabalho dos colaboradores do setor não sejam adequadas e tal fato se torne conhecido socialmente. Também é imperioso levar em conta a repercussão social que poderá acontecer caso chegue ao conhecimento público que o processo realizado nesse ambiente degrada os recursos ambientais, ao ponto de provocar sua escassez em um futuro próximo.

As práticas utilizadas dentro da unidade produtiva que produz e distribui energia devem ser pensadas e planejadas para garantir, em primeiro lugar, o desenvolvimento integral do trabalhador desse setor, mas devem, também, contemplar a sociedade como um todo que deve ser conscientizada dos riscos que giram em torno da utilização desse bem essencial, como também da necessidade de preservação das fontes energéticas. Tudo isso para estabelecer uma responsabilização social, que começa dentro da empresa, através da CIPA, e deve continuar fora dela, junto à sociedade civil, a quem compete preservar as fontes energéticas, fiscalizar o cumprimento das normas de proteção que devem ser implementadas no ambiente de trabalho e daquelas normas que devem ser levadas a cabo pelo empresário fora da empresa para proteger o destinatário do produto de eventuais acidentes, que podem repercutir tanto do ponto de vista do ambiente natural, como também no âmbito laboral.

A conjugação de esforços para adequar as práticas do meio ambiente de trabalho produtor e distribuidor de energia a um projeto que garanta o desenvolvimento humano e social, em especial, do trabalhador, mas que alcance, de forma geral, toda a coletividade, deve ser a tônica perseguida pelo setor, que deve ser fiscalizado tanto pelos particulares, quanto pelo Poder Público.

O caminho para a concretização desse objetivo é a educação ambiental, atribuindo à sociedade e aos indivíduos separadamente considerados uma parcela da responsabilidade de proteger o ambiente produtor e distribuidor de energia, o que se coaduna com a necessidade de prevenção dos riscos ambientais, que, nos termos do art. 225, *caput*, da atual Constituição, figura como uma obrigação do Poder Público e da coletividade conjuntamente, já que o meio ambiente se caracteriza como bem de uso comum do povo.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Cristiane Ramos. **O direito ambiental do trabalho e a insalubridade**: aspectos da proteção jurídica à saúde do trabalhador sob o enfoque dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2013.

COUTINHO, Ana Luísa Celino; BARACHO, Hertha Hurquiza. A efetividade do princípio da capacidade contributiva como requisito para o desenvolvimento fiscal sustentável. In: BASSO, Ana Paula (Org.). **Direito e Desenvolvimento Sustentável**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 149-164.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre lei e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. (Tradução de Pedro Maia Soares). **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5(1), jan./jun.2009, p. 217-268.

FINATI, Cláudio Roberto. O valor social do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 8, 1996, p. 28-39.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. **Revista de Economia Política**, v. 24, nº 4 (96), out./dez.2004, p. 483-486.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente de trabalho: precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. **Revista TST**, Brasília, v. 78, nº 1, jan./mar. 2012, p. 258-280.

GOLDEMBERG, José. Energia e desenvolvimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, v. 12, nº 33, 1998. Disponível em: <<http://bit.ly/1xrS20p>> Acesso em 08/01/2016.

GONÇALVES, Juliana Seawright. Direito fundamental a um meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável: o princípio da precaução e a questão intergeracional. In: MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de; SILVA, Lucas Gonçalves da; BARBATO, Maria Rosaria. (Coords.) **Anais do XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFSC (2010). Direito do trabalho**. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 72-91.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, nº 2, jul./dez. 2013, p.129-145.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MASSINE, Maiara Cristina Lima. Sustentabilidade e educação ambiental – considerações acerca da Política Nacional de educação ambiental. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI/UFC (2010). Direito e educação**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2757-2770.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; JAEGER, Paula. O meio ambiente e o meio ambiente do trabalho: um estudo à luz do direito coletivo laboral no direito brasileiro e no direito comunitário europeu. **Processos coletivos**, v. 6, nº 4, 2015. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net>> Acesso em 08/01/2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual no meio ambiente do trabalho. **Revista LTr**, v. 63, nº 5, maio/1999, p. 583-587. O direito à saúde e segurança no meio ambiente do trabalho.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1998.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros; OLIVEIRA, Daniela Paiva. Meio ambiente do trabalho e novas perspectivas: uma proposta para o desenvolvimento integral do trabalhador. In: COUTINHO, Ana Luisa Celino; BASSO, Ana Paula; CECATO, Maria Áurea Baroni; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (coords.). **Direito, Cidadania e Desenvolvimento**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 149-161.

OLIVEIRA, Maristela; VEIGA, Cristiano Henrique Antonelli da. Segurança e saúde no trabalho em cooperativa de distribuição de energia elétrica: percepção dos colaboradores. **Revista Ação Ergonômica**, v. 8, n. 2, 2013, p. 92-101. Disponível em: <<http://www.abergo.org.br/revista/index.php/ae/issue/view/20>>.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho**: dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

RODRIGUES, Cláudia. A (Des)valorização do trabalho humano pela Justiça do Trabalho. **Jornal Trabalhista**, São Paulo, v. 20, n. 961, 2003, p. 12-13.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Orgs.). **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-62.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SILVA, Müller Fernandes da. Segurança do Trabalho – Eletricidade. 2012. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAG5IAA/seguranca-trabalho-eletricidade?part=2>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Campos eletromagnéticos de linhas de energia devem respeitar padrões da OMS**. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=318457>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

ROZA FILHO, Oswaldo Aristides. **Segurança do trabalho em atividades com energia elétrica**: um estudo baseado na interpretação da responsabilidade jurídica na NR-10. Campina Grande: UEPB, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

VITOR, Rodrigo Ribeiro. A energia eólica e sua relação com o desenvolvimento sustentável no Brasil. In: FEITOSA, Maria Luíza Pereira de Alencar Mayer; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; CLARK, Giovani. (Coords.). **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB**. Direito econômico, energia e desenvolvimento. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 125-147.

Recebido em: 03 abr. 2017.

Aceito em: 26 out. 2017.

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O PROBLEMA DA TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE NO DIREITO PRIVADO GREGO

Tiago Seixas Themudo

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Privado e Relações Sociais do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), titular da cadeira de Antropologia Jurídica à luz do Direito Privado. Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará – UFC.
E-mail: tiagothemudo@hotmail.com

Adriano Pascarelli Agrello

Mestrando em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Professor do Curso de Graduação em Direito da UNI7. Advogado.
E-mail: pascarelliadvogados@hotmail.com

RESUMO: A história do direito confere um lugar marginal ao direito grego clássico, sobretudo no que concerne ao campo do direito privado. A escassez das fontes arqueológicas e históricas, associada a efetiva falta de sistematização de seus códigos e práticas jurídicas, contribuiu para determinar esta posição secundária que a Grécia ocupa na história das instituições jurídicas ocidentais. Contudo, há exceções no campo da historiografia jurídica que lançaram luzes importantes sobre esta herança grega, que conheceu um desenvolvimento importante em várias cidades do período democrático. A escola francesa de história do direito, representada sobretudo pelas pesquisas de Ludovic Beauchet e Louis Gernet, elaborou, ao longo de quase cento e trinta anos, análises e descrições minuciosas das práticas judiciais gregas, inclusive do direito privado. O presente trabalho tem como objetivo analisar o contexto histórico em que se desenvolveu o direito privado grego, explorando seus vínculos com os fundamentos da democracia clássica, assim como suas ressonâncias com o direito moderno e contemporâneo. Mais especificamente, analisaremos a influência do princípio democrático da publicidade nas transferências de propriedade, sobretudo no direito privado ateniense. Para tanto, nos serviremos de fontes históricas clássicas, como a obra do filósofo Teofrasto, bem como de teorias interpretativas da dinâmica histórica que nos permitam compreender as criações específicas do campo do direito à luz das relações sociais e estruturas de poder surgidas na Grécia a partir do séc. VI a.C.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Publicidade; Direito Privado; Propriedade; Grécia.

The principle of publicity and the problem of transfer of property in Greek private law

ABSTRACT: The history of law confers a marginal place on classical Greek law, especially in the field of private law. The scarcity of archaeological and historical sources associated with the actual lack of systematisation of their codes and legal practices has contributed to the determination of this secondary position which Greece occupies in the history of Western legal institutions. However, there are some exceptions in the field of legal historiography that have shed important light on this Greek heritage, which has seen important development in several cities of the democratic period. The French school of history of law, represented mainly by the investigations of Ludovic Beauchet and Louis Gernet, has elaborated for almost a hundred and thirty

years detailed analyzes and descriptions of Greek judicial practices, including private law. The present work aims at analyzing the historical context in which Greek private law was developed, exploring its links with the foundations of classical democracy, as well as its resonance with modern and contemporary law. More specifically, we will analyze the influence of the democratic principle of advertising on property transfers, especially in Athenian private law. For this, we will use classic historical sources, such as the work of the philosopher Theophrastus, as well as interpretative theories of historical dynamics that allow us to understand the specific creations of the field of law in light of the social relations and power structures that emerged in Greece since the Century VI a.C.

KEYWORDS: Democracy; Publicity; Private right; Property; Greece.

INTRODUÇÃO

Há um certo consenso de que nossa tradição jurídica ocidental é herdeira, sobretudo, dos romanos. Apesar da ciência histórica ter consagrado o termo “cultura greco-romana”, a parte que cabe aos gregos na história do direito é efêmera. Quando muito, reconhece-se a importância dos “fundamentos filosóficos” e morais do Estado republicano lançados pelos gregos, sobretudo através das obras de Platão e Aristóteles e do trabalho dos legisladores democráticos, como Sólon e Clístenes. Nesse sentido, a contribuição grega seria muito mais forte no campo das instituições políticas do que no campo das instituições e práticas jurídicas. É como se as instituições e práticas jurídicas fossem tão frágeis e insipientes na Grécia antiga que não teriam força para codificar o direito em outras civilizações. Há ainda quem reconheça uma certa importância da cultura grega na formação do direito público ocidental, reservando aos romanos a criação e desenvolvimento do direito privado.

No entanto, essa situação marginal do direito grego em nossa tradição jurídica parece não ser totalmente adequada. No caso do direito privado, por exemplo, somos herdeiro de todo um vocabulário jurídico criado pelos gregos: sinalagmático, no sentido de recíproco, e quirográfico, escrito à mão, além dos termos anticrese, enfiteuse, hipoteca, parafernais. O problema é que toda influência filológica pressupõe um vínculo das práticas institucionais no interior dos quais estes termos foram elaborados e utilizados.

O presente artigo, escrito no contexto da linha de pesquisa em direito privado, direitos humanos e desenvolvimento, do Programa de Pós-graduação em Direito Privado e Relações Sociais-UNI7, tem como objetivo inicial explorar as fontes históricas que permitem reconstituir o campo do direito privado nas cidades democráticas gregas, em especial, Atenas. Procuraremos analisar a maneira com que a democracia codificou, delineou, definiu o sentido das mais diversas áreas direito privado grego, direito de família, direito de propriedade e direito das obrigações.

Mais especificamente, estudaremos as formas de publicidade, um dos pilares do *sistema da polis* democrática, aplicadas às transferências de propriedade. A exigência legal de tornar público todo e qualquer ato de alienação de propriedade tem como função proteger os interesses de todos aqueles com direito real sobre o bem vendido. Dito de outra maneira, trata-se de um instrumento jurídico contra a fraude, contra a lesão dos direitos de um Outro considerado juridicamente como igual.

No entanto, esta análise não se sustentaria, nem se alinharia com a orientação da linha de nosso programa de Pós-graduação, sem articular as práticas jurídicas às relações sociais e estruturas de poder características da Grécia democrática. Só assim, a função prática do direito privado grego, bem como seu papel na mediação das relações de poder entre particulares poderá ser melhor compreendida.

1 O NASCIMENTO DO ESTADO JURÍDICO NA GRÉCIA ANTIGA: DA DESMESURA À JUSTA MEDIDA

A história das instituições democráticas na Grécia clássica, período que se estende do séc. VI ao séc. IV a.C., está intimamente vinculada ao violento conflito de classes que eclodiu após a queda do império micênico, provocas pelas ondas de invasão dórica. O súbito desaparecimento Ánax, rei micênico que concentrava em suas mãos todos os elementos do poder, fez com que forças sociais, antes sob controle, revelassem com toda a força suas contradições. “Da desigualdade profunda, a emergência de conflitos violentos entre camponeses pobres e proprietários de terra ricos” (FOUCAULT, 2014, p. 110).

A terra se encontrava dividida em porções bastante desiguais, apesar de inalienável, não podendo ser confiscada nem vendida; uma herança do “direito micênico”, em que o Ánax era o único proprietário legítimo de todas as terras. Caso não houvesse herdeiros, as terras podiam simplesmente ser abandonadas, uma vez que não podiam ser comercializadas (VERNANT, 1992, FOUCAULT, 2014).

Esta enorme desigualdade fundiária, numa época em que a terra representava a fonte de toda a riqueza, levou a um aprofundamento da pobreza, pressionada pelo crescimento demográfico e por problemas no sistema produtivo, haja vista a ausência de irrigação perene e falta de planejamento. A baixa produtividade gerou um crescimento do endividamento do camponês pobre; e em caso de insolvência da propriedade, ela podia ser oberada, ou seja, um sexto dos rendimentos era dado ao credor, ou ainda, o devedor poderia ser escravizado. Dentre as mudanças significativas que o direito democrático instituiu, está a proibição da escravidão por dívida.

Aristóteles (2002, p. 41-42), em *A construção de Atenas*, descreve este estado de conflito anterior ao nascimento do Estado democrático ateniense da seguinte maneira:

[...] ocorreu por um longo período um conflito faccioso entre os notáveis e a multidão. De fato, a Constituição era oligárquica em todos os aspectos, os pobres, bem como suas esposas e filhos, sendo escravos dos ricos. Eram chamados de *pelatai* e *ektemoroi*, pois esse era o aluguel que pagavam aos ricos para cultivarem as terras desses últimos (o país inteiro estava na mão de poucas pessoas) e se deixassem de efetuar o pagamento de seus aluguéis, ficavam sujeitos – eles e seus filhos – à prisão. Até a época de Sólon, todos os empréstimos tinham como fiança a própria pessoa do devedor. [...]. Assim, o que havia de mais difícil e mais amargo no tocante às coisas públicas para a massa era o seu estado de escravidão. Na verdade, estava descontente com relação a tudo o mais, pois realmente não partilhavam de coisa alguma.

Foucault (2014, p. 110) afirma que, apesar da estratégia da colonização para aliviar a pressão da pobreza nas cidades gregas, “a situação dos pobres piora”. Esta contradição fundamental da sociedade grega não passará despercebida aos olhos dos filósofos gregos. Em *A República*, Platão escreve: “Cada cidade contém em si pelo menos duas cidades inimigas uma da outra: a dos pobres e a dos ricos (República, 422e)”. Aristóteles (2012, p. 35), na *Política*, nomeia da mesma forma os segmentos em oposição na cidade. “Na cidade, as duas classes mais distintas são os ricos e os pobres: são as partes da cidade mais opostas uma a outra”.

Esse cenário originou disputas civis em praticamente todas as cidades gregas, e destes conflitos nasceram as transformações institucionais e espirituais que culminaram com a democracia, sobretudo, em Atenas. Apesar de diferenças no período em que tais conflitos ocorreram e as transformações que produziram entre as várias cidades gregas, como a prematura democracia em Quios, é possível identificar algumas características comuns. Quais as pautas da disputa civil que toma várias cidades gregas, e que terminará com a organização das *polis* democráticas, e no interior das quais emerge o direito privado grego como termo desta pauta? (FOUCAULT, 2014).

Foucault afirma que a principal força de transformação na balança do poder foi o surgimento do hoplita, unidade militar surgida após a revolução do ferro trazida pelos dórios, e que implicou na inclusão, armamento e treinamento de todos aqueles que pudessem arcar com as despesas de suas armas, ou seja, justamente os pequenos proprietários que formavam o *demos*. Integrante da falange, principal força militar dos exércitos gregos, não demorará muito para que a importância militar se transforme em importância política. “Foi a força armada dos hoplita que mudou a balança do poder, inaugurando uma nova forma de soberania” (FOUCAULT, 2014, p. 116).

Não por acaso, as transformações foram favoráveis aos camponeses. O que não significa dizer a extinção das desigualdades. Dada a aliança entre uma parte da aristocracia e as classes populares, as transformações políticas e econômicas buscavam uma diminuição das desigualdades, a procura pela justa medida, pela proporcionalidade, pelo equilíbrio. Desta aliança - inclusive a que instituiu a democracia em Atenas, com Sólon, membro da aristocracia - não se produziu um regime de igualdade capaz de dar fim à luta de classes nas sociedades gregas, mas uma reestruturação do conflito. Nem tão ricos, nem tão pobres. Tal equilíbrio só poderia ser conquistado substituindo a arbitrariedade da vontade do mais forte, que só leva à desmesura, *hybris*, pela estabilidade da lei escrita, *dike*.

Dentre as mudanças podemos destacar, inicialmente, uma modificação no sistema fundiário, seja através de uma reapropriação violenta das terras, do confisco ou exílio dos antigos proprietários, seja por uma redistribuição ou divisão das propriedades; ou o perdão das dívidas agrícolas. As práticas variam de cidade para cidade. Mas o importante é que as causas da desigualdade abissal são atacadas com extremo realismo, como forma de salvar a cidade da destruição, recolocando o próprio exercício do poder em novos termos. “No caso de Cípselo em Corinto, houve principalmente redistribuição de terras (a colocação em circulação de moedas deve ter possibilitado a extinção das dívidas); no caso de Sólon (em Atenas), ao contrário, houve perdão das dívidas, liberação das terras, mas não redistribuição [...]” (FOUCAULT, 2014, p. 116). À exceção das cidades em que prevaleceu a tirania como forma política que conduziu estas transformações, instaurou-se a hegemonia da lei escrita.

Em segundo lugar, fez-se necessário estabelecer todo um sistema de medidas que, antes de inspirar as reflexões filosóficas e produções estéticas dos gregos, possuía uma função prática em inúmeros campos da vida social. As formas de saber que desenvolveram toda uma cultura de quantificação, de não-excesso, de harmonia, de proporcionalidade, das “distribuições adequadas”, de medida grega, articula-se a práticas sociais, a novas relações de poder que redefiniram, por exemplo, o problema do endividamento rural, da transferência de propriedade, a quitação de dívidas, a produção de hipotecas, “equivalência entre produtos alimentícios e ou objetos fabricados, [...] urbanização e implantação de uma forma estatal” (FOUCAULT, 2014, p. 120).

O estabelecimento de um direito privado em praticamente todas as cidades gregas derivou desta necessidade de codificar, de harmonizar, de estabelecer termos de proporção e justa medida às relações entre os diversos segmentos de sociedade em transformação. Não por acaso, a obra de Beauchet aborda áreas do direito privado diretamente ligadas aos problemas da propriedade, dos contratos, dos empréstimos, das hipotecas, das heranças, da produção, consumo e circulação de mercadorias. Sem um direito privado consistente e consideravelmente complexo, as sociedades gregas não teriam como impulsionar, por exemplo, o desenvolvimento do crédito e do comércio.

Importante destacar a profundidade e coerência deste projeto cultural. Impressiona como um paradigma, ao início com vocação claramente política, instaurar a ordem e a harmonia onde imperava o caos, a *hybris*, tenha se impregnado com tamanho sucesso em diversos campos da

vida social e espiritual, desde os trabalhos de urbanismo de Hipodamo de Mileto, com a invenção da planta quadriculada das cidades, até as pesquisas de Pitágoras sobre as proporções das formas geométricas e das notas musicais, com a invenção da música harmônica (FOUCAULT, 2014).

Segundo Vernant (1992, p. 27), do âmago da crise, e em busca de um equilíbrio, de um acordo que impulsionasse a prosperidade das cidades gregas, desenvolveu-se uma reflexão moral e especulações políticas que vão definir uma “nova forma de “sabedoria” humana”. Esta nova *sophia*, que começa a se sistematizar a partir do séc. VII a.C., e não tem, como fora o caso nos filósofos pré-socráticos, o mundo natural por objeto, a *physis*, mas o mundo dos homens. As perguntas características desta sabedoria seriam: que elementos compõem a sociedade, que forças a dividem contra si mesma, como as harmonizar, unificar? O que deve ser feito para que, do conflito, surja a ordem superior da cidade? “Os problemas do poder, de suas formas, de seus componentes, foram repentinamente colocados em termos novos” (VERNANT, 1992, p. 27).

Nesta busca de unidade e harmonia, os antigos valores aristocráticos vão sendo substituídos pelos valores cívicos da justa medida. Nada em excesso! Eis a fórmula da cidade justa e próspera. Ao contrário, o transbordamento das vontades, a desmesura das paixões humanas será identificada como a raiz de todas as crises e males que assolavam a Grécia.

É a maldade dos homens, seu espírito de *hybris*, sua sede insaciável de riqueza que produzem naturalmente a desordem, segundo um processo de que se pode marcar de antemão cada fase: a injustiça engendra a escravidão do povo e esta provoca em troca a sedição. A justa medida, para restabelecer a ordem e a *hesychie*, deve, pois, ao mesmo tempo quebrar a arrogância dos ricos, fazer cessar a escravidão do *demos*, sem ceder por isso à subversão (VERNANT, 1992, p. 61).

A formação do Estado jurídico na Grécia integra este projeto e esta nova sabedoria, tanto no que concerne o direito público, quanto o privado. Veremos, por exemplo, que organização de um direito privado de propriedade, que prevê a necessária publicidade do ato como forma de conferir legalidade jurídica a compra e venda de propriedades, tem como objetivo evitar a fraude, a grilagem, o prejuízo a terceiros, logo, a injustiça, entendida como quebra da harmonia, desproporção, excesso.

Neste sentido, vale destacar que o desenvolvimento do Estado democrático grego, o sistema da *polis*, esteve apoiado sobre três pilares básicos. Primeiro, a **preeminência da palavra** como forma de legitimação de todo poder político e jurídico. Palavra entendida não como fala real ou fórmula mágica ritual de revelação, mas como força de persuasão, de argumentação racional, o debate contraditório – *Peithó*. Qualquer decisão política ou jurídica, elaborada fora de um espaço público de debate e confronto institucionalizado de ideias perde toda a legitimidade.

Em segundo lugar, a criação de um *sistema associativo*, entendido como um conjunto de normas e instituição de regulam as relações entre os indivíduos, de caráter **igualitário**, destinado e estimular relações de reciprocidade entre semelhantes, visando preservar a unidade da *polis*. Em substituição às antigas relações hierárquicas de submissão e domínio, essencialmente desproporcionais – fonte de toda a injustiça - relações equilibradas entre *isoi*, entre iguais. A isonomia, igualdade abstrata de todos perante a lei, apesar das oposições e desigualdade da realidade social, inclusive nas democracias, coloca a todos os cidadãos no mesmo plano político, submetidos a um sistema cuja lei é o equilíbrio, “cuja norma é a igualdade” (VERNANT, 1992, p. 42). Invenção grega: todos são iguais perante a lei!

Em terceiro lugar, e este é o princípio que mais nos interessa no contexto deste artigo, a elaboração de espaços de plena **publicidade** para todas as questões que concernem o exercício do poder político e jurídico, seja público ou privado. “[...] práticas abertas, estabelecidas em plena luz do dia, opondo-se a processos secretos. Essa exigência de publicidade leva a apreender progressivamente em proveito do grupo e a colocar sob o olhar de todos o conjunto das condutas,

dos processos [...]” (VERNANT, 2014, p. 34). É a fraude que se quer combater, a inclinação de enganar o outro não dando a conhecer seus direitos, a intimidação privada praticada longe do olhar de todos. Não era outra a queixa de Hesíodo contra seu irmão Perses que, excedendo-se em seus direitos, *hybris*, fraudava a parte da herança que cabia ao poeta beócio, mergulhando-o na pobreza. O clamor é pelo abandono da injustiça e pela reta prática da justiça, ou seja, a temperança e a serenidade da justa medida, a cada um aquilo que lhe é devido (JAEGER, 1986, HE-SÍODO, 1990). No contexto jurídico do direito privado ateniense, Hesíodo certamente não teria perdido as terras que recebeu de herança de seu pai devido às trapaças de seu irmão.

Esta exigência de publicidade irá codificar praticamente todas as áreas do direito privado grego, assim como o paradigma do equilíbrio e da proporcionalidade, indo do direito de família, passando pelas regras de transferência de propriedade, e chegando até a regulamentação jurídica dos contratos. Vale aqui destacar que esta plena publicidade será completada através da escrita das leis. Ela que dará a estabilidade a *dike* e a capacidade de transformar a cultura das leis numa cultura comum, acessível a todos. “A história da codificação do direito nas diversas cidades gregas processa-se por vários séculos e sabemos muito pouco sobre ela. Mas é aqui que encontramos o princípio que a inspirava. Direito escrito era direito igual para todos, grandes e pequenos” (JAEGER, 1986, p. 91). A criação, no direito privado ático, dos livros de registro fundiário, *anagrafe*, conferiu perfeição às práticas publicitárias exigidas no direito de propriedade, sobretudo em Atenas e Thurum (BEAUCHET, 1897).

2 DIREITO PRIVADO E DEMOCRACIA NA GRÉCIA CLÁSSICA: O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE

Apresentado como um dos pilares fundamentais do sistema democrático grego, o princípio da publicidade organizou, desde muito cedo, o direito privado no que concerne às transferências de propriedade. Apesar de uma grande variação entre as cidades no que concerne às práticas adotadas, pode-se afirmar que em todas elas os contratos de compra e venda de propriedade precisavam tornar-se públicos e notórios para ganhara legitimidade jurídica. Já o direito romano, segundo Beauchet, não organizou um sistema completo de publicidade das transferências de propriedade, embora ele reconheça que toda transação supusesse uma “certa notoriedade”, o que não significava que o interesse de terceiros se encontra protegido (BEAUCHET, 1897).

Esta constatação é reforçada por Gilissen (2013, p. 78), que reconhece, inclusive, assim como fez Beauchet, a dívida do direito privado moderno com o direito privado grego no que concerne aos sistemas de transcrição das vendas de bens imóveis.

[...] a transferência da propriedade realiza-se em direito grego apenas por efeito do contrato; mas este efeito é limitado às partes; em relação a terceiros, é organizado um sistema de publicidade parecido com o nosso sistema de transcrição dos actos. A proteção de terceiros é assim melhor assegurada na Grécia do que em Roma, onde esta publicidade não existia; [...]

Acreditamos que a afirmação de que a publicidade dos atos de venda de propriedade não existia em Roma é extremada, embora fosse, se comparada ao que existiu nas cidades gregas, descontínua e imperfeita. Pode-se citar como exemplo a *mancipatio*, uma das formas mais importantes de publicidade do direito privado romano, espécie de forma arcaica de registro predial. Segundo este ritual jurídico, a alienação da propriedade deveria acontecer na presença de 5 testemunhas, representando as diversas classes do povo, e de um *jure cesso*, um magistrado. Estas

eram as duas formas de publicidade parcial que englobavam a aquisição de todas as coisas consideradas importantes no direito privado romano.

Mas estas práticas foram sendo progressivamente sendo substituídas pela *traditio*, prática jurídica que pode ser desprovida de toda notoriedade sem perder sua legitimidade. Neste sentido, pode-se considerar que a publicidade no direito privado romano, no que concerne às transferências, fora passageira e inconstante. Era preciso, por exemplo, na ausência de registros fundiários em Roma, “[...] apelar à memória das testemunhas, obrigatórias ou fortuitas, do ato jurídico realizado em sua presença, submetendo-se a todos os inconvenientes e perigos da prova testemunhal” (BEAUCHET, 1897, P. 320).

Já nas repúblicas gregas havia grande preocupação em garantir, de maneira mais ou menos completa, pelo menos no que concerne à transferência de bens imóveis, a plena publicidade. Os meios e as formas desta publicidade variavam de acordo com as cidades, mas a finalidade a que este princípio se propunha, a função social para a qual fora inventado era a mesma, ou seja, a proteção dos interesses de terceiros contra a fraude. Em algumas delas, havia uma publicidade semelhante àquela dos romanos, mesmo que mais ampla; em outras, como em Atenas, já verificava a existência de livros fundiários para registro de todas as transferências de propriedade, prática incorporada em vários códigos civis da Europa apenas no séc. XIX de nossa era (BEAUCHET, 1897).

Mas por que Roma não desenvolveu a prática da publicidade jurídica aplicada às transferências de propriedade? Por que os registros fundiários, tão úteis no estímulo do comércio e do crédito, não floresceram em Roma? Duas causas. Em primeiro lugar, o valor jurídico da escrita era bastante diferente entre gregos e romanos. Nas cidades democráticas gregas, havia uma implicação íntima entre publicidade e escrita dos atos jurídicos. “De um lado, a escrita, considerada como um meio de prova, sempre teve na Grécia mais importância do que em Roma, apegada sobretudo à solenidade de certos atos, contando com a memória das testemunhas instrumentárias” (BEAUCHET, 1897, p. 321). Em segundo lugar, quando da invasão da península ática pelos romanos, os próprios fundamentos da democracia grega já se encontravam em declínio.

[...] no momento em que os Romanos entraram na Grécia, o sistema da publicidade oficial dos contratos começava a perder terreno. [...] A inscrição das constituições dotais parece ter terminado desde o século II a.c. Quanto às transações imobiliárias, o hábito de transcrevê-las em registros públicos será conservado por mais tempo. Ele ainda vigorava na Ásia, no tempo de Cícero, mas Cícero também nos ensina que em Roma ele fora substituído pelos registros do censo. Quando a administração romana estendeu a instituição do censo a todas as províncias do império, todos os outros meios de publicidade foram abandonados (BEAUCHET, 1897, p. 321).

O texto de Beauchet nos oferece uma descrição detalhada de todas as práticas do direito privado grego destinadas a dar publicidade às transferências de propriedade, deixando por último a análise dos registros fundiários atenienses, que também surgiram tardiamente dentre as práticas judiciais criadas na Grécia. Pode-se afirmar que houve um processo de evolução, de aperfeiçoamento, nas diferentes formalidades legais.

No início, estas práticas jurídicas estavam ainda misturadas a elementos religiosos, organizadas segundo certas formalidades legais arcaicas. Uma época em que pé-direito e direito ainda não haviam definido fronteiras claras na cultura grega (GERNET, 1982). Muitas destas formas foram herdadas pelos romanos e preservadas em algumas cidades gregas. Tratava-se de sacrifícios e juramentos, ou conferir uma pequena moeda de prata ao vizinho, confirmando o caráter religioso da propriedade na Grécia. Segundo Fustel de Coulanges, citado por Beauchet (1987, p. 321-322),

Nas épocas antigas e em todos os povos, diz Fustel de Coulanges, a transferência da propriedade fundiária fora reputada coisa grave e fora, consequentemente, cercada por formas solenes. A *mancipatio* dos Romanos, a balança e o pedaço de couro, a presença de cinco testemunhas e do *libripens* são os restos de um velho procedimento sacramental utilizado pelas populações italianas. O sacrifício, o juramento, o pedaço de couro colocado nas mãos dos vizinhos são provavelmente também os restos de um procedimento sacramental utilizado pelos Gregos. Era natural que a venda da terra e a transferência da propriedade, por terem sido, nas épocas antigas, ou proibidas ou ao menos muito dificultadas, só pudessem acontecer através de formas complicadas e solenes.

A principal fonte histórica utilizada por Beauchet em sua classificação das formas de publicidade nas transferências de publicidade, sobretudo no séc. IV a.C., foi a obra do filósofo grego Teofrasto de Eressos, *O tratado das leis*, infelizmente ainda não traduzido para o português. Em algumas cidades gregas, a publicidade das transferências de propriedade deveria ser:

- 1) Anunciada por um *arauto público* que, durante vários dias, deveria informar a todos da realização da transação.
- 2) Realizada *na presença de um magistrado*, cuja audiência era acompanhada pelo público. Beauchet faz referência a um caso concreto ocorrido em Metímna “[...] Pítaco queria que a venda acontecesse diante do *basileus*, o *rei*, e dos *prítanes*”, considerados os mais altos magistrados das cidades gregas (BEAUCHET, 1897, p. 324).
- 3) Oficializada *na presença dos vizinhos*. “Em Thurium, segundo uma lei de Charondas, os três vizinhos mais próximos deveriam assistir a troca de consentimentos e lhes era rendida uma pequena moeda “em memória e em testemunho do ato” (BEAUCHET, 1897, p. 325). As testemunhas não são aqui aquelas que chegaram primeiro ao local do ato jurídico, não são escolhidas ao acaso dentre os transeuntes fortuitos. Elas são, ao contrário, designadas antecipadamente em relação ao seu domicílio, para que seja fácil encontrá-las “quando for necessário apelar às suas lembranças” (BEAUCHET, 1897, p. 326). As testemunhas não atuam como garantidores da venda, e interveem apenas a título de testemunha. Sua presença funciona como um meio de publicidade e, por isso mesmo, um instrumento contra a fraude nestas transações, para impedir, por exemplo, a venda simulada.
- 4) Informada através de *proclamações públicas* que deveriam durar cinco dias, como em Cýsico, na Ásia menor. Esta prática cumpria ainda a mesma função das descritas anteriormente, ou seja, criar condições jurídicas para que todos aqueles com direito real sobre a propriedade possam tomar conhecimento da venda. Essa era uma prática incondicional para a completa e legítima alienação do imóvel. Trata-se, como já foi dito, uma forma de proteção de terceiros contra a fraude, a injustiça.
- 5) Legitimada através de um sacrifício sobre o altar de Apolo, evidenciando, mais uma vez, a presença de elementos religiosos nas práticas jurídicas gregas. Nestes casos, vários sistemas de publicidade se encontravam misturados, na medida em que, além do local sagrado, a venda deveria ocorrer também na presença de três testemunhas locais. E mais, o comprador deveria jurar solenemente que contratava lealmente, sem desonestidade ou conluio.

Aquele que comprasse uma casa sem a intenção de habitá-la, quer dizer, para alugar, deveria oferecer seu sacrifício a Zeus *Agoraios*. Quando o bem vendido tinha apenas um valor módico, a oferenda consistia apenas em alguns bolos cobertos com mel. O magistrado deveria recusar o registro da venda enquanto estas formalidades não fossem cumpridas, e no juramento que ele mesmo prestava antes de ser investido na função, se comprometia a nunca registrar uma venda antes de receber das partes o juramento prescrito pela lei (BEAUCHET, 1897, p. 326).

- 6) Cartazes fixados em lugares públicos previamente à conclusão da venda, *paragrafa*, como era o caso de Atenas. As inscrições eram feitas em quadros brancos, ou sobre placas de madeira revestidas de giz. Eles continham, segundo as poucas fontes arqueológicas que chegaram até a era moderna, “a designação do bem vendido e o nome do comprador” (BAEUCHET, 1897, p. 328). Os cartazes deveriam ser inclusive fixados no lugar em que trabalhava o magistrado por, pelo menos, dois meses, para que seja possível a qualquer um contestar a alienação. Este sistema de cartazes também era utilizado para dar publicidade à venda de escravos.

Estes sistemas de publicidade quase sempre eram praticados nas cidades quando falhavam, ou inexistiam, outras prescrições legais, como os registros fundiários, que já continham nesta época informações do imóvel e do contrato. Segundo Teofrasto, nas democracias gregas em que se verificavam a presença de registros fundiários, “pode-se descobrir por estes registros se os bens estão livres e sem multas, e se o vendedor os alienou regularmente, pois nestes países o magistrado inscreve imediatamente o comprador” (BEAUCHET, 1897, p. 328).

A instituição dos livros fundiários representou uma das grandes inovações do direito privado grego, incorporado, como já foi dito, no código civil francês, por exemplo, apenas no final séc. XIX. Este sistema completo de publicidade era chamado de *anagrafe*, e funcionava como uma espécie de estado civil das propriedades na Grécia. Estes registros permitiam, por exemplo, saber se o bem pertencia ao alienador ou se havia multas reais a serem pagas. Apesar de Teofrasto afirmar que a *anagrafe* era mais rara do que os outros sistemas de publicidade nas repúblicas gregas, Aristóteles (2011) afirmava serem frequentes estes registros.

Alguns destes registros fundiários de que fala Teofrasto chegaram até nós. Eles eram reunidos e gravados em grandes placas de mármore, como em Tinos e Míconos, e eram expostas em um lugar público. O exemplo mais completo é o da cidade de Tinos, mas também há listas de compradores de imóveis em registros das cidades de Quios, Acarnânia e Iasos, mesmo que os registros de vendas sejam mais difíceis de encontrar.

Os registros onde eram mencionadas as vendas e as constituições de dote eram mantidos, muito provavelmente, pelos *astinomos*, magistrados encarregados da polícia urbana e da estrada. No registro, eram cuidadosamente anotados o nome do arconte, o nome do mês e do calendário. O extrato dos atos nele inseridos era redigido seguindo uma fórmula mais ou menos uniforme e mencionando, quando se tratava de uma venda, o imóvel vendido, sua situação, o preço da venda, o vendedor e o comprador - e, na ocasião, o estabelecimento da propriedade, - o sinal pago sobre o preço, as pessoas participantes da venda, seja para dar sua autorização, para consentir, seja para garantir o contrato (BEAUCHET, 1897, p. 330).

É muito rara, nestes registros, a menção da existência de hipotecas onerando os imóveis, fato que indica a existência de outro registro elaborado para esta finalidade. Trata-se dos *óroi*, registros hipotecários de que trataremos em outra publicação. Segundo Aristóteles (2012), o direito privado ateniense também previa a transcrição de todos os contratos e julgamentos. Mas vele lembrar que não bastava a simples elaboração do contrato de venda para que o magistrado realizasse a inscrição nos livros fundiários, dando legitimidade final à alienação. Como já fora exposto anteriormente, “a lei deveria acordar aos terceiros um certo tempo para efetuarem sua intervenção, se encaminharem ao gabinete do magistrado, contestarem a transcrição ou retificá-la, de forma a preservar seus direitos” (BEAUCHET, 1897, p. 331). Novamente, temos a preocupação grega em evitar a *hybris* criando as condições jurídicas de efetivação da *dike*, a lei da justa medida que garante a cada um o que lhe cabe de direito.

É relevante questionarmos se, na ausência de oposição de terceiros, o magistrado podia registrar a transferência de propriedade sem examinar os títulos apresentados ou se tinha a obrigação jurídica de examinar sua regularidade. Há uma passagem de Teofrasto sobre a cidade de

Enos em que sugere ser suficiente uma declaração das partes ao magistrado para garantir a validade do ato e a responsabilidade. No entanto, Cícero, em seu discurso *Pro Flacco: de dolo malo et fraude*, fala de um processo ocorrido em Pérgamo, na Ásia-Menor, em que o magistrado teve o poder de recusar o registro de um ato reconhecido como vicioso.

[...] um romano chamado Decranus, que desejoso de se apropriar dos bens de duas mulheres de Pérgamo, faz de Polemócrates, seu cúmplice, tutor de ambas, e compra dele, em nome de suas pupilas, e por um preço irrisório, os bens que almejava. Mas essas vendas foram acusadas de fraudulentas por um certo Dion, sem dúvida um parente das duas mulheres. A instância, dirigida contra Polemócrates, é levada diante dos juízes gregos de Apolonide que, julgando segundo a lei grega, condenaram Polemócrates a reparações civis, e anularam, consequentemente, os atos de venda, assim como as transcrições que Decranus fizera em Apolonide. Como só há coisa julgada entre Dion e Polemócrates, Decranus não é atingido pelo julgamento. Apesar dos juízes de Apolonide terem anulado a transcrição feita na cidade, Decranus, querendo renovar a formalidade, se dirige à cidade de Pérgamo, capital judiciária da região a qual pertencia Apolonide. Mas os habitantes de Pérgamo, cuja atenção fora despertada, não admitem a transcrição. Pode-se concluir deste recito que o magistrado encarregado da transcrição podia se recusar a registrar um título manifestadamente nulo, como aquele de Drécanus, cuja nulidade foi pronunciada por uma sentença judiciária (CÍCERO, 1964, s/p).

Mas é preciso não criar uma imagem idealizada do sistema da *anagrafe*, das transcrições fundiárias, no que concerne a proteção dos direitos de terceiros. Em Atenas, diferentemente de Tinos, onde os registros ganharam um incrível detalhamento de informações, os registros não informavam, por exemplo, se o vendedor havia adquirido regularmente o imóvel, ou seja, “[...] se havia pago seu preço de venda, condição necessária da transferência de propriedade”, apesar de poder saber se o bem já fora alienado alguma vez (BEAUCHET, 1897, p. 333). Os terceiros também não podiam saber, ao consultar os registros, se havia taxas pendentes, contendo apenas as informações relevante do ponto de vista fiscal.

Sua principal utilidade era para o comprador. O *anagrafe* era a prova decisiva de seu direito de propriedade, à condição de não haver dúvidas sobre a identidade do imóvel. É certo que isso nem sempre ocorria, haja vista a pouca precisão dos registros e, o mais importante, não ter ocorrido nenhuma oposição de terceiros durante o período prescritos de exposição dos cartazes, fato que anulava qualquer possibilidade de crítica à alienação.

CONCLUSÃO

A criação do direito privado na Grécia clássica está diretamente vinculada à consolidação das instituições e prática democráticas. Mais ainda, foi possível verificar que os princípios da democracia da palavra, falada e escrita, da publicidade e da igualdade, compreendida a partir das noções de equilíbrio, justa medida e proporcionalidade, condicionaram o conteúdo mesmo das leis e das práticas judiciais no direito privado grego.

Analisou-se, especificamente, os *sistemas de publicidade* que, a depender da cidade e do momento histórico, acompanhavam todo e qualquer ato de alienação de propriedade. E apesar da grande variedade de formas assumidas por estes sistemas, o objetivo era sempre o mesmo: evitar a fraude, proteger o direito de terceiros sobre a propriedade vendida, tornando pública tanto a intenção de compra e venda quanto o registro da transação. O mais importante e completo destes sistemas foi a *anagrafe*, tipo de registro fundiário que prosperou sobretudo em Tinos e Atenas. Mas o importante é destacar que, independentemente do sistema adotado, as transferências de propriedade só ganhavam legitimidade jurídica quando submetidas ao conhecimento público.

Inexistente no direito privado romano, que irá contar, no auge da sociedade republicana, apenas com as poucas e imperfeitas informações registradas no censo, as inscrições fundiárias gregas certamente inspiraram muitos códigos civis modernos, que passaram a adotar tais registros no final do séc. XIX, acompanhado o renascimento das repúblicas na era moderna.

Há ainda muito por explorar e descobrir, haja vista a pluralidades de áreas do direito privado grego ainda não submetidas a um estudo sistemático. Ludovic Beauchet, como vimos, há mais de cem anos, escreveu sobre direito de família, direito de propriedade e direito das obrigações, numa obra ainda não traduzida nem analisa pela historiografia jurídica brasileira. Este pequeno artigo representa uma modesta contribuição para o trabalho de análise e divulgação das criações jurídicas gregas no campo do direito privado, e da sua presença no direito contemporâneo, inspirado sobremaneira pelo desejo de difundir os valores democráticos.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A constituição de Atenas**. São Paulo: Edipro, 2012.
- _____. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ARNAUTOGLU. **Leis da Grécia antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003.
- BEAUCHET, Ludovic. **Histoire du droit privé de la République athénienne**. vol. 3. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1897.
- BRANDÃO, Cláudio. O direito grego clássico. In: **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.
- CÍCERO. **The Speeches with an English Translation in Catilina I – IV: Pro-Murena, Pro Sulla, Pro-Flacco**. London: Loeb Classical Library, 1964.
- COULANGE, Faustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Aulas sobre a vontade de saber**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GERNET, Louis. **Droit et institutions em Grèce antique**. Paris: Flammarion, 1982.
- _____. **Anthropologie de la Grèce antique**. Paris: Flammarion, 2002.
- _____. **Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale em Grèce**. Paris: Albin Michel, 2001.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**. São Paulo: Iluminuras, 1990.
- JAEGER, Werner. **A Paidéia: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002.
- VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1992.

Recebido em: 17 maio 2017.

Aceito em: 12 dez. 2017.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES: DESAFIOS PARA A EQUIDADE

Denise Almeida de Andrade

Pós-doutoranda em Direito pelo Programa Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (PNPD – CAPES). Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
E-mail: andradedenise@hotmail.com

Mônica Sapucaia Machado

Doutoranda (CAPES-PROSUP) e Mestre pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.
E-mail: monica.sapucaia@fgv.br

RESUMO: A participação política paritária das mulheres remanesce um desafio para a sociedade brasileira do século XXI. Em que pesem as iniciativas oficiais, com destaque para as cotas eleitorais regulamentadas pela Lei nº 12034/2009, o percentual de cadeiras ocupadas no parlamento por mulheres no Brasil é, atualmente, de apenas 10,7% para a Câmara Federal e 14,8% para o Senado, enquanto as mulheres representam 51,5% da população total do país e 52% do total dos eleitores. Objetiva-se demonstrar que as cotas eleitorais não se traduziram em uma medida efetiva para superar essa disparidade, apesar, de contribuírem para alguns avanços. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental para o desenvolvimento deste texto. Indica-se, por fim, que do reduzido percentual de mulheres ocupantes de cargos públicos eletivos, a maior parte é oriunda de famílias com tradição masculina na política, pai, irmão, marido.

PALAVRAS-CHAVE: Participação política; Mulheres; Cotas eleitorais; Equidade.

Women political participation: equity challenges

ABSTRACT: *The parity of women political participation remains a challenge for the Brazilian society of the 21st century. Regardless of the official initiatives, with emphasis on the electoral quotas regulated by Law 12034/2009, the percentage of seats occupied in parliament by women in Brazil is currently only 10.7% for the Federal Chamber and 14.8 % For the Senate, while women represent 51.5% of the country's total population and 52% of all voters. This article aims to demonstrate that the electoral quotas did not ensure the overcome this disparity, although, they contribute to some advances. Bibliographical and documentary research was used for the development of this text. Finally, it is pointed out that the small percentage of women in public elected positions is mostly from families with a male tradition in politics, father, brother, husband.*

KEYWORDS: *Political participation; Women; Electoral quotas; Equity.*

INTRODUÇÃO

A história das mulheres na vida política brasileira se mistura com a história do Brasil, apesar da ausência ou insuficiência de registros¹. Objetiva-se resgatar parte desta história, partindo-se do final do século XIX, priorizando o movimento sufragista pela proximidade com o tema abordado neste artigo, qual seja, participação política das mulheres.

Para tanto, lançou-se mão, preferencialmente, da pesquisa bibliográfica e documental, conferindo-se atenção especial à legislação infraconstitucional sobre o tema, haja vista subsidiarem a maior parte das discussões sobre cotas eleitorais nos últimos anos no Brasil.

Na primeira parte do texto, aspectos e análises gerais sobre a política de cotas eleitorais, no Brasil, serão apresentados, com o intuito de esclarecer pontos controversos e justificar a relevância das cotas na busca por uma participação política significativa das mulheres.

Reflexões sobre as limitações e desafios das cotas eleitorais também serão implementadas. Ao final, duas pesquisas sobre o perfil das parlamentares brasileiras auxiliarão na compreensão do complexo cenário da política brasileira, a fim de que se possa avançar na proposta de equidade no parlamento.

1 A BUSCA PELA IGUALDADE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES BRASILEIRAS: O NECESSÁRIO RESGATE HISTÓRICO

Inicia-se com o exemplo de Nísia Floresta, abolicionista, republicana, escritora nordestina, feminista, demonstra que a busca por direitos e oportunidades iguais têm um longo caminho. Ainda no século XIX, escreveu o livro *Direitos das Mulheres e injustiças dos Homens* (DUARTE, 2003, p.169) e defendeu abertamente o direito de as mulheres terem acesso à mesma educação que os homens, a fim de poderem “aproveitar todo o seu potencial humano, conquistarem autonomia econômica e política” (BANDEIRA; MELO, 2010, p. 11).

As mulheres se organizaram em associações em prol da libertação dos escravos. No Ceará, foi criada, em 1882, a Sociedade das Senhoras Libertadoras, o que impulsionou o debate no estado e ajudou na abolição da escravidão na província, em 1884, pela Assembleia Legislativa da Província do Ceará, quatro anos antes da Lei Áurea. (MARTINS, P., 2014).

Foi, também, a partir do fim século XIX que as mulheres brasileiras, influenciadas pelos movimentos sufragistas da Europa e dos EUA, intensificaram a luta por direitos políticos. Na Assembleia Constituinte de 1891, o pleito pela inserção do voto feminino esteve presente em inúmeros debates, o que justificou a expectativa de que a primeira Constituição Republicana do Brasil garantisse a sua participação. Não foi o que ocorreu. (SOIHET, 2000).

O artigo 70 da referida Constituição disciplinou: “São eleitores todos os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei” e, apesar da proibição não ter sido expressa, a jurisprudência da época entendeu que as mulheres não estavam contempladas entre os cidadãos. Como esclarece Pinto (2009, p. 46): “não se citou a mulher em 1891, não se lhes prescreveram limites, simplesmente se excluiu; não se reconheceu a sua existência”.

¹ Desde os tempos coloniais, mulheres participaram das lutas sociais, envolveram-se com as transformações políticas: “Desde a Colônia temos vozes femininas que preconizam a Abolição dos escravos, a instauração da República, a introdução do sufrágio universal” (GIULANI, 2001, p. 644).

O lugar social da mulher brasileira no final do século XIX era muito bem estruturado, ser mulher significava estar submetida ao poder masculino, a ser algo que pertencia ao homem, seja o pai, irmão ou o marido; e a República não traz inovações nesse quesito, como pondera Alvares: "A ausência de cláusulas a contemplar as mulheres na vertebração da legislação que faz avançar o regime democrático desse período configura o tratamento desigual de gênero, fortalecendo as estruturas patriarcais do comportamento político do demos". (ÁLVARES, 2014, p. 135).

As mulheres, entretanto, não desistiram e fundaram, em dezembro de 1910, no Rio de Janeiro, o Partido Republicano Feminino. O partido conseguiu o registro oficial em 1911 e se tornou um espaço de luta pelo direito ao voto: "a criação do partido foi marcante, uma vez que se constituiu em um partido político formado por pessoas sem direitos políticos e cuja possibilidade de atuação teria que se dar, portanto, fora da ordem estabelecida" (PINHEIRO, 2006, p. 62).

Nesse momento, a luta das mulheres era pela igualdade do direito ao voto, chamado por Ana Costa (2005) de *O feminismo bem-comportado*, que buscava o reconhecimento de cidadania, não albergando as discussões acerca da necessária superação dos estereótipos de gênero. A proposta não era de romper com o papel social da mulher, de mãe, dona de casa e esposa, mas sim garantir às mulheres direitos políticos, com o objetivo, inclusive, de representar questões femininas, voltadas ao bem da família, ao resguardo da sociedade.

Esse primeiro momento do movimento feminista, em linhas gerais, pode ser caracterizado como de cunho conservador no que se refere ao questionamento da divisão sexual dos papéis de gênero, inclusive reforçavam esses papéis, estereótipos e tradições na medida em que utilizavam as ideias e representações das virtudes domésticas e maternas como justificativas para as suas demandas (COSTA, A., 2005, p.3).

As sufragistas brasileiras não estavam buscando mudar a relação de gênero, o domínio patriarcal da sociedade burguesa. A luta era por um *status* de cidadã, por meio da igualdade formal, do direito ao voto. Neste sentido, tem-se a definição do Partido Liberal Feminino, fundado por Julita Monteiro Soares, nos anos de 1920, que defendia os direitos políticos das mulheres porque tinham "qualidades femininas", como "horror à violência, inquebrantável fidelidade às leis de Deus", que lhes garantiriam capacidade de "salvar" a sociedade: Essas declarações mostravam uma visão naturalizada da mulher na medida em que não se pretendia mudar a estrutura familiar e os papéis de esposa e mãe, ao contrário, seriam os "dotes naturais" propulsores dos avanços dos direitos políticos das mulheres. (BANDEIRA; MELO, 2010, p. 14).

Destaca-se, neste cenário, a liderança feminista da bióloga Bertha Lutz (MARQUES, 2000, p. 106). Filha de estrangeiros e formada pela Universidade de Sorbonne, em Paris, se deparou com um país em que as mulheres ainda eram consideradas "cidadãs de segunda classe". Em 14 de dezembro de 1918, Bertha Lutz escreveu o artigo *Somos filhas de Tais Mulheres*, no qual defendeu o voto feminino:

As mulheres russas, finlandesas, dinamarquesas, norueguesas, suecas, alemãs e inglesas — quer dizer, uns cento e vinte milhões de mulheres na velha Europa — já partilham ou brevemente partilharão do governo, não só contribuindo com seu voto para a eleição dos legisladores, como podendo ser elas próprias para o exercício do poder legislativo. (MARQUES, 2000).

Em 1922, no mesmo ano da fundação do Partido Comunista do Brasil, Bertha Lutz criou a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, por meio da qual iniciou um processo de negociação pelo voto feminino junto à classe elite política do país. Lutz pertencia à elite intelectual e econômica e organizou o movimento sufragista a partir de uma postura de diálogo com os homens (SOIHET, 2006).

A estratégia do movimento era o do convencimento da importância do voto para as mulheres e não do enfrentamento sobre a condição da mulher na sociedade (MARQUES, 2004), o que se traduziu em apoio de mulheres de famílias tradicionais, o que não aconteceu em outras iniciativas da época.

[...] cercada que foi por colaboradoras egressas de famílias de grande prestígio social, como Maria Eugénia Celso, Jeronima Mesquita e Margarida Lopes de Almeida, conquistou, palmo a palmo, as metas definidas pela agenda de sua organização, sem suscitar reações contrárias que denegrissem a sua conduta pessoal, nem a de suas colaboradoras. (MARQUES, 2004, *on line*).

Berta Lutz recorria à lógica já exposta anteriormente: a de concentrar os esforços, em princípio, na pauta dos direitos políticos, e em um segundo momento as demandas trabalhistas. Sua luta não tentava fazer com que a mulher confrontasse o seu lugar social, mas sim lutasse por ampliá-lo.

Celina Guimarães Vieira, professora natural de Mossoró - RN, tornou-se a primeira eleitora brasileira, com base na alteração da constituição estadual do Rio Grande do Norte, que determinou, no artigo 77: “No Rio Grande do Norte poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por lei” (ALVES, B., 1980, p. 117).

Ainda no Rio Grande do Norte, Alzira Soriano foi eleita, em 1928, a primeira prefeita do Brasil, pela cidade de Lajes “pelo Partido Republicano, e venceu com 60% dos votos” (TSE, *on line*). Porém, por decisão da Comissão de Poderes do Senado, não conseguiu concluir seu mandato (TSE, *on line*).

Em 1932, o então presidente Getúlio Vargas promulgou o Decreto nº 21.076/32, instituindo o Código Eleitoral Brasileiro e determinando, em seu artigo 2º, que eram eleitores todos aqueles cidadãos maiores de 21 anos, sem discriminação por sexo. Como aponta Rita Araújo (2003, p. 135): “As mulheres brasileiras adquiriam assim, pela primeira vez, e após árdua luta, cidadania política, contribuindo para o aumento significativo do número de votantes no país”².

No Brasil, em um primeiro momento, só puderam votar as mulheres casadas, desde que autorizadas pelos maridos, as viúvas e as solteiras com renda. Na Assembleia Constituinte de 1934, referidas restrições foram extintas e o voto feminino se consolidou como um direito de todas as mulheres. As imposições que se mantiveram eram as mesmas para ambos os sexos, só podiam votar os alfabetizados, e estavam excluídos os mendigos, os clérigos regulares e os praças de pré³.

Em 1932, a médica paulista Carlota Pereira de Queiroz foi eleita, pelo estado de São Paulo, a primeira deputada federal do Brasil. Nas eleições regionais de 1934 foram eleitas deputadas em Santa Catarina, em Alagoas, no Rio Grande do Norte e em São Paulo (BANDEIRA; MELO, 2010).

Bertha Lutz foi candidata pelo Partido Autonomista do Distrito Federal, mas não se elegeu, ficando apenas com a primeira suplência, o que fez com que ocupasse a cadeira na câmara federal após a morte de Candido Pessoa, em 1936.

² No contexto da América Latina, o Brasil foi o terceiro país a garantir o direito de voto às mulheres, antecedido apenas pelo Equador e Chile. Portugal, país colonizador do Brasil, só retirou todos os empecilhos ao voto das mulheres em 1976. Seguindo na verificação do contexto internacional, Nova Zelândia, Inglaterra e EUA são vanguardistas neste aspecto. Por outro lado, a França, Estado reconhecido pelo engajamento político da população, só autorizou o voto feminino em 1945.

³ Um praça de pré (referido ocasionalmente pelo termo arcaico: praça de pret) ou simplesmente praça é um soldado que pertence à categoria inferior da hierarquia militar.

No ano seguinte, Getúlio Vargas instaurou o regime ditatorial no país e o recém conquistado direito das mulheres ao voto foi suspenso. Durante quase 10 anos, nem homens nem mulheres exerceram seus direitos políticos e democráticos.

Após a segunda guerra mundial, aflorou o desejo por democracia e liberdade. No Brasil, convocou-se uma nova Assembleia Constituinte, em 1946, e apesar de dezoito mulheres terem se candidatado a deputadas federais, nenhuma foi eleita para compor a Assembleia. Nas eleições de 1950, Ivete Vargas, sobrinha-neta de Getúlio Vargas, elegeu-se por São Paulo e tornou-se a única mulher da nova legislatura.

Nas eleições de 1954, Ivete Vargas foi reeleita e Nita Costa foi eleita pela Bahia, mas nas duas legislaturas seguintes, 1958 e 1962, apenas Ivete Vargas se manteve na Câmara Federal.

Nos anos compreendidos entre 1932 e 1964 as mulheres participaram da vida política nacional de forma enviesada. No espaço público teve-se duas deputadas federais, algumas deputadas estaduais e poucas prefeitas. Nas eleições gerais de 1945 nenhuma mulher foi eleita para a Assembleia Constituinte de 1946 e, ironicamente, a redemocratização, a efervescência pela derrota do nazi-fascismo, não ampliou a participação feminina no cenário político partidário (BANDEIRA; MELO, 2010, p. 21-22).

Após o golpe de 1964, as esposas, irmãs e mães dos deputados cassados pelos militares se candidataram a fim de representá-los, o que contribuiu para que seis mulheres fossem eleitas em 1965. Todavia, nas eleições de 1974, apenas uma mulher foi eleita para a Câmara Federal, em mais uma expressão dos retrocessos trazidos pela ditadura militar.

A primeira mulher a ocupar uma cadeira no Senado Federal foi Eunice Michilles, em 1979, na vaga de João Bosco Lima, que faleceu durante o mandato. Apenas em 1990 duas senadoras são, efetivamente, eleitas para o cargo.

A Organização das Nações Unidas – ONU aprovou, em 1979, a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Cinco anos depois, o Brasil ratificou, com ressalvas, a convenção as quais foram retiradas em 1994. Neste momento, o Brasil assumiu um compromisso internacional de buscar a igualdade de gênero, por meio de ações concretas:

Art. 7 - Os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na vida política e pública do país e, em particular, garantirão, em igualdade de condições com os homens, o direito a:

b) participar na formulação de políticas governamentais e na execução destas, e ocupar cargos públicos e exercer todas as funções públicas em todos os planos governamentais.

Nas eleições de 1982, em meio ao processo de redemocratização do país, incrementou-se a participação política das mulheres; foram eleitas oito deputadas federais e na Assembleia Constituinte de 1987 contou-se com vinte e quatro mulheres deputadas constituintes.

Em 1995, teve lugar em Beijing, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que culminou em uma plataforma de ação para os países signatários, entre eles o Brasil, destinada ao empoderamento da mulher⁴.

A Declaração e a Plataforma de Beijing abordam diversos temas afeitos aos direitos das mulheres, dentre os quais destaca-se, para a presente análise, as contribuições sobre a necessária participação ativa da mulher em todas as dimensões da vida pública e privada. A Convenção e a Plataforma (ONU Mulheres, 1995, *on line*) abriram caminho para a idealização de uma política

⁴ Empoderamento é “um construto que liga forças e competências individuais, sistemas naturais de ajuda e comportamentos proativos com políticas e mudanças sociais”. PERKINS, Douglas D.; ZIMMERMAN, Marc A. Empowerment theory, research, and application. *American journal of community psychology*, n. 5, v. 23, 1995, p.1 (tradução livre).

pública que estimule a participação feminina nos espaços da política institucional, salientando-se que na última década do século XX a representatividade das mulheres não chegava a 6% do total de cadeiras do Congresso Nacional brasileiro.⁵

A conclusão da Convenção de Beijing é que o caminho para se conseguir paridade nos espaços sociais, políticos e econômicos passa por garantir que poder e responsabilidades (do lar, do trabalho, da sociedade) sejam compartilhados. É “mediante uma participação plena e em igualdade de condições no processo de tomada de decisões econômicas, sociais, culturais e políticas” (ONU Mulheres, 1995, *on line*) que se chegará a uma igualdade material entre homens e mulheres. Nas palavras de Sacchet (2009, p. 308): “Desde a IV Conferência da Mulher em Beijing, em 1995, fóruns das Nações Unidas têm afirmado a importância da paridade de homens e mulheres em espaços parlamentares e em organizações políticas”.

A baixa participação das mulheres nos espaços políticos não é uma prerrogativa da política brasileira. Poucos países ocidentais conseguem ter uma participação expressiva das mulheres no parlamento (IPU, 2017)⁶.

2 INSTRUMENTOS NORMATIVOS DA POLÍTICA DE COTAS ELEITORAIS BRASILEIRAS

A primeira política de cotas eleitorais estabelecida no Brasil, pela Lei nº 9.100/1995⁷, referiu-se especificamente às eleições municipais, a serem realizadas em outubro de 1996.

O artigo 11º, § 3º, versando sobre o registro dos candidatos, determinou que os partidos políticos deveriam preencher as vagas nas chapas ou coligações eleitorais com, no mínimo, 20% de mulheres. Firmou-se a obrigatoriedade do preenchimento de vagas na chapa eleitoral por mulheres (em um percentual mínimo de 20%), contudo, não se tratou sobre recurso para campanha, tempo de propaganda na televisão ou medidas (ainda que de curto prazo) para garantir igualdade de oportunidade na disputa; definiu-se, exclusivamente, o espaço na lista e um percentual mínimo.

O *caput* do artigo 11 determinou que os partidos políticos poderiam registrar chapas com até 120% do número de lugares a preencher, isto é, os partidos não diminuiriam em 20% a participação dos candidatos homens para acomodar as candidatas, os partidos poderiam aumentar o número de candidatos para incluir o percentual mínimo de mulheres.

Apesar de pouco complexa, referida alteração suscitou uma série de discussões acerca de sua constitucionalidade: “deu margem ao questionamento sobre a inconstitucionalidade do artigo, pois estabeleceu um tratamento diferenciado para o sexo feminino” (ALVES, J., 2009, p. 19).

⁵ Em 1998, foram eleitas 29 deputas, um total de 5,6% do total de cadeiras da Câmara dos Deputados. Dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, *on line*).

⁶ Vale ressaltar que Ruanda e Bolívia são os únicos países, entre os 190 analisados pela União Interparlamentar (*Inter-Parliamentary Union*) onde as mulheres são a maioria no parlamento 61,3%, e 53,1% respectivamente. Em todos os outros, a proporção de homens é maior do que a de mulheres, inclusive em países com maior equidade de gênero, como a Finlândia, onde elas são 42%, a Dinamarca, 37, 4%, Austrália, 28, 7%. (IPU, 2017). O Canadá, onde o primeiro ministro, em 2016, se declarou feminista⁶ apenas 26,3% do parlamento é composto de mulheres.

⁷ Destaca-se a liderança da deputada Marta Suplicy, com o apoio da bancada feminina, para garantir a aprovação da referida lei.

Passados dois anos, foi sancionada a Lei nº 9.504/1997, nova lei eleitoral brasileira, que definiu como política de cotas, a *reserva de vagas*. Os partidos não estavam obrigados a preencher as vagas com mulheres, mas sim reservá-las; logo, caso não conseguissem ou não desejassem, poderiam apenas não preenchê-las.

A Lei nº 9.504/1997, ao prever a política de cotas, no artigo 10, § 3º, optou pelo uso do termo *sexo* e não *mulher*: “cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”.

A mencionada lei previu, ainda, o aumento do percentual mínimo de vagas de candidaturas por *sexo*, que passou de 20% para 30%, e a ampliação da regra para todos os níveis (municipal, estadual e federal, tendo em vista que a Lei nº 9.100/1995, regulamentava apenas a eleição municipal de 1996).

A Lei nº 9.504/1997 aumentou o número de candidatos que cada partido poderia inscrever em suas chapas, de forma permanente e para todas as eleições, o que conferiu aos partidos políticos uma espécie de bônus: “Art. 10º - Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, **até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher**” (grifou-se).

Os partidos políticos, que até então tinham que formar as suas chapas com o número de cadeiras existentes na casa legislativa, passaram a poder contar com 50% a mais de candidatos do que de cadeiras, ou seja, com uma lista com nomes que corresponderiam a 150% do número de assentos disponíveis.

O número de candidatos aptos a disputar uma vaga se ampliou (de 100% para 150% das cadeiras em disputa) e a não obrigatoriedade de preenchimento das cotas foi mantida, a exemplo da legislação de 1995, o que resultou em diminuição do impacto da medida aprovada, e retirou o seu caráter ‘polêmico’ e o interesse pelo debate (PINHEIRO, 2006, p. 71).

Apesar das inovações, o impacto causado pelas duas leis foi pequeno nas eleições municipais para a legislatura 1997-2000: as mulheres passaram de 8% para apenas 11% das cadeiras legislativas municipais. (TSE, *online*)

O cenário das eleições para o Congresso Nacional foi ainda pior. Apesar da cota, apenas 29 mulheres foram eleitas deputadas federais, quatro a menos do que na legislatura anterior. A despeito da legislação, o Brasil chegou ao século XXI com uma representação feminina no Congresso Nacional por volta de 6%.

A avaliação feita na época responsabilizou o pouco tempo de existência da lei e a má divulgação junto à sociedade pelo fraco desempenho da ação afirmativa (MIGUEL, 2000, p. 100).

Em 2002, foram eleitas 42 mulheres para a câmara federal dos deputados, o que representou um aumento de 45% em relação à eleição anterior. O resultado foi expressivo e transformou a bancada de mulheres deputadas em um grupo numericamente importante.

É inequívoco que garantir um número significativo de mulheres no Congresso Nacional não assegura uma uniformidade de discurso ou um alinhamento de pauta política em prol da equidade de gênero. Reconhece-se as singularidades e multiplicidades de anseios e identidades femininas e, desta forma, não se poderia almejar uma linearidade de atuação política.

Todavia, deve-se reconhecer que há demandas que afetam diretamente as mulheres, como a violência doméstica e familiar (em que pese espalhar suas consequências por toda a sociedade), e que são temas negligenciados pela sempre volumosa agenda política nacional.

Diante disto, pugnar por uma representação proporcional de mulheres e homens nos espaços públicos de poder, significa maximizar as chances de se abordar temas historicamente aliçados das discussões políticas.

É neste sentido que se entende que a aprovação da Lei nº 11.340/2006⁸ (Lei Maria da Penha) não foi um acaso. Apesar do projeto de lei ter sido encaminhado pelo Poder Executivo, em resposta à condenação brasileira pelo Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, a bancada feminina, em conjunto com a então Secretaria de Política para as Mulheres da Presidência da República-SPM, trabalharam arduamente para agilizar a tramitação do projeto de lei nas casas legislativas e contribuíram para sua rápida aprovação (CALAZANS, CORTES, 2011). Referida Lei, após dez anos de sua publicação, ainda é o instrumento jurídico nacional mais importante no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Na eleição seguinte, em 2006, o número de deputadas passou de 42 para 45, um acréscimo modesto, que representou a estagnação da participação feminina em menos de 10% do total de congressistas na casa legislativa federal.

Percebe-se, pois, que instituir uma política de cotas não é suficiente para alterar uma conformação histórico política de décadas. Ações isoladas e sem continuidade há muito são descritas como ineficientes para modificar qualquer aspecto da realidade, especialmente, quando se refere à política, setor historicamente dominado por homens. As contribuições de Eneida Martins (2007, *on line*) corroboram esse pensamento: “No Brasil, as cotas não promoveram mudanças significativas no quadro da Câmara dos Deputados, por que não ampliaram os caminhos para a vitória eleitoral das mulheres. As candidatas ainda precisam, em um primeiro momento, do eleitor”.

Nesse mesmo sentido, as palavras de Miguel (2003, p. 31) sobre a participação política das mulheres após a inclusão das cotas:

Nosso sistema eleitoral, com listas abertas, apresenta vantagens do ponto de vista da autonomia dos eleitores, mas é negativo para política de cotas. Pior ainda é o fato de que a legislação não exige o preenchimento das vagas reservadas às mulheres, não lhes garante recursos nem tempo de rádio e TV e permite que cada partido lance um número de candidatas superior às vagas em disputa. Diante de tudo isso, não é de espantar que as cotas eleitorais tenham tido um reflexo modesto na composição do poder legislativo.

Ainda sobre o tema, Clara Araújo (2001, *on line*) arremata:

Na ausência de mecanismos objetivos que gerem ou estimulem debates, o processo vem sendo marcado por procedimentos burocráticos e formais. Com efeito, a característica do sistema eleitoral brasileiro, aliada ao tipo de legislação adotada, ajuda-nos a entender o porquê de as duas leis de cotas no Brasil terem sido apoiadas com relativa facilidade por todos os partidos, independentes dos perfis ideológicos: em virtude do seu baixo impacto quanto à capacidade de alterar padrões de competição eleitoral no país e, conseqüentemente, modificar a situação das mulheres na representação proporcional.

⁸ A Lei 11.340/2006 cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 30 abr. 2016.

Em 2009, foi aprovada a Lei nº 12.034⁹, conhecida como a minirreforma eleitoral, que alterou a lei dos partidos políticos, a já comentada Lei nº 9.504/1997. A minirreforma trouxe três conquistas para as mulheres: a participação de 5% no fundo partidário para a criação e a manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres¹⁰; 10% do tempo de propaganda partidária para promover e difundir a participação política feminina¹¹; e a obrigatoriedade do preenchimento do mínimo de 30% e máximo de 70% para a candidatura de cada sexo (em substituição à anterior “reserva de vagas”). A partir de 2009, não seria mais possível apenas reservar, nem deixar as vagas vazias; o preenchimento do percentual mínimo por cada um dos sexos passou a ser obrigatório.

Tais modificações legais, apesar de não comporem, especificamente, a regra de cotas eleitorais, inserem-se no conjunto de medidas legais que visam a uma maior igualdade de gênero nas esferas de poder no Brasil.

A obrigação de respeitar a proporção mínima de 70% e 30% para cada um dos sexos, viabilizou que os partidos apresentassem, mais uma vez, um número de candidatos maior do que o número de vagas. Essa medida que ficou conhecida como *cláusula de escape* que significa a possibilidade de as chapas serem formadas por até 150% de candidatos do número de cadeiras a preencher. Na prática, a *cláusula de escape* se traduziu no aumento das vagas para os homens, como explicita Thiago Costa (2008, p. 33):

Na prática, o que aconteceu foi um aumento de vagas para os homens. Numa localidade cujo parlamento possuísse 100 assentos, por exemplo, um partido qualquer podia anteriormente lançar 100 candidaturas. Se as cotas fossem aplicadas sem aumentar o número de candidaturas, o partido teria que lançar no máximo 70 homens e no mínimo 30 mulheres na disputa eleitoral. Com a ampliação do número de candidaturas possíveis para 150% dos assentos nos parlamentos, na mesma localidade **um partido passou a poder lançar 150 candidatos. Destes 105 podem ser homens (70%) e 45 mulheres (30%)**. (grifou-se).

Uma outra dificuldade para tornar efetiva a cota eleitoral foi a ausência de sanção para os partidos que não respeitassem os limites estabelecidos na lei. Não havia nenhuma espécie de ônus pelo descumprimento da proporção 70%-30%, não havia, pois, obrigatoriedade real: “Nenhuma das duas leis previu punições aos partidos que não cumprissem ou preenchessem as cotas, o que constrangeu a capacidade das cotas em promover mudanças na composição por sexo das listas de candidatos” (COSTA, T., 2008, p. 32).

⁹ As conquistas da lei são resultado de reivindicações antigas dos defensores das cotas eleitorais de gênero, tendo, inclusive, composto o relatório final da comissão tripartite (representantes dos poderes legislativo, executivo e de organizações da sociedade civil).

¹⁰ Artigo 44: “Criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observando o mínimo de 5% (cinco por cento) do total”. Este inciso teve sua redação alterada em 2015, pela Lei nº 13.165, veja-se a redação atual: Artigo 44: “Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados: [...] V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e mantidos pela secretaria da mulher do respectivo partido político ou, inexistindo a secretaria, pelo instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política de que trata o inciso IV, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total” (BRASIL, 1995, *on line*).

¹¹ Artigo 45: “A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade: [...] IV Promover e difundir a participação política feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 10% (dez por cento) do programa e das inserções a que se refere o art. 49” (BRASIL, 1995, *on line*).

Em 2010, o Brasil elegeu a primeira mulher presidente do país, ineditismo que não foi suficiente para alterar o quadro da representação das mulheres em cargos eletivos federais, uma vez que a legislatura da primeira mulher na presidência contou com, apenas, 9,6% de deputadas.

As cotas que existem desde então não alteraram nada deste quadro partidário; a taxa de participação de candidatas e eleitas permanece estagnada. Comparem as bancadas eleitas em 2006 e 2010: tem-se um mesmo número de mulheres eleitas, nem parece que houve uma mudança na legislação eleitoral que determinou em 2009 uma mudança na legislação eleitoral para estimular as candidaturas femininas... Estas regras estão escritas nas leis, mas não nas vidas das mulheres (BANDEIRA; MELO, 2010, p. 30).

As eleições municipais de 2012 apresentaram leve incremento, pois as mulheres se elegeram para 13,3% das cadeiras das câmaras municipais e 11,8% das prefeituras (TSE, 2012, *on line*). Ainda que se considere este aumento um avanço, a presença feminina em cargos públicos eletivos é ínfima, especialmente, se analisada a partir do dado de que as mulheres correspondem a 51,5% da população brasileira (PNAD; IBGE, 2011, *on line*). Ademais, em junho de 2013, as mulheres brasileiras correspondiam a 52% do total de eleitores e a 58% dos eleitores com curso superior completo.

A Secretaria de políticas para as Mulheres do Governo Federal, em sua avaliação sobre a eleição de 2012, já sob a égide da minirreforma eleitoral, afirmou:

Não podemos perder de vista uma questão central: a efetiva igualdade de gênero na política não será resolvida por mudanças institucionais pontuais, ainda que essas possam contribuir com o processo. Para que a igualdade se coloque na ordem do dia será necessário ir às raízes do problema, buscando refletir as razões que afastam as mulheres da política e a articulação dessa ausência com outras manifestações da desigualdade de gênero, assim como de raça, orientação sexual, etc. (BRASIL, 2012, *on line*, p. 64).

Na legislatura de 2010-2014, 46 mulheres ocuparam cadeiras na Câmara dos Deputados. Nas eleições de 2012 para prefeituras e câmaras de vereadores, as mulheres se elegeram para 8.287 vagas de vereadoras, representando 13,9 % do total das cadeiras de vereança do país, e para 657 prefeituras, correspondendo a 11,84 % das cidades brasileiras (SPM, *on line*).

O Brasil, que em 2013 estava na já desconfortável 120ª posição (IPU, 2013, *on line*) dentre os mais de 190 países analisados pela ONU Mulheres e União Interparlamentar – UIP, no ranking sobre participação política das mulheres no parlamento, ocupa atualmente a 154ª posição, com 55 das 513 cadeiras da Câmara Federal e 12 dos 81 assentos do Senado ocupados por mulheres (ONU Brasil, 2017, *on line*). A situação piora quando o cenário é o Poder Executivo, “com apenas uma ministra, o Brasil ficou na 167ª posição no ranking mundial de participação de mulheres no Executivo, que analisou 174 países” (ONU Brasil, 2017, *on line*).

Resta incontestado que a presença significativa de mulheres em cargos políticos eletivos permanece um desafio. Confirma-se que as cotas não são suficientes e, neste sentido, importante apresentar algumas ponderações que objetivam compreender o pouco avanço, apesar da existência de uma política de cotas.

A existência da *cláusula de escape* e a não previsão de punição pelo não cumprimento da cota contribuíram para que não houvesse uma forte resistência à política de cotas, especialmente, por parte dos homens, uma vez que suas candidaturas não foram afetadas pela mudança. Demonstra-se, destarte, que não houve mudanças estruturais, o que confere aos avanços obtidos um caráter mais simbólico do que real, ao menos, a curto prazo.

Ainda no que tange à reflexão sobre a (in)eficiência da cota eleitoral, diversos autores apontam o sistema político eleitoral do Brasil como um fator determinante para o não êxito da

ação afirmativa. No Brasil, o sistema eleitoral é de lista aberta, cada partido apresenta seus candidatos e candidatas em uma lista não ordenada e os eleitores escolhem em quem votar.

Na democracia brasileira, o poder de escolha está com o eleitor e os candidatos competem entre si (seja com os candidatos dos outros partidos, seja com os candidatos do seu próprio partido) por uma vaga. Outras democracias optam pelo sistema de listas fechadas, em que o partido político organiza uma lista pré-ordenada que determina a ordem de eleição dos candidatos, a partir do número de votos que o partido receber. O eleitor vota no partido e não no candidato em si. O poder de decidir quem estará no início da lista e com maiores chances de eleição está nas mãos dos dirigentes partidários e não do eleitor.

Na análise de Clara Araújo (2001, p. 19), a lista aberta traz mais dificuldade ao processo de maior equilíbrio representativo:

As cotas tendem a apresentar maior eficácia nos sistemas de listas fechadas ou semi-fechadas e menor nos sistemas de listas abertas. A formação de uma lista de nomes para concorrer em sistemas eleitorais como o do Brasil, em que o voto pode ser exclusivamente no candidato e a competição é muito individualizada, tende a ser um procedimento formal e legal. Não se vota em lista, mas sim no candidato. É ele que o eleitor fica conhecendo na propaganda eleitoral, muitas vezes feita de maneira desvinculada do partido. Desse modo, compor uma lista de nomes partidários não diz nada sobre prioridades ou estar efetivamente no cenário da disputa.

Entretanto, referido posicionamento é controverso. Autores como Rule e Shugart (1995, *on line*) defendem que a lista aberta não é obrigatoriamente um empecilho para composição de um parlamento mais equânime. Apontam, em uma pesquisa com 28 países, realizada entre 1970 e 1991, que nos Estados onde as listas são fechadas ou possuem voto distrital as mulheres têm menos condições de conseguir se eleger: *“Women would appear to have less opportunity for parliamentary election where voter’s choice is limited, where they must choose only a fixed party slate of candidates, and where single members districts are used, as in the United States”*¹² ([s/d], *on line*).

Importante ressaltar, entretanto, que os autores brasileiros, na sua maioria, entendem a lista aberta como uma dificuldade para as cotas eleitorais. Luiz Felipe Miguel (2000, p. 99) reforça as ideias de Clara Araújo (2001), e compara o sucesso das cotas eleitorais nos países escandinavos ao fraco desempenho no Brasil:

A diferença pode ser, em parte, creditada ao sistema eleitoral. Um sistema de listas fechadas, como adotado na Suécia e na Noruega, faz com que a alteração promovida pelos partidos na seleção dos candidatos seja transferida quase automaticamente para os eleitos. No caso brasileiro, em que o eleitor vota antes no candidato do que no partido, a possibilidade de grandes disparidades entre a composição das listas de candidatos e do parlamento é bem maior.

Outro fator apontado como uma dificuldade institucional ao sucesso da lei de cotas seria a falta de cláusula de barreiras no sistema eleitoral brasileiro. Existe um universo de pequenos partidos políticos que não necessitam de um resultado eleitoral mínimo para continuar existindo.

Houve uma tentativa de se impor uma cláusula de barreira no Brasil¹³, contudo, o Superior Tribunal Federal – STF compreendeu que referida cláusula cercearia o direito à livre criação dos partidos políticos, em uma afronta ao artigo 17, *caput*, da Constituição Federal de 1988 - CF/88:

¹² “As mulheres parecem ter menos oportunidade para a eleição parlamentar em que a escolha do eleitor é limitada, quando deve escolher apenas uma chapa de candidatos do partido fixo, e quando são utilizados distritos únicos, como nos Estados Unidos” (tradução livre).

¹³ Por meio da Lei 9.096/1995, quando se aprovou que a partir de 2006 os partidos que não alcançassem 5% do eleitorado nacional perderiam direitos nas casas legislativas e recursos do fundo partidário, bem como teriam o tempo de rádio e televisão diminuídos.

“É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana” (BRASIL, 1988, *on line*).

O STF decidiu pela inconstitucionalidade da proposição, sob o fundamento de que limitar a criação e a ampla participação de partidos políticos no processo eleitoral brasileiro seria, também, incompatível com o disposto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Desta forma, o sistema partidário brasileiro continua a ser um dos mais fragmentados do mundo, tendo um grande número de pequenos partidos.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional uma série de projetos de lei que almejam ampliar a participação feminina na política e, mais especificamente, nos cargos eletivos¹⁴. Os debates acerca da reforma política têm incluído opiniões diversas sobre as formas possíveis de impulsionar a igualdade de representação, mas ainda não se chegou a um consenso sobre qual método seria mais eficiente ou mesmo se seria por meio de ação afirmativa de cotas que se transformaria essa realidade.

Destarte, chega-se a 2017 com a certeza de que a participação feminina na política brasileira é inexpressiva e que a existência de cotas eleitorais não é suficiente. É imprescindível que haja uma sensibilização e preparação das mulheres para a relevância de ocuparem cargos públicos eletivos.

Estudo comparativo com outros países revela que a aplicação da lei não é suficiente para que haja incremento na quantidade de cadeiras ocupadas por mulheres, sendo necessário capacitar e criar programas de apoio, realizando campanhas de incentivo, a fim de despertar as condições para que as mulheres participem dos processos decisórios da nação. As mulheres ocupam hoje baixos percentuais de vagas nos cargos eletivos no Brasil. São 10% dos deputados federais e 14% dos senadores, embora

¹⁴ 1 - PL-23552/2000 (autora: Rita Camata): Destina metade das vagas para cada sexo, nas eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais; 2 - PL-4649/2001 (autor: Paulo Baltazar): Aumenta para cinquenta por cento o número de vagas para cada partido ou coligação deverá reservar para candidaturas de cada sexo (homem e mulher); 3 - PL-6216/2002 (autora: Luiza Erundina): Destina 30% (trinta por cento) dos recursos do fundo partidário à criação e manutenção de programas de promoção da participação política das mulheres, e prevê tempo na propaganda partidária gratuita para a mesma finalidade; 4 - PL-286/2003 (autora: Laura Carneiro): Destina pelo menos 30% (trinta por cento) dos recursos dos Fundos Partidários à formação e capacitação política feminina; 5 - PL-719/2003 (autora: Mariângela Duarte): Destina, no mínimo, 30% (trinta por cento) dos recursos oriundos do Fundo Partidário para a criação de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, e no mínimo 30% (trinta por cento) para a capacitação política da mulher; 6 - PL-4804/2005 (autora: Vanessa Grazziotin): Obriga cada partido ou coligação a preencher a cota mínima de candidatura registrada de cada sexo; acarreta a nulidade do pedido de registro das candidaturas em caso de descumprimento do limite fixado; 7 - PL-607/2007 (autor: Jô Moraes): Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, instituindo multa em caso de descumprimento da cota de candidaturas de cada sexo; 8 - PL-608/2007 (autor: Jô Moraes): Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, instituindo a lista preordenada de candidatos e a cota de candidaturas de cada sexo; 9 - PL-1210/2007 (autor: Regis de Oliveira): Dispõe sobre as pesquisas eleitorais, o voto de legenda em listas partidárias preordenadas, a instituição de federações partidárias, o funcionamento parlamentar, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha e as coligações partidárias, alterando a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições); 10 - PL-4636/2009 (autor: Poder Executivo): Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para dispor sobre o voto em listas partidárias pré-ordenadas. Na proposta apresentada os partidos ficariam obrigados a garantir ao menos na primeira metade das suas listas, a existência de ambos os gêneros a cada três candidatos. (além do Projeto de Lei nº 4634/2009, específico para o financiamento público de campanha); 11 - PL-6316/2013 (autor: Luísa Erundina e outros): Dispõe sobre o financiamento das campanhas eleitorais e o sistema das eleições proporcionais alterando a lei nº 4.737/65 (código eleitoral), a Lei nº 9096/95 (Lei dos Partidos Políticos), Lei nº 9504/97 (Lei das eleições) e a Lei nº 9709/98 que discorre sobre a forma de subscrição de eleitores e iniciativa popular. Disponível para consulta em: www.camara.gov.br.

sejam metade da população e da força de trabalho na economia. O percentual é idêntico nas Assembleias Estaduais e menor ainda nas Câmaras de Vereadores e no Poder Executivo (TSE, 2016, *on line*).

Há diversos projetos que propõem alterações à legislação eleitoral brasileira, dentre os quais onze contemplam algum tipo de política pública para ampliar a presença das mulheres no cenário político nacional¹⁵. Os projetos, na sua maioria de autoria de deputadas, pretendem dar mais efetividade à política de cotas já instituída, tentando preencher as lacunas que a estrutura atual tem, como falta de punição aos partidos não cumpridores das cotas e o não cumprimento dos percentuais relativos ao recurso do fundo partidário e ao tempo de rádio e televisão para as campanhas das mulheres.

3 PARA ALÉM DA POLÍTICA DE COTAS: ALGUMAS REFLEXÕES

Uma reflexão que se impõe sobre o tema é se a presença da mulher no parlamento é suficiente para fazer com que o sistema de representação política se torne mais democrático e se configure em um espaço de efetiva contribuição igualitária de homens e mulheres.

Esse ponto de inflexão é relevante, pois se desdobra na ponderação sobre a necessidade de as mulheres eleitas (vereadoras, deputadas, governadoras etc.) protagonizarem uma atuação comprometida com temas historicamente alinhados à luta pelos direitos das mulheres, como igualdade salarial e enfrentamento à violência doméstica e familiar.

Por um lado, o aumento do número de mulheres em cargos eletivos é, por si só, uma conquista, na medida em que a política, em especial os cargos eletivos, é um espaço ocupado predominantemente por homens¹⁶.

O IBOPE e o Instituto Patrícia Galvão, com o apoio da ONU MULHERES, são responsáveis por desenvolver a pesquisa *Mais Mulheres na Política*, por meio da qual se constatou que 71% dos entrevistados consideram a reforma política importante ou muito importante para garantir 50% de homens e 50% de mulheres nas listas de candidaturas dos partidos; 8 em cada 10 entrevistados consideram que deveria ser obrigatória a participação das mulheres em metade das cadeiras nas casas legislativas já que as mesmas correspondem a metade da população; 78% concordam que os partidos políticos deveriam apresentar suas listas de candidatos com 50% de cada gênero e 73% defendem punição aos partidos que não cumprirem essa determinação dos 50%: “Os resultados da Pesquisa Ibope/Instituto Patrícia Galvão indicam, de forma contundente, a demanda da sociedade brasileira pelo fortalecimento e ampliação da participação das mulheres nos espaços de poder e decisão”. (IBOPE; INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, *on line*).

As mulheres representam mais de 50% do eleitorado brasileiro, conforme indicado anteriormente, não sendo razoável que se mantenha índices tão baixos de representação. Em uma democracia espera-se que na definição das questões gerais da política pública a população esteja proporcionalmente representada. Romper com essa reprodução sistemática pode ser apontada

¹⁵ Na contramão desses projetos, indica-se o projeto de iniciativa popular capitaneado pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB, referente à reforma política, não faz uma só referência a políticas específicas sobre igualdade de gênero. A proposta defende eleições mais transparentes, com maior controle social, menor número de candidatos, mas não faz menção a uma maior igualdade entre homens e mulheres (CARTILHA ELEIÇÕES LIMPAS, *on line*).

¹⁶ Neste sentido, relevante indicar o compromisso do Comitê da CEDAW em acompanhar os desdobramentos dos esforços dos Estados signatários da Convenção para a equidade na participação da vida política e pública. Para uma leitura sobre o tema vide (PRÁ, 2014).

como um ganho. A *política de presença* é um primeiro passo para a consolidação da igualdade de participação.

É preciso compreender que em uma democracia representativa, como no caso do Brasil, o parlamento deve ser uma expressão da diversidade da sociedade a qual ele representa “[...] ele não precisa refletir exatamente as características de seu povo, mas, para que seja minimamente representativo, deve guardar uma proporção de identidade entre representantes e representados, com características sociais comuns entre ambos” (PINHEIRO, 2006, p. 106). Destarte, a presença feminina em contingente, minimamente, representativo, deve ser buscada.

Em um cenário ideal, as políticas de cotas seriam tema ultrapassado, pois a presença feminina em assentos eletivos seria uma realidade consolidada. Entretanto, não é o panorama da política brasileira.

Por outro, deve-se reconhecer que a discriminação de gênero é realidade multifacetada, a qual demanda ações diversas, reconhecendo-se a limitação dos benefícios oriundos deste equilíbrio numérico. Nas palavras de Miguel (2000, p. 34): “As cotas não ampliam a representação das mulheres, apenas o número de mulheres atuando como representantes. Quer dizer, elas não garantem, por si só, que o sistema político se torne mais receptivo às demandas das mulheres”.

A maior presença das mulheres como representantes é a superação de uma desigualdade, mas não necessariamente avança nas conquistas sobre a agenda feminista. Nas palavras de Miguel (2000, p. 34):

Assim, creio que existem dois processos paralelos, que se relacionam entre si, mas não se esgotam um no outro. Um é a ampliação da presença das mulheres nos espaços da política, que inclui, como mecanismo importante, as cotas. Outro é a ampliação do peso da agenda feminista no debate público.

A relevância da participação das mulheres nos espaços de poder tem se justificado por diversos argumentos, dentre os quais se destaca 1) a política de desvelo; e a 2) dicotomização de interesses entre *assuntos de homem x assuntos de mulher*.

O primeiro se refere à alegada diferença comportamental entre homens e mulheres, em que a presença da mulher na política seria o caminho para uma política mais sensível, mais afável, mais generosa, pois a mulher traria para política um olhar de defesa de valores mais humanos, em contraponto com a postura agressiva dos homens, que entendem a política apenas como um jogo de poder (PINHEIRO, 2006).

Essa *política de desvelo* reflete a “Ideia de que as mulheres trariam um aporte diferenciado à esfera política, por estarem acostumadas a cuidar dos outros e a velar pela família” (MIGUEL, 2000, *on line*) encontra diversas críticas pois reafirma a naturalização das diferenças e nem sempre condiz com a realidade.

Tal visão, no entanto, tem sido alvo de inúmeras críticas. Primeiro, por ratificar papéis de gênero, deslizando sempre para a naturalização das diferenças. Segundo, porque a experiência de mulheres no poder tem demonstrado que a relação entre gênero e “política de desvelo” não é inequívoca, o que indica que homens e mulheres podem exercer o poder da mesma maneira (PINHEIRO, 2006, p. 53).

Outra crítica contundente à *política de desvelo* diz respeito à caracterização da atuação das mulheres como uma ação em prol dos outros, uma atuação desinteressada, diferente da atuação masculina que seria, por princípio, uma *política de interesse*. Esse entendimento, novamente, coloca a mulher no lugar de um sujeito que não tem interesse próprio, que sempre coloca a vontade/necessidade dos outros acima dos seus desejos, objetivos, um sujeito submetido.

O segundo aspecto refere-se às diferenças de interesses entre homens e mulheres, as quais interfeririam diretamente na pauta de atuação de cada um. As mulheres precisariam estar representadas, pois as mesmas têm temáticas próprias que só elas poderiam defender. Seria papel da mulher lutar por creches, por políticas de saúde da mulher, por melhores maternidades, por leis trabalhistas de assistência às gestantes, contra a discriminação sexual, enfim, por temas que os homens não teriam interesse por não dialogarem com problemas que os afligem cotidianamente.

Questiona-se o entendimento de que apenas o fato de ser mulher não é suficiente para definir sua atuação política. Outras características como etnia, classe social, orientação sexual, origem familiar, ideologia partidária influenciam suas decisões, e o fato de ser mulher pode não ser suficiente para comprometer alguém com as questões femininas e mesmo dentre as questões ditas femininas as histórias de cada mulher moldará sua forma de atuação. Ademais, percebe-se que os ditos temas femininos são, na realidade, assuntos de interesse de toda a sociedade.

Reconhece-se que há diferenças inerentes às vivências que se dão a partir dos papéis sócio culturalmente estabelecidos para homens e mulheres: “a inclusão de mulheres na esfera política é a possibilidade de realmente se alcançar o pluralismo de perspectivas que caracteriza sociedades tão fragmentadas como as contemporâneas” (PINHEIRO, 2006, p. 56).

Percentual significativo da população ainda acredita e convive com papéis estanques e predeterminados para homens e mulheres. Neste sentido, ainda que se defenda que as atividades e funções da vida pública e privada são intercambiáveis, entende-se que a ordem social vigente ainda impõe o parâmetro dicotômico, que balizou a formação dos homens e das mulheres atualmente aptos a ocupar cargos públicos. Desta forma, ao menos a curto prazo, garantir a contribuição das mulheres na vida pública significa contemplar paradigma diferente do defendido pelos homens.

Todavia, habilidades são aprimoradas e novos saberes apreendidos, diante disto, é necessário que as mulheres experienciem a vida pública, as responsabilidades, desafios e competências necessárias aos cargos públicos. Legislar se aprende legislando, e para as mulheres conseguirem atuar nos espaços de poder de forma eficiente e adequada é imprescindível que ocupem esse espaço.

Diante disto, defende-se a relevância de uma participação, senão proporcional, ao menos significativa de mulheres na política brasileira como uma forma de fortalecer o pacto democrático nacional, que pugna por uma sociedade justa, igualitária e livre de quaisquer espécies de discriminação.

4 AS MULHERES NO CONGRESSO NACIONAL BRASILEIRO: CONTRIBUIÇÕES SOBRE PERFIL E ATUAÇÃO

As poucas parlamentares eleitas no Brasil têm um perfil que merece atenção, pois seu conhecimento possibilita uma melhor compreensão sobre as motivações que alçam referidas mulheres à vida pública.

Neste sentido, as pesquisas desenvolvidas por Pinheiro (2006) e Miguel (2003) arrimarão as reflexões a seguir apresentadas, pois parte da premissa de que as pessoas ao ingressarem no *campo político* trazem algum tipo de *capital político*, isto é, alguma força social ou simbólica capaz de garantir votos e legitimidade (PINHEIRO, 2006), o que se aplica, indistintamente, aos homens e às mulheres.

O capital político é, em grande medida, uma espécie de capital simbólico; o reconhecimento da legitimidade daquele indivíduo para agir na política. Ele baseia-se em porções de capital cultural (treinamento cognitivo para a ação política), capital social (rede de relações estabelecidas) e capital econômico (que dispõe do ócio necessário à política). Como toda forma de capital, o capital político está desigualmente distribuído na sociedade. Na base da pirâmide temos os simples eleitores que podem apenas optar por uma entre as alternativas propostas, sem praticamente nenhuma voz ativa na vida política; no topo, os líderes que são os autores das alternativas em jogo e que são *reconhecidos* como representantes dos diversos segmentos sociais. (MIGUEL, 2003, p. 121).

Neste sentido, ambos os autores partem das premissas estabelecidas por Bourdieu (1994) sobre dominação e poder simbólico¹⁷ e recriam categorias de capital político mais próximos da realidade brasileira. Desta forma, Miguel (2003) apresenta o *capital delegado* e o *capital convertido* como categorias do capital político, em razão da fragilidade das estruturas partidárias e superficialidade do capital político dos partidos brasileiros.

Para o autor (MIGUEL, 2003, p. 121) o *capital delegado* pode ser compreendido como o capital originário do próprio campo político e/ou estatal, ou seja, da prévia ocupação de cargos públicos (eletivos ou cargos de confiança) no Poder Executivo, da notoriedade por mandatos eletivos anteriores, e da militância partidária; o *capital convertido* origina-se da popularidade obtida em outros campos (médicos, cantores, esportistas de renome), a qual é deslocada para a política, bem como a transferência do capital econômico, por meio de campanhas eleitorais dispendiosas.

As reflexões de Pinheiro (2006), partindo da divisão proposta por Miguel (2003), apresenta uma tipologia, com o intuito de melhor compreender a realidade brasileira, em especial, a relevância de cada uma na eleição de parlamentares mulheres, no interregno de 1987 a 2002.

Aponta 1) *capital político delegado* (subdividido em 1.1 capital político delegado da família; 1.2 capital político delegado do campo político; e 1.3 capital político delegado de movimentos sociais); e 2) *capital político convertido*.

O capital político delegado, subdividido nas 3 categorias acima mencionadas, alberga a ideia de que há uma expertise sobre as particularidades do campo político que desenvolvida por meio de 1) envolvimento da família com o campo político; 2) ocupação de cargos políticos não eletivos; e 3) militância em movimentos sociais,

O *capital político delegado da família* é oriundo das relações familiares, seja por nascimento ou casamento; no caso das mulheres seja por ser filha, mãe ou esposa. Talvez seja o capital político mais tradicional e nem sempre visto com bons olhos pelas feministas da atualidade, por entenderem que a eleição não foi, de fato, uma conquista das mulheres, mas sim um espaço dado à mulher em nome de um homem: “[está] mais relacionado às instituições - partidos ou famílias - à ocupação de cargos públicos e políticos e à própria militância partidária” (PINHEIRO, 2006, p. 89-90).

O *capital político delegado da ocupação de cargos políticos não eletivos* é o de capital político oriundo de uma notoriedade técnica. Há o reconhecimento público e notório da competência técnica, que viabiliza a transição para a política. Normalmente quem tem esse capital político tem uma bandeira única e consolidada, resultado do seu saber técnico e atuação profissional destacados.

¹⁷ Bourdieu (1994) não desenvolve uma catalogação estática das “espécies” de capital político, mas, de acordo com Miguel (2003) pode-se apontar, a partir das contribuições do sociólogo francês 3 subdivisões para o capital político: capital delegado, capital convertido e capital heroico.

O *capital político delegado pela participação em movimentos sociais* é conquistado pelas mulheres oriundas dos sindicatos, dos movimentos sociais urbanos e rurais, do movimento feminista, das lideranças que se forjaram na luta popular, principalmente, ocorrida após a redemocratização do Brasil.

O *capital político convertido*, por sua vez, se refere à pessoa que em sua atividade profissional de origem alcançou peculiar destaque, agregou valor à sua imagem e atuação. Diante disto, sua influência transcende este espectro inicial (sua área de atuação específica) e a alça à vida política: “originado de outros campos - como o esportista, o artístico ou o intelectual - e que se converte, em maior ou menor grau, em capital próprio da política” (PINHEIRO, 2006, p. 90). E ainda: “mulheres que, em função de seu reconhecimento em outros campos que não o político, conseguiram uma votação expressiva” (PINHEIRO, 2006, p. 96).

A partir da análise dos dados consolidados na tabela abaixo, percebe-se que mais de 40% das deputadas eleitas no período pesquisado (de 1987 a 2002) tinham o capital político familiar como seu principal esteio e 30% as deputadas oriundas dos movimentos sociais, com perfis bem diferentes. Como explica Pinheiro (2006, p. 96): “os perfis políticos e sociais das deputadas não nos permitem, portanto, falar em “mulher” no Parlamento. De fato, as mulheres são múltiplas, com identidades diversas e trajetórias distintas”.

Tabela 1 - Distribuição das deputadas, por tipo de capital político - Brasil, 1987 a 2002

TIPO DE CAPITAL POLÍTICO	Nº ABSOLUTO	%
Capital político delegado	37	48,7
Delegado dos movimentos sociais	23	30,3
Delegado da ocupação de cargos não eletivos	14	18,4
Delegado das famílias	31	40,8
Capital político convertido	8	10,5
Total	76	100

Fonte: PINHEIRO (2006, p. 116).

Contudo, a forma como as mulheres ingressam nos espaços de poder não responde inteiramente por sua atuação. As bandeiras partidárias, regionais, familiares e de movimentos específicos obviamente percorrerão a atuação das parlamentares. Porém, é um traço comum focarem as suas atuações legislativas em assuntos entendidos como “de mulher”, como, saúde, educação, e outros tema de *cuidado*. A conclusão do Relatório Anual 2009/2010 do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero (BRASIL, 2010, p. 42) aponta que:

Importante ter em consideração, ainda, a divisão sexual que se estabelece na ocupação de postos de decisão, segundo a área a que se refiram. As mulheres acabam voltando-se — ou sendo voltadas — para áreas que, de alguma forma, retomam uma visão estereotipada das atividades femininas. Elas se tornam responsáveis por áreas da saúde, da criança, de direitos humanos, enfim, áreas do cuidado. Áreas normalmente também menos valorizadas do que as majoritariamente masculinas.

No intuito de ilustrar o ponto exposto, observa-se a composição das comissões da Câmara dos Deputados 2013: enquanto a comissão de educação da câmara conta com cinco mulheres na titularidade, a comissão de desenvolvimento econômico, indústria e comércio conta apenas com uma.

Outro exemplo sobre a divisão sexual da atuação política, sem levar em conta diferenças ideológicas, partidárias e/ou regionais, é o quantitativo de proposições apresentadas por mulheres nas comissões permanentes.

No quadro abaixo verifica-se que o maior número de propostas sobre mulheres acontecem em comissões como seguridade social e família e que, em algumas comissões estereotipicamente masculinas, como comissão de segurança pública e combate ao crime organizado, não há sequer uma proposição que dialogue com as necessidades femininas (em uma estranha desconsideração, v. g., sobre o aumento do número de mulheres encarceradas no Brasil e no mundo, tema adstrito às discussões sobre segurança pública, crime organizado e sistema de justiça).

Tabela 2 - Quantitativo de proposições sobre a mulher por comissão permanente

Comissão	Proposições na Comissão (A)	Proposições sobre a mulher (B)	Percentual (B+A)
Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR)	125	0	0,0%
Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI)	482	1	0,21%
Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC)	3.092	37	1,2%
Comissão de Cultura (CCULT)	191	0	0,0%
Comissão de Defesa do Consumidor (CDC)	344	0	0,0%
Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC)	155	1	0,65%
Comissão de Desenvolvimento Urbano	55	0	0,0%
Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM)	93	1	1,08%
Comissão de Educação (CE)	312	1	0,32%
Comissão de Finanças e Tributação (CFT)	1.005	3	0,3%
Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC)	241	0	0,0%
Comissão de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia (CINDRA)	123	0	0,0%
Comissão de Legislação Participativa (CLP)	109	0	0,0%
Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CMADS)	327	0	0,0%
Comissão de Minas e Energia (CME)	150	0	0,0%
Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional (CREDN)	134	0	0,0%
Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado (CSPCCO)	211	0	0,0%
Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF)	818	20	2,44%
Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP)	629	7	1,11%
Comissão de Turismo e Desporto (CTD)	140	0	0,0%
Comissão de Viação e Transporte (CVT)	370	0	0,0%
TOTAL	9.106	71	0,78%

Fonte: Procuradoria Especial da Mulher da Câmara dos Deputados (2003, *on line*).

Percebe-se que determinados assuntos não dialogam com o universo feminismo, como se fosse possível dissecar a realidade entre temas que só afetam homens e assuntos que só interessam às mulheres, em uma negação da óbvia interdependência entre os múltiplos assuntos relevantes para o bem-estar humano e da coletividade.

O que se observa, todavia, é que a atuação das mulheres está mais vinculada à sua condição feminina em detrimento de sua filiação política, ideológica. Em despeito disto, Celi Pinto (2009, p. 44) defende que “a simples presença de mulheres como vitoriosas, sejam feministas ou não, em um quadro maduro de concorrência eleitoral, é muito revelador da posição ocupada pela mulher no espaço político da sociedade”.

Em um Estado Democrático de Direito deve-se atuar de acordo com a vontade da maioria, mas sem desconsiderar os direitos fundamentais das minorias, os quais precisam ser garantidos igualmente. Ademais, é importante avaliar quanto a sociedade brasileira entende a igualdade de gênero como um valor necessário à democracia; quanto a participação das mulheres, além de ser aceita, e até quista, é entendida como essencial à democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mulher brasileira participa do processo eleitoral, vota, é eleita deputada, senadora, prefeita, governadora e até presidenta, porém, esse lugar ainda não lhe é confortável. A presença feminina nos espaços institucionais de poder ainda é muito aquém da sua presença na sociedade e os avanços têm sido muito discretos nessa área desde que o Estado brasileiro admitiu a necessidade de construir uma política pública para garantir mais igualdade no legislativo.

Ratifique-se que o Brasil foi um dos primeiros países a garantir os direitos políticos para todas as mulheres, todavia, atualmente, se insere no grupo de 50 Países com menor presença de mulheres no Parlamento, atrás, inclusive, da média dos Estados americanos.

A política de cotas foi estruturada para garantir maior igualdade na representação política brasileira, por meio da ampliação da presença das mulheres nos espaços legislativos. Para tanto, é irrelevante a discussão sobre se as mulheres que irão ocupar esses postos enfrentarão ou não as questões feministas ou mesmos as historicamente femininas (em especial por não existir uma pauta exclusivamente feminina). As mulheres podem e devem pautar, livremente, suas atuações a partir das suas histórias de vida, das suas opções ideológicas, das suas identidades regionais, de movimento etc.

Podemos observar que o retrato que se apresenta é de que, apesar de o Brasil já ter avançado na conscientização da importância da participação da mulher nas esferas de poder e decisão, de o legislativo ter implantado um mecanismo de ação afirmativa com o intuito de garantir a possibilidade de mulheres competirem por uma vaga nas casas legislativas e das mulheres já terem conseguido destaque em diversas áreas socialmente relevantes, como o ambiente do trabalho e da academia, os instrumentos legais ofertados no Brasil têm demonstrado resultados muito pouco promissores.

A igualdade de gênero será uma realidade quando as mulheres e os homens, em igual proporção, compartilharem paritariamente a responsabilidade sobre o debate acerca de quaisquer assuntos relevantes para a sociedade, de economia à educação, da saúde ao trabalho doméstico.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Maria Luzia Miranda. Entre eleitoras e elegíveis: as mulheres e a formação do eleitorado na democracia brasileira – quem vota? Quem se candidata? **Cadernos Pagu**, n. 43, jul.-dez., 2014.

ALVES, Branca Moreira. **Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil**, Petrópolis: Vozes, 1980.

ALVES, José Eustáquio Diniz. Inserção social e exclusão política das mulheres brasileiras. **APARTE-Inclusão Social em Debate**, jul., p. 1-15, 2009.

ARAÚJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais, **Dados**, v. 44, n.1, Rio de Janeiro, 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582001000100006>. Acesso em: 27 jul. 2013.

ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa de. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação das mulheres na política. **Estud. Av.** [online], 2003, vol.17, n. 49, p. 133-150. ISSN 0103-4014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000300009>. Acesso em 13.jul.2013 p. 135.

BANDEIRA, Lourdes; MELO, Hildete Pereira. **Tempos e memórias: movimento feminista no Brasil**. Brasília, DF: Secretaria de Políticas para as Mulheres. [Links], 2010.

BRASIL, Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Relatório Anual do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero 2009/2010**, Brasília: Secretaria Especial de Política para as mulheres, 2010, p. 42.

_____. Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Mulheres em espaço de poder e decisão**. Edição Especial da Revista do Observatório Brasil de Igualdade de Gênero, 1º impressão. Brasília, 2012, p. 64. Disponível em: <www.observatoriodegenero.gov.br/menu/publicacoes/revista-anual-do-observatorio-2012/at_download/file>. Acesso em: 08 set. 2013.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. **O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha**. Brasil. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Yuris, p. 39-63, 2011.

COSTA, Ana Alice Alcântara. **O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política**. 2005. Disponível em: www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/download/380/285. Acesso em: 16.jul.2013.

COSTA, Thiago Cortez. Cotas e Mulher na Política: avaliando o impacto de variáveis institucionais e socioeconômicas sobre a elegibilidade feminina. 2008. **ABEP - Nepo - Unicamp**. Disponível em: http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/docsPDF/ABEP2008_991.pdf. Acesso em: 21 mar. 2017.

DUARTE, Constância Lima. Feminismo e literatura no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 151-172, dez. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 nov., 2017.

GIULANI, Paola Cappellin. Os movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: DEL PRIORE. Mary (org); BASSANEZI, Carla (Coord.) **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001.

IBOPE/INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Mais Mulheres na Política**. Disponível em: www.spm.gov.br/publicacoes-teste/publicacoes/2013/mais_mulheres_politica.pdf. Acesso em: 10 set. 2013.

INTER-PARLAMENTARY UNION - IPU. **Women in National Parliaments**. 2013. IPU. Disponível em: <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MARTINS, Eneida Valarini. **A política de cotas e a representação feminina na Câmara dos Deputados**. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados: Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, Brasília, 2007.

MARTINS, Paulo Henrique de Souza. Processo de abolição no Ceará: história, memória e ensino. **Revista Historiar**, v. 6, n. 11, 2014.

MARQUES, Tereza Cristina de Novaes. Bertha Lutz. **Verbete em Dicionário Mulheres do Brasil**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p.106.

_____. Elas também desejam participar da vida pública: várias formas de participação política feminina entre 1850 e 1932. 2004. **Revista Gênero**. Disponível em: <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/251/171>. Acesso em: 22 mar. 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. Teoria Política Feminista e Liberalismo: o caso das cotas de representação. **RBCS**, n. 44, Vol. 15, outubro, 2000. Disponível em: www.scielo.br/pdf/%0D/rbcsoc/v15n44/4149.pdf. Acesso em: 15 jan.2013.

_____. Capital político e carreira eleitoral: algumas variáveis na eleição para o Congresso brasileiro. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 20, p. 115-134, Jun. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782003000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 mar. 2017.

ONU Brasil. Brasil fica em 167º lugar em ranking de participação de mulheres no Executivo, alerta ONU. 2017. **ONU Brasil**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-fica-em-167o-lugar-em-ranking-de-participacao-de-mulheres-no-executivo-alerta-onu/>. Acesso em: 23 mar. 2017.

PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes Femininas na Política: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-constituente**. Universidade de Brasília – UnB. Brasília. Dissertação de Mestrado, 237 f., 2006.

PINTO, Celi Regina Jardim. Mulher e Poder. **Revista do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2009.

PRÁ, Jussara Reis. Mulheres, direitos políticos, gênero e feminismo. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 43, p. 169-196, dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332014000200169&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 nov. 2017.

RULE, Wilma, SHUGART Matthew. **The preference Vote and Election of Women: Women win more seats in Open-List**. 1995. Disponível em: <http://archive.fairvote.org/reports/1995/chp7/rule.html>. Acesso em: 20 jul. 2013.

SACCHET, Teresa. Capital Social, Gênero e representação política no Brasil. **Opinião Pública**, v. 15, n. 2, 2009. Disponível em www.scielo.br/pdf/op/v15n2/02.pdf Acesso em 02.mai.2013, p. 308.

SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. **Revista Brasileira de Educação**, v. 500, 2000.

_____. **O feminismo tático de Bertha Lutz**. Florianópolis: Editora Mulheres; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Voto da Mulher. **TSE**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>. Acesso em 20 mar. 2017.

_____. Semana da mulher: primeira prefeita eleita no Brasil foi a potiguar Alzira Soriano. **TSE**. 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2013/Marco/semana-da-mulher-primeira-prefeita-eleita-no-brasil-foi-a-potiguar-alzira-solano>. Acesso em: 21 mar. 2017.

Recebido em: 17 maio 2017.

Aceito em: 17 nov. 2017.

A PERDA DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA POR USUCAPIÃO

Marcelo Sampaio Siqueira

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor Titular V de Direito Civil do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Procurador-Chefe da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza (Prodesp/PGM).
E-mail: msiqueira@siqueiraibiapina.com.br

Natércia Sampaio Siqueira

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Procuradora do Município de Fortaleza.
E-mail: naterciasiqueira@yahoo.com.br

RESUMO: Este artigo aborda assunto referente ao Direito Civil, especificamente a questão da aquisição por usucapião de bem imóvel originário de multipropriedade e suas consequências legais, sob a ótica do Direito Real. Nessa perspectiva, também analisa a natureza jurídica da multipropriedade e se a mesma pode ser perdida por usucapião. No tocante a metodologia, afirma-se que a pesquisa possui natureza bibliográfica, cujo foco foi a busca da análise do instituto da multipropriedade no Direito comparado e qual o tratamento legal da matéria no Direito pátrio. Em arremate, avaliou-se e concluiu-se que a não utilização da posse no espaço de tempo destinado à sua fruição poderá levar o multiproprietário à perda de seu Direito Real em benefício de outrem, que passa a adquiri-la, se o substituir na posse durante o prazo assinalado no Código Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade; Multipropriedade; Aquisição; Processo; Usucapião.

The loss of real estate property by adverse possession

ABSTRACT: This article approaches subject related to Civil Law, specifically the question of the acquisition by adverse possession of immovable property from timeshares and its legal consequences, from the Real Right view. In this perspective, also examines the legal nature of the timeshares and if the same can be lost by adverse possession. The research, a bibliographical one in nature, still tried to get the theme on timeshares in Comparative Law and which treatment the absence of legal treatment of matter in Brazilian Law. In finish, evaluates and concluded that the non-use of the possession in the space of time possibility to acquire part of the timeshares by adverse possession, observed the period indicated in the Civil Code.

KEYWORDS: Property; Time Sharing; Acquisition; Due process; Adverse possession.

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga essencialmente o uso da propriedade imobiliária urbana organizada sob o sistema de multipropriedade, denominado no Direito estrangeiro de *time sharing*, e a aplicação da usucapião a esse instituto, o que poderia implicar na perda do direito ao bem por um dos multiproprietários, analisando simultaneamente as restrições de ordem constitucional e legal oriundas tanto da imperativa função social da propriedade como da posse.

Justifica-se sua produção pela recente funcionalização da propriedade e o aparecimento de figuras híbridas de exercício de suas faculdades, que passa a não ser exclusiva. Não é objeto do estudo a descrição das faculdades da propriedade imobiliária, mas a análise do recente instituto da multipropriedade, originário do Direito europeu, sua natureza jurídica (Direito Real ou Pessoal), a falta de regulamentação específica no direito pátrio, e as suas características.

O problema específico a ser respondido neste artigo é se o instituto da usucapião pode ser aplicado a multipropriedade, o que geraria por consequência a perda de direito dominial pela prescrição aquisitiva. Ressalta-se que este tópico não se encontra tipificado no texto do projeto de lei 7.553/2017, aprovado em outubro de 2017 na comissão de Constituição e Justiça e de cidadania da Câmara dos Deputados.

Em suma, delimitando a problemática, não se analisa a perda do direito de todos os multiproprietários ao bem imóvel, mas a possibilidade de um deles ter seu direito extinto por usucapião de terceiro, que passa a usufruir da propriedade temporária no período destinado ao que sofreu a denominada prescrição aquisitiva.

O trabalho foi desenvolvido com esteio em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, fazendo uma pesquisa acerca da natureza jurídica da multipropriedade imobiliária e do instituto da usucapião, com a construção de quadro comparativo do direito anterior com o vigente e menção a aspectos pontuais das recentes inovações legislativas trazidas no contexto procedimental para o reconhecimento deste tipo de prescrição aquisitiva.

Na contextualização do problema lançado segue-se o seguinte roteiro: por primeiro aborda-se a multipropriedade imobiliária, após expõe-se a evolução e requisitos do instituto da aquisição da propriedade imobiliária por usucapião e, por fim, estuda-se a possibilidade ou não da aquisição da multipropriedade por essa via, com base no princípio da função social da posse.

1 A MULTIPROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Não se estabelece como ambição deste artigo trabalhar de forma sistemática o conceito de propriedade imobiliária urbana, tampouco esgotar a análise do assunto multipropriedade no Brasil, cuja natureza jurídica encontra-se no centro do problema, isto é, esse instituto constitui uma espécie de Direito real ligado a propriedade imobiliária?¹

A multipropriedade é um engenho pensado e criado primordialmente por incorporadores imobiliários desejosos de edificar empreendimentos em locais turísticos, consistente na organização de grandes grupos para financiar a construção de edifícios com várias unidades autônomas, mas em número inferior ao dos membros do grupo adquirente. A engenhosidade da ideia não é

¹ Siqueira (2012, p. 25-26) ao tratar da propriedade anotou: “Tradicionalmente, a propriedade tem como origem uma convenção humana e pode ser definida como o poder que o indivíduo ostenta sobre uma coisa, estando nela presentes as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, não sendo essas exaustivas ou absolutas, podendo inclusive alguns dos poderes estar momentaneamente dissociados ou compartilhados.”

baratear o preço da unidade, mas facilitar a viabilização do empreendimento ao promover a aquisição de uma mesma unidade por pessoas, muitas vezes desconhecidas entre si, reunidas em grupos, que compartilhariam as faculdades da unidade autônoma, cada qual em determinado espaço de tempo. O objetivo desta organização é que o compartilhamento das unidades construídas reduziria sensivelmente os valores efetivamente desembolsados por cada adquirente, desejoso, por exemplo, de possuir uma casa de veraneio, em comparação aos praticados se a unidade tivesse um único comprador.

Doutrinadores como Tepedino (1993) escrevem que essa ideia provavelmente teve origem na França na década de 1960 do século passado, propagando-se rapidamente a outros países europeus, com destaque para a Itália, onde recebeu a denominação de *multiproprietà*, e Portugal, no qual se apresenta como direito real de habitação.

No Brasil não há qualquer legislação específica sobre o caso², embora civilistas como Caio Mário da Silva Pereira (2014) já discutam o assunto desde a década de 1980 do século passado, existindo uma tendência desde então de considerá-lo uma espécie de condomínio edilício, tendo como fundamento a Lei nº 4.561/64 e, atualmente, o Código Civil de 2002.

Tepedino (1993, p. 1) leciona que “[...] com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.

Do conceito apresentado destacam-se os seguintes elementos: a) bem móvel ou imóvel; b) pluralidade de detentores de direito sobre a coisa; c) repartição do aproveitamento econômico (fragmentação de uso e gozo); c) turnos intercorrentes de aproveitamento definidos com exclusividade; d) utilização exclusiva, sem o concurso dos demais nos períodos previamente definidos.

Observando-se decisões judiciais e a doutrina que trata do tema, citada nas referências, costuma-se, considerando a natureza jurídica do instituto, classificá-lo em três diferentes espécies: a) multipropriedade acionária; b) multipropriedade real; e c) multipropriedade obrigacional. A primeira ganha essa terminologia pelo fato de o equipamento vir a ser edificado por uma sociedade anônima constituída para esse fim, cujos acionistas seriam os detentores dos direitos de posse temporária das unidades que compõem o edifício. A segunda não se caracteriza por contrato social ou estatuto, mas pela propriedade em comum do edifício, sobre a qual os particulares gozariam de direito real, haja vista tratar-se de espécie de propriedade em condomínio. A terceira espécie de multipropriedade é considerada por aqueles que defendem a natureza de Direito Pessoal para o instituto em análise. Nesta última, a posse compartilhada em turnos intercorrentes das unidades autônomas da edificação seria viabilizada por uma espécie de contrato entre os interessados, sendo, portanto, o proprietário pessoa estranha aos detentores do direito de posse.

² Recentemente encontra-se em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 54/2017 de autoria do Senador Wilder Morais, cuja explicação da ementa é: Disciplina a multipropriedade (ou propriedade fracionada), como aproveitamento econômico de coisa móvel ou imóvel, em frações de tempo fixas e reiteradas, visando à utilização exclusiva dos titulares, cada qual a seu turno. Estabelece que o direito real de multipropriedade é perpétuo e que o condomínio edilício pode ser instituído em regime de multipropriedade em relação às unidades autônomas. Ver: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128330>. Cita-se também, contendo o mesmo objeto, o Projeto de Lei 469/2016 de autoria do Senador Deca. Ver: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127826>.

No Brasil, essa questão ganha relevância em face da falta de legislação regulatória da multipropriedade e da existência de julgados³, principalmente no início dos anos 2000, atestando o caráter obrigacional do instituto⁴.

A multipropriedade acionária não deixa de apresentar semelhança com a obrigacional, pois os direitos de utilização serão regulados por um negócio jurídico, não sendo os denominados detentores de uso proprietários do edifício. Talvez a espécie mais aceita, em face das características apontadas neste tópico e nas legislações estrangeiras (LEGGE 11 dicembre 2012, n. 220, que alterou o artigo 1117 do Código civil italiano⁵ e Dec.lei 22/2002, de 31 de janeiro, que alterou o Dec.lei 275/93, de 5 agosto, que trata do regime jurídico da habitação periódica da República Portuguesa), fosse a multipropriedade real, na qual o domínio da coisa pertenceria a multiproprietários, com direitos regulados por um regimento, que não deixa de ter natureza negocial, mas o bem seria dos próprios detentores da posse.

Aparentemente, no Brasil, a espécie multipropriedade imobiliária teria viabilidade contestada, haja vista a inexistência de qualquer norma que a classifique como Direito Real. Logo, em face do entendimento de que Direitos Reais seriam aqueles citados expressamente no ordenamento jurídico (*numerus clausus*), afastar-se-ia a referida classificação.

O fato de não existir uma legislação específica para regular a matéria não impede os estudiosos do Direito de apresentarem suas conclusões, cujo ponto nodal está na forma de constituição do empreendimento organizado pelo empreendedor. Nesse diapasão a Multipropriedade poderia ser classificada como típica e atípica.

Na multipropriedade típica o empreendimento pertenceria a todos os multiproprietários, a quem caberia uma fração ideal, constituindo uma espécie de condomínio edilício, regulado pelo Código Civil de 2002 e as regras ainda vigentes da Lei nº 4.591/64⁶, sendo, portanto, Direito Real. Já na atípica a propriedade seria de uma única pessoa jurídica e existiria contrato regulando a posse/uso temporária dos chamados multiproprietários, terceiros estranhos aos condôminos.

³ TJRJ, Recurso nº 2002.700.023695-8, 11.03.2003 e 2.º TACivSP, Ap s/ Rev nº 513.448-00/7, 5ª Câmara, j. 12/5/1998.

⁴ Sobre a questão vide Melo (2011, p. 25): “Embora a doutrina acabe por não enunciar essa espécie de multipropriedade, parte da jurisprudência nacional mais conservadora classifica os contratos de aproveitamento por tempo como mero direito obrigacional, alguns definindo o instituto como arrendamento.”

⁵ L'articolo 1117 del codice civile e' sostituito dal seguente: “Art. 1117. - (Parti comuni dell'edificio). - Sono oggetto di proprieta' comune dei proprietari delle singole unita' immobiliari dell'edificio, anche se aventi diritto a godimento periodico e se non risulta il contrario dal titolo: 1) tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, come il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e le facciate; 2) le aree destinate a parcheggio nonche' i locali per i servizi in comune, come la portineria, incluso l'alloggio del portiere, la lavanderia, gli stenditoi e i sottotetti destinati, per le caratteristiche strutturali e funzionali, all'uso comune; 3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere destinati all'uso comune, come gli ascensori, i pozzi, le cisterne, gli impianti idrici e fognari, i sistemi centralizzati di distribuzione e di trasmissione per il gas, per l'energia elettrica, per il riscaldamento ed il condizionamento dell'aria, per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino al punto di diramazione ai locali di proprieta' individuale dei singoli condomini, ovvero, in caso di impianti unitari, fino al punto di utenza, salvo quanto disposto dalle normative di settore in materia di reti pubbliche”.

⁶ O Código Civil de 2002 não revogou expressamente a parte que tratava do condomínio na Lei nº 4.591/64, permitindo que se conclua que se encontra vigente naquilo que não contradizer a lei nova. Pode-se justificar este posicionamento já que a nova lei (Código Civil) não é inteiramente contrária ao próprio espírito da antiga. Exemplo disso é a aplicação do artigo 12 da Lei nº 4.591/64 com o artigo 1.366 do Código Civil para tratar da validade da estipulação, em convenção de condomínio, do pagamento das despesas condominiais de forma proporcional à fração ideal (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AC nº 10024112117346001/MG. Relator(a): Arnaldo Maciel. Órgão Julgador: 18ª Câmara Cível. Publicação: 07/02/2014. Julgamento: 4 de fevereiro de 2014). Pereira (2014, p. 50) atesta que a parte que trata do condomínio na Lei 4591/64 foi derrogada por força do artigo 2º, §1º. da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Seria espécie de Direito Pessoal: multipropriedade obrigacional ou acionária, a depender da constituição.

Não resta dúvida que a edificação, objeto de um empreendimento organizado no formato *time sharing*, possuirá áreas comuns e unidades autônomas, incidindo a chamada multipropriedade nas últimas, dado o caráter de exclusividade em seu uso e gozo, mesmo limitado pelo tempo, assemelhando-se a uma espécie de condomínio edilício propriamente dito, mas possuidor de relações jurídicas complexas, em face da pluralidade de detentores de fração ideal e de direitos existentes sobre uma mesma unidade.

O ponto diferenciador, considerando a propriedade imobiliária tradicional, trazido pela multipropriedade imobiliária é que apenas no lapso temporal destinado a cada multiproprietário caber-lhes-iam as faculdades da propriedade de forma plena, com as devidas limitações de ordem constitucional (exemplo: função social da propriedade), legal (exemplo: direito de vizinhança) e regimental (exemplo: convenção e regimento do condomínio).

Para melhor esclarecimento da situação, observa-se, citando Tepedino (1993, p. 107), que há duas relações a serem consideradas - a existência de um grupo com direito a unidades por uma certa fração de tempo e as relações derivadas da convivência do grupo, tendo por base as áreas comuns. Mais adiante, na mesma página, o autor expõe:

Tal circunstância demonstra o regime bifronte da relação jurídica em tela: a multipropriedade requer uma disciplina que compatibilize a utilização por turno das unidades exclusivas (propriedades individuais) com as áreas comuns, necessariamente integradas em um complexo imobiliário, compostas não somente pelo solo e demais espaços de propriedade coletiva, mas também pelas frações de tempo interpostas entre turnos dos diversos multiproprietários, que viabilizaram a alternância do aproveitamento dos apartamentos (propriedade comum).

A duplicidade de regimes jurídicos normalmente passa despercebida nas monografias estrangeiras sobre o tema. Entretanto, apresenta-se essencial para a correta compreensão do fenômeno verificar que o exercício do direito (de aproveitamento exclusivo) do multiproprietário não pode ser concebido fora da perspectiva de sua inserção em solo comum, no regime de compropriedade, dividido em frações abstratas entre os titulares.

A complexidade de relações envolvendo os multiproprietários e a existência de áreas comuns e áreas autônomas aproxima, no entanto, esse instituto do condomínio edilício, regulado pelo Código Civil de 2002, destacando-se o artigo 6º da Lei nº 4.569/64: “Sem prejuízo do disposto nesta Lei, regular-se-á pelas disposições de direito comum o condomínio por quota ideal de mais de uma pessoa sobre a mesma unidade autônoma.”. Dois aspectos interessantes devem ser postos: primeiro, a citada regra está em vigor, já que não há tipo correspondente no Código Civil atual; segundo, a possibilidade, no Direito brasileiro, de mais de uma pessoa ser detentor de uma unidade autônoma, um dos pilares da multipropriedade (STAFFEN, 2011)⁷.

Em setembro de 2016, o STJ demonstrou a complexidade teórica/fática de caso envolvendo a multipropriedade no Resp nº 1.546.165-SP, cujo julgamento abordou o conflito entre duas teorias sobre a natureza jurídica do instituto no Direito brasileiro. O ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto, defendeu: “Trata-se de situação jurídica complexa e atípica que en-

⁷ Ao analisar a questão Rodrigues e Marques (2010, p. 418) ponderam: “Algumas considerações são necessárias para serem feitas no tocante a distinção entre condomínio e a multipropriedade. No condomínio, uma mesma coisa pertence simultaneamente a diversas pessoas, e os seus titulares terão o direito de usar e gozar do bem na parte comum a todos e poderão inclusive, dispor do bem na medida da sua fração ideal. Por sua vez, na multipropriedade, os seus titulares não podem fruir do seu direito ao mesmo tempo em que os outros, sendo necessário que se estabeleça qual o período que cada um gozará do seu domínio amplo e irrestrito na propriedade.”.

volve relações obrigacionais específicas interligadas por diversas fontes de interesses – os multiproprietários entre si, e entre estes e a administração do empreendimento – em colaboração recíproca para a satisfação na utilização do bem.”.

Clara a conclusão do julgador de que o *time sharing* é direito pessoal, já que se trata de contrato regulando condutas de propriedade pertencente a terceiros. Ocorre que seu voto foi vencido e prevaleceu o entendimento do ministro João Otávio de Noronha, cujas conclusões podem ser destacadas:

O registro de instrumento particular de promessa de cessão de direitos, por exemplo, que conste o regime da multipropriedade, pode ser considerando um direito real de aquisição (artigos. 1.417 e 1.418 do Código Civil)

A natureza jurídica da multipropriedade, considerando o instituto da propriedade, é compatível com um direito real, não existindo qualquer vedação expressa do código civil ou de qualquer outra legislação aplicável à espécie.

As faculdades da propriedade se harmonizam com o instituto da multipropriedade, considerando o uso em turnos fixos de tempo”.

Interessante ressaltar que o condomínio edilício ou horizontal já seria caracterizado como um condomínio especial, considerando-se a questão das áreas comuns e das áreas privativas, tendo inclusive garantido capítulo específico no Código Civil brasileiro, mas a multipropriedade, conforme o visto, teria outra especificidade, consistente na copropriedade sobre uma mesma unidade com exclusividade num determinado lapso de tempo.

Tal aspecto, conforme visto no voto vencedor, em face da inexistência de legislação específica, não afasta a possibilidade de se conferir ao instituto, mesmo com suas peculiaridades, a natureza de condomínio edilício, caso o empreendimento seja dividido em frações ideais do terreno para cada multiproprietário. Em síntese, o diagnóstico da natureza jurídica da multipropriedade (acionária, real ou obrigacional) depende de como é organizada.

Ponto específico a se ressaltar nesta fase do artigo é que a multipropriedade é presente no Brasil e sua organização como Direito Real não pode ser descartada, pois se assemelharia a um condomínio edilício⁸, sobre o qual o multiproprietário possui as faculdades da propriedade de forma exclusiva, mesmo em um determinado espaço de tempo, não servindo a citada limitação para excluir o instituto em análise como um tipo de propriedade, respeitando-se o dogma do *numerus clausus* aceito no Direito brasileiro, que tem como objetivo eliminar a livre criação dos Direitos Reais, evitando-se a insegurança jurídica dos negócios imobiliários.

A natureza jurídica do instituto em tela, observando o direito comparado, está longe de se constituir um consenso. Fazano (2003, p. 123), na sua obra, relata que a legislação Portuguesa trata a multipropriedade como direito real de uso, enquanto que na Argentina e Venezuela refere-se a ela como uma propriedade de tempo compartilhado.

Conforme já exposto, a tese que vem ganhando corpo nos Tribunais pátrios consiste em considerar a multipropriedade uma espécie de condomínio, o que viabilizaria o entendimento de

⁸ Vide sobre o assunto: I Jornada de Direito Civil - Enunciado 89: “O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo.”. (<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>).

que se trata de propriedade típica, consequentemente, de Direito Real⁹. Tal entendimento é essencial ao se julgar questões que tenham como causa de pedir cobrança de quota condominial, penhora e aquisição ou perda da multipropriedade, por exemplo.

Esclarece-se que o cerne da pesquisa não é encerrar o assunto multipropriedade ou continuar com as antigas discussões sobre a aplicação ou flexibilização da teoria do *numerus clausus* (MELO, 2011), mas responder se o multiproprietário pode perder seu direito de uso, gozo, disponibilidade e reivindicação pela ocorrência da prescrição aquisitiva.

2 O INSTITUTO DA USUCAPÃO NO DIREITO BRASILEIRO: ALGUMAS NOTAS

A propriedade, além de significar um direito para o seu titular, a ser garantido pelo Estado e respeitado pelos particulares, abrange deveres, cuja desobediência implica o não cumprimento da sua função social ou econômica. A propriedade então, ante esses novos elementos, obriga.

A aquisição da propriedade pode ser classificada, citando-se Justo (2007, p. 252), em originária, cujo direito “surge ‘ex novo’ com base no contato imediato com a coisa e na total independência de alguma relação jurídica que eventualmente ligue o proprietário adquirente a outro sujeito” ou derivada, na qual o direito do novo proprietário deriva do antigo mediante uma relação jurídica idônea.

No sistema jurídico adotado pelo Código Civil brasileiro, a aquisição da propriedade imobiliária se dá por: a) usucapião (forma originária – artigos 1.238 a 1.247); b) registro de título (derivada - artigos 1.245 a 1.247); e c) aquisição por acessão (originária – artigos 1.248 a 1.259), sendo a usucapião o tipo de aquisição originária em análise no presente artigo.

A usucapião, por aspecto lógico, não é apenas forma de aquisição da propriedade, mas também de perda para aquele que não exerceu seu direito à posse. No Direito Romano, desde o período arcaico (753 a.C. a 130 a.C.) já se tinha regramento importante sobre essa matéria com o surgimento, por volta de 449 a.C., da Lei das XII Tábuas, importante legislação das relações humanas e patrimoniais na Roma Republicana.

Na Tábua VI, conforme exposto em Siqueira (2012), nota-se a preocupação das normas com a aquisição da coisa. Num determinado item estabelecia a usucapião após dois anos de posse. O mesmo ocorre na Tábua V, que segundo anotação de Gaio¹⁰, tratava primordialmente dos aspectos sucessórios, e proibia a ocorrência de usucapião de *res Mancipi* pertencentes à mulher tutelada pelos seus agnados.

O instituto da usucapião, pela importância, atravessou a história brasileira, presente nas Ordenações do Reino, destacando-se o Livro II, Títulos 26 (direitos reais) e 27 (dos forais e determinações, onde se estabelece direitos a posse imemorial) e o Livro IV, Título 79 (das prescrições), ambos das Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil dos séculos XVII ao XX.

⁹ Em outubro de 2017 foi aprovado o projeto de lei 7.553/2017 na comissão de Constituição e Justiça e de cidadania da Câmara dos Deputados, cuja redação acrescenta o inciso XIV ao artigo 1.225 do Código Civil, tornando a multipropriedade um direito real. Em 07/11/2017 o projeto se encontrava na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, não tendo sido apresentado recursos.

¹⁰ Gaio foi um jurisconsulto romano que, por volta do ano de 161 d.C., editou um manual de Direito Romano com informações valiosas sobre o Direito Romano clássico, servindo de base para o Corpus Iuris Civilis.

Tabela 3 - Comparativo entre os Códigos Civis de 2002 e 1916

CÓDIGO DE 2002	CÓDIGO DE 1916
Usucapião independente de título e boa-fé => prazo <i>15 anos</i> , sem interrupção e oposição (artigo 1.238), <i>podendo ser reduzido para dez anos</i> se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou realizado obras ou serviço de caráter produtivo. Nominado pela doutrina de usucapião extraordinário	Usucapião independente de título e boa-fé => prazo <i>20 anos</i> (artigo 550), não existindo regra para sua redução.
Usucapião com justo título e boa-fé=> prazo <i>10 anos</i> , contínuos e incontestáveis (artigo 1.242), <i>reduzível para cinco anos</i> se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base no registro do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Denominado pela doutrina de usucapião ordinária.	Usucapião com justo título e boa-fé=> prazo <i>10 anos</i> entre presentes (moradores do mesmo município), ou <i>15 anos</i> entre ausentes (moradores de municípios diversos), contínuo e incontestado, não existindo regra para sua redução (artigo 551). Denominada pela doutrina de usucapião ordinária.
Usucapião de imóvel em área urbana de até 250m ² => prazo <i>5 anos</i> ininterruptos e sem oposição, com requisitos de que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural e que o bem sirva para sua moradia. O benefício não será concedido mais de uma vez (artigo 1.240). A redação deste artigo está em conformidade com o artigo 183 da CF de 1988, que acrescenta a norma impeditiva de usucapião de bens públicos.	Sem correspondente no Código de 1916.
Na questão de contagem do tempo exigido para a prescrição aquisitiva é possível ao autor do procedimento acrescentar a sua posse a dos seus antecessores, contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos da usucapião ordinária, <i>com justo título e de boa-fé</i> (artigo 1.243).	Na questão de contagem do tempo exigido para a prescrição aquisitiva é possível ao autor do procedimento acrescentar a sua posse a dos seus antecessores, contanto que todas sejam contínuas e pacíficas (artigo 552).
As causas constantes no Código Civil que suspendem ou interrompem a prescrição do devedor também se aplicam à usucapião (artigo 1.244).	Existência de regra semelhante no Código de 1916, mas com redação diversa (artigo 553).
Usucapião familiar => prazo <i>2 anos</i> com posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição de imóvel com até 250 metros, cuja propriedade era dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar. Como requisitos a norma acrescentada pela Lei nº 12.424/2011 determina que o bem seja utilizado para moradia do beneficiário ou de sua família, não podendo este ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural (artigo 1.240A)	Sem correspondente no Código de 1916.

Fonte: elaboração própria dos autores

O Código Civil brasileiro de 2012 em relação ao Código anterior, tendo por base a propriedade imobiliária urbana, continua a adotar, não de forma exclusiva, a teoria objetiva defendida desde o século XIX por Ihering¹¹, concedendo ao *animus* escasso valor para explicar a posse usucapienda (*vide* artigo 1.196 do Código civil de 2012), mas inova ao reduzir os prazos prescricionais da usucapião ordinária e extraordinária, estabelecer novos tipos de usucapião e tratar da usucapião de imóvel urbano com área reduzida, já tipificada pela Constituição de 1988. Para ilustrar o exposto apresenta-se a Tabela 1:

Para além dos Códigos brasileiros apresentados na Tabela 1, importa também destacar, no campo da usucapião de imóvel urbano, o Estatuto da cidade (Lei nº 10.257/2001, anterior ao Código Civil de 2002¹²), que inscreve a usucapião especial em seu artigo 9º, apresentando características semelhantes à usucapião abordada no artigo 183 da Constituição Federal e posteriormente no artigo 1.240 do Código Civil vigente. Já a usucapião especial comunitária regulada pelo artigo 10 constitui importante inovação no Direito pátrio ao permitir a usucapião coletiva, que tem como requisitos: a) áreas urbanas com área superior a 250 m²; b) posse coletiva por população de baixa renda; c) prazo de cinco anos ininterrupto e sem oposição, sendo possível, para o fim de contar o prazo exigido pelo artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas; d) impossibilidade de os possuidores terem outra propriedade imobiliária, urbana ou rural.

¹¹ Rudolf von Ihering (Aurich, 22 de agosto de 1818 — Gotinga, 17 de setembro de 1892) foi um jurista alemão. Ocupa ao lado de Friedrich Karl von Savigny lugar ímpar na história do Direito alemão, tendo sua obra influenciado significativamente a cultura jurídica em todo o mundo ocidental (RUDOLF..., 2017).

¹² Sobre a questão da usucapião urbana e seus requisitos propostos pelo Código Civil vide os seguintes enunciados das jornadas de Direito civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal até 2017: I Jornada de Direito Civil - Enunciado 85: "Para efeitos do art. 1.240, caput, do novo Código Civil, entende-se por 'área urbana' o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios."; I Jornada de Direito Civil - Enunciado 86: "A expressão 'justo título' contida nos arts. 1.242 e 1.260 do Código Civil abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro."; III Jornada de Direito Civil - Enunciado 251: "O prazo máximo para a usucapião extraordinária de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil."; IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 302: "Pode ser considerado justo título para a posse de boa-fé o ato jurídico capaz de transmitir a posse ad usucapionem, observado o disposto no art. 113 do Código Civil."; IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 303: "Considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse."; IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 313: "Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir."; IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 315: "O art. 1.241 do Código Civil permite ao possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formular pedido contraposto e postular ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros."; V Jornada de Direito Civil - Enunciado 497: "O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor."; V Jornada de Direito Civil - Enunciado 498: "A fluência do prazo de 2 (dois) anos previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011."; V Jornada de Direito Civil - Enunciado 500: "A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas."; VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 564: "As normas relativas à usucapião extraordinária (art. 1.238, caput, CC) e à usucapião ordinária (art. 1.242, caput, CC), por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, têm aplicação imediata, não incidindo o disposto no art. 2.028 do Código Civil."; VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 569: "No caso do art. 1.242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro."; VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 595: "O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499."; VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 596: "O condomínio edilício pode adquirir imóvel por usucapião." (<http://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>).

O aspecto interessante de natureza adjetiva é que a sentença na usucapião coletiva que servirá de título para registro no cartório competente (artigo 10º, §§ 3º e 4º) estabelecerá um condomínio, que só poderá ser extinto por decisão de no mínimo 2/3 dos condôminos. Em síntese, em face da indivisibilidade originária do próprio bem, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos estabelecendo frações ideais diferenciadas.

Conforme o visto, a usucapião como forma aquisitiva da propriedade imobiliária urbana necessita de procedimento próprio, anteriormente de índole exclusivamente judicial, sendo a sentença proferida pelo juiz de natureza eminentemente declaratória, isto é, apta a reconhecer a aquisição da propriedade obtida pelo transcurso do prazo, respeitados os requisitos de cada caso.

A matéria tratada neste tópico, objeto de estudo tanto do Direito Civil como do Processo Civil, sofreu importante alteração, já que a Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) deixa de regular o tópico como procedimento especial, com regras bem específicas, a exemplo da citação da Fazenda Pública, tornando-o procedimento comum. Outra inovação processual é a possibilidade da usucapião administrativa, processada perante Cartório de Registro de Imóveis em moldes similares à retificação imobiliária administrativa. O artigo 1.071 do Código cria o artigo 216A da Lei nº 6.015/73 tornando-a faculdade do adquirente, que deve arcar com as custas cartoriais e ser representado por advogado. A rejeição do pedido administrativo não faz coisa julgada, permitindo o ajuizamento da ação no juízo competente.

O fato de passar a ser procedimento comum não modifica o entendimento de que a pessoa em cujo nome se encontra registrado o bem e os confinantes devem ser citados (artigo 246, § 3º, do NCPC), mas abre-se um questionamento acerca da necessidade de intimação das fazendas públicas e da intervenção obrigatória do Ministério Público. Não resta dúvida da sua complexidade, pois no procedimento comum esses chamamentos não são obrigatórios em todos os casos de usucapião tratados anteriormente pelos artigos 943 e 944 do CPC de 1973.

Acerca da atuação do Ministério Público, defende-se que será chamado apenas nos casos do artigo 178 do NCPC (envolvimento de: I - interesse público ou social; II – interesse de incapaz; III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana), como por exemplo, usucapião coletivo, ou em outros casos especiais, previamente previstos em lei extravagante.

A intimação das Fazendas Públicas é assunto delicado, sobre o qual o NCPC silencia por completo, tendo determinado, no entanto, ao regular a usucapião administrativa perante o Registro de Imóveis em seu artigo 1.071, a ciência da União, do Estado, do Município e do Distrito Federal, se for o caso, para no prazo de 15 dias manifestarem interesse. Essa determinação faz concluir que tal procedimento também é aplicável ao procedimento judicial, pois a finalidade buscada pela lei é a mesma, sendo impensável que no procedimento administrativo, que pode vir a se transformar em judicial, é necessária a notificação das Fazendas Públicas e no procedimento judicial não (ARAÚJO, 2015).

Outras duas notas importantes sobre a aquisição da propriedade por usucapião são: a) a jurisprudência (STJ. REsp nº 1.088.082/RJ), com fundamento no artigo 493 do NCPC, que mantém semelhança com o artigo 462 do CPC de 1973, vem aceitando que não constitui caso de improcedência da ação o fato de que o prazo da posse venha a se completar apenas durante a ação, já que o juiz deve levar em consideração qualquer fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que tenha influência no julgamento do mérito, devendo os outros requisitos serem comprovados; b) não cabe procedimento arbitral em matéria de usucapião por dois motivos: I. a convenção de arbitragem (compromisso ou cláusula compromissória cheia) deve ser firmada por todas as partes envolvidas, sendo que na ação de usucapião sempre terá que existir a citação por edital dos réus incertos (possíveis interessados - artigo 259 do NCPC), o que, por si só, de forma

lógica, inviabiliza a convenção prévia; II. a notificação das Fazendas Públicas e a possível manifestação de interesse de uma delas implica a impossibilidade de estabelecimento de compromisso, pelo fato de a matéria (bem público ocupado por particular que alega usucapião) ser direitos patrimoniais indisponíveis, fato vedado pelo artigo 1º, § 1º, da Lei Federal nº 9.307/96, modificada pela Lei nº 13.129/2015, que abriu o procedimento arbitral à Administração Pública.

Apresentados alguns pontos relevantes sobre a usucapião no Direito brasileiro, retorna-se à questão central deste artigo, a possibilidade da aquisição ou perda de direito a multipropriedade por usucapião considerando-se as especificidades tratadas no tópico 2, devendo ser observadas a função social da posse e a natureza jurídica de como foi organizado o *time sharing*.

3 USUCAPIÃO, POSSE, FUNÇÃO SOCIAL E MULTIPROPRIEDADE: ASPECTO AQUISITIVO

A aquisição da propriedade por usucapião tem como seu principal requisito a posse por determinado espaço de tempo, que não pode ser violenta, clandestina ou precária, não deixando de ser uma consolidação de direitos, já que a pessoa que a obtém e exerce passa a ter a propriedade, elevando seu grau de direito sobre a coisa, em conformidade com a teoria da propriedade privada e suas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar.

Em sua defesa pode-se recorrer ao princípio da função social (GRAU, 2007), pois a posse originária ou derivada capaz de levar a esse tipo de aquisição da propriedade deve ser justa, isto é, segundo Salles (2005), escoimada de violência (obtida pela força), clandestinidade (obtida ocultamente) ou precariedade (obtida por abuso de confiança, tendo se obrigado a restituir a coisa). É interessante ressaltar que a posse pode até ter sido obtida, por exemplo, com violência, mas quando cessa, o prazo aquisitivo inicia seu curso normal, devendo ser contínuo até o seu termo final. Ora, se o direito de propriedade deve ser exercido em conformidade com a função social da propriedade, a posse, como um dos seus elementos exteriorizadores, ou o seu exercício deve guardar também obediência ao citado princípio.

A função social¹³ da posse é reconhecida pela doutrina (ZAVASCKI, 2003) e jurisprudência (RE nº 422.349/RS, Relator(a): Min. Dias Toffoli) brasileiras, e não resta dúvida de que está relacionada com o princípio da função social da propriedade, pois a posse, como elemento exteriorizador da primeira, desprovida de função social tornar-se-ia um absurdo jurídico, tendo como referência o Código Civil, artigo 1.228, § 1º e a Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXIII. Ilustrando o exposto Zavascki (2003, p.51) afirma: “Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função ‘é mais evidente na posse e muito menos na propriedade’, observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social da posse.”.

Mesmo tratadas de forma autônoma, em face das diferenças entre o instituto da posse e da propriedade pode-se defender que o princípio, *prima facie*, aplica-se quando se está a analisar tanto a posse quanto a propriedade. É digno de nota que a observação da função social da posse no Direito brasileiro vem sendo explicada até na defesa, por exemplo, da possibilidade de desapropriação de imóvel rural produtivo caso o fracionamento da terra para demanda da reforma agrária se mostre mais útil que a manutenção do latifúndio em exploração por um único produtor. Logo a proteção da propriedade ou da posse não se liga tão somente a aspectos de produtividade

¹³ Sobre essa questão ver Damacena e Webber (2016, p.58).

econômica, como faz crer a Constituição e o próprio Código Civil (função social e função econômica, artigo 1.228, § 1º) (BERCOVICI, 2015).

Não resta dúvida de que a posse do imóvel por outrem, distinto do proprietário, com os requisitos legais que possibilitam a aquisição por usucapião e ainda mais com *animus domini*, leva à constatação do desinteresse do seu antigo possuidor/proprietário, que não está a cumprir com o princípio da função social da posse. Complementando-se esta análise expõem-se: a) o não aproveitamento da coisa pelo antigo detentor caracteriza infração ao princípio da função social, pois a falta da posse, direta e indireta, por ato volitivo, denota falta de exercício das faculdades imanescentes a posse e propriedades, sancionada com a própria perda do domínio; b) a posse justa exercida pelo usucapiente denota uso e gozo, isto é, aproveitamento de bem imóvel tutelado e garantido pelo ordenamento jurídico por sua importância na questão social e produtiva da sociedade, sendo possível inclusive a redução do lapso temporal em conformidade com os artigos 1.238 e 1.242, ambos do Código Civil de 2002.

Feita a ligação entre a função social da posse e a aquisição da propriedade pela usucapião, retorna-se ao questionamento acerca da aquisição de imóvel organizado sob o regime do *time sharing* por usucapião. No primeiro tópico deste artigo observaram-se algumas características da multipropriedade, como a temporariedade da posse, a forma de sua organização e a questão da natureza do instituto como sendo de Direito Real ou não.

Naquela ocasião concluiu-se que apesar de a exclusividade da posse/propriedade ser limitada a um determinado espaço de tempo, sua caracterização como Direito Real depende da forma de sua organização (acionária, real ou obrigacional), isto é, de como é formado o *time sharing*. A questão é lógica, pois, ao se concluir que a relação advinda da denominada multipropriedade é acionária ou obrigacional, não há qualquer sentido em se falar de aquisição de propriedade quando não há propriedade ou Direito Real sobre a coisa em tela.

Não constitui ambição de um artigo científico com limitações de páginas, que trata de aquisição de propriedade, conceituar Direito Real, propriedade ou suas formas de aquisição. Mas para se entender se a multipropriedade constitui um Direito Real, deve-se analisar as características deste. Tanto a doutrina italiana, aqui representada por Caringella (2014), como a brasileira, ilustrada por Gomes (2008), e a portuguesa, na pessoa de Justo (2007), consideram a aplicação da teoria do *numerus clausus* ao Direito Real e tratam como sua característica, com algumas variações terminológicas e em caráter não exaustivo, o caráter absoluto do seu exercício, expresso no direito de se fazer valer *erga omnes*, criando, para Caringella (2014), uma obrigação negativa: não turbar a exclusividade desta relação (pessoa – coisa). Para Justo (2007), essa peculiaridade é uma das razões determinantes do princípio da tipicidade ou *numerus clausus*. A segunda característica seria o imediatismo, já que o direito é exercido de forma direta, sem a necessidade de outra parte, como no Direito Obrigacional. Já a terceira seria a da pertinência ou inerência, que traduz a ligação ou incorporação dos Direitos Reais às coisas. Cordeiro (1993, p. 328) fala que a inerência “[...] filia-se directamente no facto de, no direito real, se realizar a afectação de uma coisa corpórea”.

A multipropriedade no Brasil, conforme visto no tópico 2, não possui legislação própria a regulá-la, existindo no Direito brasileiro controvérsia acerca da sua natureza jurídica (Direito Pessoal ou Direito Real). O que deve ficar claro, ante a inexistência de regra específica, é que se a propriedade edificada for registrada em nome de várias pessoas com direito ao exercício das suas faculdades em caráter absoluto, imediato e inerente, mesmo por um espaço de tempo previamente determinado numa convenção, estar-se-á diante de um condomínio edilício de natureza especial, regulado no Título III (Da Propriedade) do Livro III (Do Direito das Coisas) do Código vigente, constituindo, portanto, um Direito Real.

Acerca do assunto, Caringella (2014, p. 245) atesta:

Secondo una prima tesi, in un'ottica di superamento del principio del *numerus clausus* dei diritti reali, la multiproprietà costituirebbe un diritto reale atípico, caratterizzato dal fatto che il godimento sul bene presenta il carattere dell'intermittenza.

A natureza é especial ou atípica, pois as unidades autônomas do condomínio edilício possuem vários detentores de direito, sendo as faculdades da propriedade limitadas não só pelos elementos restritivos da Constituição, Lei ou contratos, mas pelo aspecto temporal, isto é, pelo fato de que o gozo do bem é caracterizado pela intermitência previamente acertada entre os interessados. O interessante é que durante o prazo de posse direta todas as características e faculdades da propriedade estarão à disposição do seu titular. Acrescenta-se que esse é o entendimento do voto vencedor do ministro do Superior Tribunal de Justiça João Otávio de Noronha no REsp nº 1.546.165-SP.

Ora, se a conclusão é que a multipropriedade seria uma espécie de condomínio edilício e que, segundo Caringella (2014, p. 244), “Il diritto del multiproprietario, sull'immobile è transmissibile *inter vivos e causa mortis*”, expõe-se que podem ser-lhe aplicadas as regras inerentes àquele instituto, não restando dúvidas de que as formas de aquisição e perda desse tipo de propriedade podem e devem ser aplicadas, entre elas a usucapião¹⁴.

Uma das consequências dessa conclusão é que a não utilização da posse no espaço de tempo destinado à sua fruição poderá levar o multiproprietário à perda de seu Direito Real em benefício de outrem, que passa a adquiri-la, se o substituir na posse durante o prazo assinalado no Código Civil. Ressalta-se que a posse do adquirente não poderá ser violenta, clandestina e precária e deve ocorrer sempre no lapso temporal destinado pela convenção à fruição do multiproprietário omissio.

Por outro lado, caso o empreendimento imobiliário seja registrado em nome de uma pessoa jurídica, que confere direitos possessórios temporários de unidade autônoma a particulares por intermédio de contratos, constitui uma espécie de *time sharing* com característica de Direito Pessoal/locacional (multipropriedade obrigacional¹⁵), não tendo sentido em se falar de aquisição de direitos por usucapião, já que a posse direta, nesse caso, seria precária e derivada de negócio jurídico prévio.

Em síntese, a multipropriedade real, considerando-se as espécies de multipropriedade citadas pela doutrina consultada, listada nas referências, permite a perda dos direitos reais do multiproprietário por usucapião, mediante procedimento judicial ou extrajudicial, desde que provados os requisitos postos no Código Civil e no Código de Processo civil anotados pontualmente no tópico 3 deste artigo.

Deixa-se claro que o fato gerador para a caracterização da usucapião, seja ordinário ou extraordinário ou especial, é a não fruição da posse por um dos multiproprietários no período destinado a este, passando o possuidor neste período a comprovar seu uso e requerer a usucapião

¹⁴ Caringella (2014) menciona também o Código do Turismo de 2011, que modificou a disciplina da multipropriedade ao estabelecer regras acerca da duração do contrato que a regulamenta, inscrevendo novos elementos acerca de sua natureza como sendo um negócio jurídico.

¹⁵ Sobre as espécies de multipropriedade, especificamente a obrigacional, ver Melo (2011, p. 25): “Parece-nos que a multipropriedade obrigacional – cuja denominação já seria um paradoxo, uma vez que, existindo o caráter pessoal, não poderia ser propriedade ou direito real – está fortemente ligada à sua própria origem, decorrente do contrato de locação e não é satisfatória ao usuário em razão do próprio esvaziamento de conteúdo real necessário para a outorga de relativa segurança aos detentores do direito. Restringir os problemas inerentes à mera indenização é medida das menos relevantes quando estamos defendendo a utilização de um instituto criado para satisfazer uma necessidade básica do ser humano que é o lazer.”.

caso comprove os requisitos, tendo por base apenas os períodos destinados a pessoa que perdeu o direito.

Aspecto digno de nota é que a ação de usucapião, em caso de multipropriedade imobiliária ou real, interposta pelo possuidor de uma unidade que comprova o uso no espaço temporal destinado a outrem, no entendimento destes pesquisadores, não deve ser ajuizada contra o grupo ou contra o condomínio, sendo o único legitimado para compor o polo passivo, em conjunto com os confinantes e os réus incertos, a pessoa que deixou de exercer seu direito no espaço de tempo conferido ao exercício de suas faculdades.

CONCLUSÃO

As conclusões obtidas com a pesquisa, que trata da aquisição da multipropriedade imobiliária urbana por usucapião, expostas neste artigo ao longo dos tópicos construídos, podem ser sintetizadas nos seguintes pontos:

A multipropriedade é presente no Brasil, como se pode observar nas decisões judiciais citadas neste trabalho, e sua organização como Direito Real não pode ser descartada, pois se assemelharia a um condomínio edilício, sobre o qual o multiproprietário possui as faculdades da propriedade de forma exclusiva, mesmo em um determinado espaço de tempo, limitação inservível para excluir o citado instituto como um tipo de propriedade, respeitando-se o dogma do *numerus clausus* aceito no Direito brasileiro.

A usucapião como forma aquisitiva da propriedade imobiliária urbana necessita de procedimento próprio, anteriormente de índole exclusivamente judicial, sendo a sentença proferida pelo juiz de natureza eminentemente declaratória, isto é, apta a reconhecer a aquisição da propriedade obtida pelo transcurso do prazo, respeitados os requisitos de cada caso.

Não resta dúvida de que a posse do imóvel por outrem, distinto do proprietário, com os requisitos legais que possibilitam a aquisição por usucapião e ainda mais com *animus domini*, leva à constatação do desinteresse do seu antigo possuidor/proprietário, que não está a cumprir com o princípio da função social da posse. Complementando-se esta análise expõem-se: a) o não aproveitamento da coisa pelo antigo detentor caracteriza infração ao princípio da função social, pois a falta da posse, direta e indireta, por ato volitivo, denota falta de exercício das faculdades imanentes a posse e propriedades, sancionada com a própria perda do domínio; b) a posse justa exercida pelo usucapiente denota uso e gozo, isto é, aproveitamento de bem imóvel tutelado e garantido pelo ordenamento jurídico por sua importância na questão social e produtiva da sociedade, sendo possível inclusive a redução do lapso temporal em conformidade com os artigos 1.238 e 1.242, ambos do Código Civil de 2002.

A multipropriedade no Brasil, conforme visto no tópico 2, não possui legislação própria a regulá-la, existindo no Direito brasileiro controvérsia acerca da sua natureza jurídica (Direito Pessoal ou Direito Real). O que deve ficar claro, ante a inexistência de regra específica, é que se a propriedade edificada for registrada em nome de várias pessoas com direito ao exercício das suas faculdades em caráter absoluto, imediato e inerente, mesmo por um espaço de tempo previamente determinado numa convenção, estar-se-á diante de um condomínio edilício de natureza especial, regulado no Título III (Da Propriedade) do Livro III (Do Direito das Coisas) do Código vigente, constituindo, portanto, um Direito Real.

A não utilização da posse no espaço de tempo destinado à sua fruição poderá levar o multiproprietário à perda de seu Direito Real em benefício de outrem, que passa a adquiri-la, se o substituir na posse durante o prazo assinalado no Código Civil. Ressalta-se que a posse do

adquirente não poderá ser violenta, clandestina e precária e deve ocorrer sempre no lapso temporal destinado pela convenção à fruição do multiproprietário omissor.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. **Che cos'è Il diritto privato?** Roma: Laterza, 2007.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Usucapião**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Propriedade que descumpra função social não tem proteção constitucional. **Conjur**, 6 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-06/estado-economia-propriedade-nao-cumpra-funcao-social-nao-protacao-constitucional>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CARINGELLA, Francesco. **Manuale di Diritto Civile. diritti reali**. Roma: Dike, 2014. V.1.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Direitos reais**. 19. ed. Lisboa: Lex, 1993.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; WEBBER, Suelen. O direito de propriedade e a supremacia do interesse público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. **Revista Jurídica da UNI7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 55-70. 2016. Disponível em: <http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/issue/view/17>

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da propriedade horizontal e vertical**. Campinas: Lex editora, 2003.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed., 7. tiragem, revista, atualizada e aumentada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTO, Antonio dos Santos. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Multipropriedade imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 70, ano 34, p. 19-80, jan./jun. 2011.

MULTIPROPRIEDADE – time-sharing é direito real? **Círculo Registral Imobiliário**, 7 set. 2016. Disponível em: <<https://circuloregistral.com.br/2016/09/07/multipropriedade-time-sharing-e-direito-real/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. Atualizado por Sylvio Capanema de Sousa e Melhim Namem Chalhoub. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MARQUES, Hérika Janaynna Bezerra de M. M. Notas a respeito da multipropriedade imobiliária como nova modalidade do exercício do direito de propriedade. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 401-423, jul./dez. 2010. Doi: 10.5020/2317-2150.2010.v15n2p401.<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2133>.

RUDOLF VON IHERING. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Rudolf_von_Ihering&oldid=48790844>. Acesso em: 13 maio 2017.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de bens imóveis e móveis**, 6. ed. São Paulo: RT, 2005.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir – perfil constitucional e restrições: a função social em conflito com o direito de propriedade**. Curitiba: Juruá, 2012.

STAFFEN, Marcio Ricardo. Multipropriedade imobiliária: entre o direito (real) posto e o pressuposto. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 34, n. 71, p. 77-91, jul./dez. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.

Recebido em: 8 jun. 2017.

Aceito em: 17 nov. 2017.

O IPVA E AS POLÊMICAS EM TORNO DA ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO “VEÍCULOS AUTOMOTORES” E DA DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS EM FUNÇÃO DOS “TIPOS” DE VEÍCULOS: REFLEXÕES ACERCA DA ADI Nº 5654

Fernanda Mara Macedo Pacobahyba

Doutoranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

E-mail: pacmara9@yahoo.com.br

Fabiana Del Padre Tomé

Doutora e Mestre em Direito do Estado, com concentração em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Assistente de Coordenação no Curso de Especialização em Direito Tributário da PUC/SP. Professora nos cursos de Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC/SP. Professora do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogada.

E-mail: fabiana@barroscarvalho.com.br

RESUMO: O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), de competência dos Estados e do Distrito Federal, revela baixa densidade normativa dispondo acerca das previsões contidas no art. 155, da Constituição Federal. Diferentemente de outros impostos contidos na CF, o IPVA não possui lei complementar que atenda ao disposto no art. 146 da CF, o que dificulta sobremaneira a pragmática do imposto, sempre envolta em alguns conflitos entre os entes federativos. A questão mais emblemática acerca do IPVA, e que vem sendo reiteradamente sustentada pelo STF, refere-se ao alcance da expressão “veículos automotores”. Sustentando-se em uma retórica “interpretação histórica”, o STF vem dando azo a uma diminuição da largueza que o texto normativo constitucional permitiria, o que parece contrariar a Ciência do Direito e, em especial, as valiosas contribuições que o estudo da linguagem tem permitido ao Direito, notadamente ao se partir do conceito de que direito é linguagem, nos moldes do Construtivismo Lógico-Semântico. Ainda mais, a tendência apontada na petição inicial da ADI nº 5654, parece colmatar-se com mais um amesquinamento do imposto, por conta de se olvidar as múltiplas categorias tipológicas que podem ser estabelecidas para os diversos fenômenos e, dentre eles, para o fenômenos jurídico. Assim, o presente trabalho conjuga a análise da jurisprudência e da doutrina relativas a essas temáticas, estabelecendo o foco de uma interpretação a partir do texto constitucional e que prestigie o fenômeno da realidade como construtor das normas jurídicas. Sob tal ponto de vista, pretende-se lançar um novo olhar sob a forma de interpretar a Constituição Federal e que não desperdice tal documento normativo sob o pálio de uma hermenêutica que atenda à intenção do legislador ou mesmo à vontade da lei.

PALAVRAS-CHAVE: IPVA; Construtivismo Lógico-Semântico; Hermenêutica; Veículos automotores; Tipos de veículos automotores.

“IPVA” and the controversies over the extent of the expression “automotive vehicles” and the differentiation of rates concerning the “types” of vehicles: reflections on the ADI n. 5654

ABSTRACT: *The Tax on the Ownership of Motor Vehicles (IPVA), which falls within the competence of the States and the Federal District, reveals a low level of normative content regarding the forecasts contained in art. 155, of the Federal Constitution. Unlike other taxes contained in the FC, the IPVA does not have a complementary law that complies with the provisions of art. 146 of the Federal Constitution, which greatly complicates the pragmatics of the tax, always involved in some conflicts between federal entities. The most emblematic issue of the IPVA, which has been repeatedly supported by the STF, refers to the scope of the expression "motor vehicles". Sustaining itself in a rhetoric "historical interpretation", the STF has been giving rise to a reduction of the largess that the normative text constitutional would allow, what seems to contradict Law Science and, in particular, the valuable contributions that the study of the language has Allowed to the Right, especially when starting from the concept of that right is language, in the molds of the Logical-Semantic Constructivism. Moreover, the tendency pointed out in ADI's initial petition 5654 seems to be dealt with a further amalgamation of the tax, since the multiple typological categories that can be established for the various phenomena and among them phenomena legal. Thus, the present work combines the analysis of jurisprudence and doctrine related to these themes, establishing the focus of an interpretation from the constitutional text and that prestige the phenomenon of reality as a constructor of legal norms. From this point of view, it is intended to launch a new look in the form of interpreting the Federal Constitution and not to waste such document normative document under the canopy of a hermeneutic that meets the intention of the legislator or even the will of the law.*

KEYWORDS: *IPVA; Logical-Semantic Constructivism; Hermeneutic; Motor Vehicles; Types of motor vehicles.*

INTRODUÇÃO

Ao se observar o Sistema Tributário Nacional brasileiro, em seu traçado aparentemente bem definido na Constituição Federal de 1988, relativamente ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), percebe-se a singeleza com que esse tributo foi tratado no texto maior, o que revelaria uma aparente facilidade em se estruturar as normas relativas à sua incidência.

Contudo, diferentemente da aparente “singeleza” do texto constitucional, percebe-se que, por ser linguagem, o Direito possui uma dinâmica toda peculiar, revelando uma atividade que traz como limite material o próprio texto mas cuja revelação de sentido pode alcançar patamares que vão bem além da chamada “intenção” do autor ou mesmo da chamada “vontade da lei”, e trazendo a pragmática da interação entre textos e intérpretes, sem se descuidar, jamais, do contexto no qual todos se inserem infalivelmente.

Nesse ponto, o Direito, enquanto texto, dita a forma como deseja ser interpretado, o que reduz consideravelmente a complexidade ao se lidar com o dado jurídico. Diferentemente de outros textos, como a poesia e a própria arte, o texto normativo aponta, desde já, as cores e a intensidade das luzes pelas quais quer se mirar, buscando não uma ditadura do texto mas, antes de tudo, a consagração do valor segurança, como um dos pilares de qualquer sociedade que se pretenda erigir como Estado de Direito.

É nesse enfoque que se buscará lançar luzes em um dos impostos menos discutidos na seara jurídica brasileira: quer sob o aspecto legislativo, quer doutrinário ou mesmo jurisprudencial, o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automóveis (IPVA), de competência dos Estados e do Distrito Federal, parece repousar em águas tranquilas, ante a falta de manifestações que lhe compreendam o conteúdo de forma mais minudente.

Contudo, tal tranquilidade revela uma série de questões mal definidas e outras que ainda estão pendentes de definição. Nesse ponto, o presente artigo visa, justamente, a analisar uma questão de cada uma dessas duas categorias. Assim, em um primeiro momento, como questão “mal definida”, tem-se a própria abrangência da expressão “veículos automotores”, que mais parece se sustentar em argumentos de ordem histórica do que, propriamente, em hermenêutica jurídica.

Isso porque, antes de tudo, a interpretação jurídica não pode se desconectar do texto normativo, sob pena da jurisprudência ultrapassar os limites do texto legislado, o que caracteriza, no mínimo, um desvio de função por parte do Poder Judiciário. Nesse mote, investigar-se-á se são apresentados, pelo Supremo Tribunal Federal, argumentos consistentes para que uma hermenêutica desconectada do documento normativo venha a se sustentar.

A seguir, como questão “ainda pendente de definição”, investigar-se-á a possibilidade dos Estados e do Distrito Federal empregarem critérios distintos para a configuração do critério quantitativo do IPVA, notadamente ao partirem do pressuposto de que existem “tipos” distintos de veículos, dentro de uma mesma categoria, e que poderiam dar azo a alíquotas diferenciadas do imposto.

Nesse ponto, trata-se de questão que foi utilizada para a instauração da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5654, proposta pela Procuradoria-Geral da República e que se assenta em uma interpretação restritiva do signo “tipo” de veículos automotores. Assim, serão confrontados os argumentos apresentados pela PGR para sustentar a inconstitucionalidade de lei estadual, frente às modernas categorias da Ciência do Direito, notadamente a partir do Construtivismo Lógico-Semântico.

Dessa forma, é com base nesse misto de forças que se desenrolará a temática, a qual terá por vetores uma interpretação que se faz do Texto Constitucional para os demais documentos normativos vigentes e, nesse percurso, não olvida o caráter sobranceiro da competência tributária conferida aos Estados e ao Distrito Federal. Para tanto, a utilização das categorias da hermenêutica jurídica, aliadas à Teoria Geral do Direito e à admissão do direito como linguagem, revelam-se como instrumentos promissores para tal análise.

1 LIMITES À INTERPRETAÇÃO E A DINÂMICA NORMATIVA DO IPVA: DESACERTOS NOS JULGAMENTOS REALIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA

A presente abordagem se inicia a partir da definição da adoção de uma concepção normativa do direito, a partir da qual este é constituído pelo conjunto de normas válidas em um

determinado país (BORGES, 2007; CARVALHO, 2015; ROBLES, 2011; TOMÉ, 2016; PACO-BAHYBA, 2016)^{1 2}. A opção por tal concepção traz em si a possibilidade de construção interpretativa **a partir** do texto posto, chegando aos patamares superiores de construção do sistema, no qual se encontram as normas jurídicas em relação de coordenação e de subordinação³. Dessa forma, o processo interpretativo se revela como construção incansável do jurista, realimentado constantemente pela introdução de novos textos pela via da pragmática.

Assim, firmada essa premissa, o emprego dos métodos e das técnicas a ela inerentes serão direcionados à descrição e explicação da realidade normativa afeta ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). De pronto, algumas dificuldades são notadas a partir dos primeiros passos para a identificação desse importante tributo⁴ de competência estadual. Uma das características mais evidentes do IPVA, na Constituição Federal de 1988 (CF/88), é que se dispõe de pouco “texto”⁵ constitucional para se iniciar a construção, seja a nível de interpretação decisional, ou mesmo relativa à interpretação doutrinária, o que, ao revés, poderia ser considerado uma facilidade. É interessante observar que na redação original da CF/88⁶ o conteúdo prescritivo já se revelava enxuto, como que a apontar uma provável “singularidade” do imposto a ser instituído pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Tal característica, relativamente à “singularidade”, que em si não representa uma dificuldade, também não se reveste de caráter absoluto: isso porque, lidar com o dado da linguagem culmina na percepção da multiplicidade de conteúdos distintos que podem ser hauridos de um único signo, o que revela a necessidade de diplomas infraconstitucionais que desvencilhem mais características conotativas da competência plasmada na Constituição.

Assim, a dificuldade começa a se mostrar mais relevante na medida em que se verifica um vácuo normativo, pela ausência de lei complementar relativa à matéria, a qual pudesse atender às expectativas de reduzir os conflitos de competência em sede deste tributo, notadamente ao se verificar a atividade legiferante dos 26 Estados e do DF, ao editarem as leis ordinárias, no exercício da competência.

¹ Dentre todos os autores que perfilam essa corrente, destaque-se a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, o qual erige uma escola normativista do Direito, a partir da adoção de um método hermenêutico-analítico, o qual se revela apropriado para construir a realidade jurídico-normativa do Sistema Tributário Nacional. Deve-se destacar ainda, pelo esforço teórico, a construção da Teoria Comunicacional do Direito, feita por Gregorio Robles, e que revela potentes instrumentos para análise e construção interpretativa, à luz do ordenamento posto.

² A primeira premissa a ser assentada a partir de tal concepção é a de que o do direito é visto, “visto no plano do objeto, como normas jurídicas, tem como objetivo regular a conduta humana em face de uma finalidade, valiosa, em determinado momento histórico” (IVO, 2006, p. XXV).

³ Aqui, vale destacar a dinâmica construído no plano ideal por Paulo de Barros Carvalho e que se identifica com o chamado “percurso gerativo de sentido”. Neste percurso, a partir do texto normativo, o intérprete, seja ele um órgão legitimado a inovar o ordenamento posto, inserindo outras normas, seja o cientista do direito, que construiria nova doutrina, ambos têm a possibilidade de perpassar os campos sintático, semântico e pragmático, inerentes a qualquer objeto estabelecido por meio da linguagem. Acerca do “percurso gerativo de sentido”, veja-se a proposição de tal trajeto sob o aspecto pluridimensional: PACOBAHYBA, Fernanda Mara de O M C. Dos limites à interpretação jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no Constructivismo Lógico-Semântico. Revista Nomos, v. 36, n. 1, 2016, p. 165-203.

⁴ Trata-se, na maior parte dos Estados, da segunda maior fonte de arrecadação tributária de que dispõem os entes federativos. Os dados relativos às fontes de arrecadação tributária de todas as unidades da federação estão disponíveis no site do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Disponível em: www.confaz.fazenda.gov.br.

⁵ Toda a disciplina constitucional relativa ao IPVA encontra-se no seguinte excerto normativo: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] III - propriedade de veículos automotores. [...] § 6º O imposto previsto no inciso III: I - terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal; II - poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização”.

⁶ CF/88 (redação original): “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: I - impostos sobre: [...] c) propriedade de veículos automotores”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 29 mar. 17.

Com isso, a partir da regra-matriz de incidência⁷ do IPVA, a qual é edificadas pelos comandos normativos estaduais, verificou-se a existência de alguns conflitos na pragmática jurídica⁸. Isso porque, reitere-se o argumento da pseudo-singeleza, apesar de se poder construir regras-matrizes que venham a ser textualmente idênticas, o conteúdo de cada um dos signos pode ser semanticamente diferente, gerando aplicações no “mundo real” particularmente dissonantes.

E um dos primeiros problemas enfrentados na construção do subsistema relativo ao IPVA revela-se no próprio desenho de sua materialidade. Tal ocorre porque se esbarra em duas expressões que não sofreram qualquer limitação por parte do texto constitucional, tendo em conta que a competência foi simplesmente para instituir “imposto sobre a propriedade de veículo automotor”. Contudo, o que se deve entender por “propriedade”⁹ e, ainda mais, por “veículo automotor”?

Para tal pergunta, o sistema jurídico tributário apresenta uma resposta que vai além do caráter disciplinar pelo qual normalmente se enxerga o direito. Isso porque, nesse ponto, o Direito Tributário, ao se utilizar de institutos, conceitos e formas de direito privado, deve respeitá-lhes a definição, o conteúdo e o alcance, em um movimento hermenêutico que preserve, notadamente, as definições e limitações das competências tributárias (art. 110, CTN). E daí o motivo por se repetir em um trabalho doutrinário algo que parece não reverberar mais nas mais altas cortes do Brasil.

Isso porque, em diversas oportunidades (RE nº 134.509/AM, RE nº 255.111/SP, RE nº 397.550/PR, RE nº 128.734/AM, RE nº 128.735/AM, AI nº 488.988/SP, AI nº 526.452/SP, AI nº 527.054/SP, AI nº 500.049/SP, RE nº 379.572/RJ, AI nº 699.802¹⁰ e, mais recentemente, pendente de julgamento, a ADI nº 5654, contra a lei do IPVA do Estado do Ceará) (MORAES; OLIVEIRA, 2014, p. 76-79), o STF, ao ser instado a se manifestar acerca da incidência do IPVA, tem revelado a “pacificação” do tema em torno da acepção de que na expressão “veículos automotores” estão compreendidos apenas os veículos terrestres.

⁷ A Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT) nada mais representa do que um esquema lógico-formal e que materializa a chamada “norma tributária em sentido estrito”, a qual prescreve a incidência. Como exemplo de construção pode-se citar aquele realizado por Luísa Cristina Miranda Cameiro (2016, p. 174-175), e que assim pode ser indicado: “(i) critério material: ser proprietário de veículo automotor; (ii) critério espacial: limites territoriais do Estado ou do Distrito Federal em que está registrado o veículo automotor, que deve coincidir com o local do domicílio do proprietário; (iii) critério temporal: instante fixado em lei, a partir do momento em que a propriedade é adquirida ou se mantém [...]; (iv) critério pessoal: o sujeito ativo é o Estado ou Distrito Federal em que estiver registrado o veículo automotor; e, o sujeito passivo é o proprietário do veículo automotor (contribuinte) ou quem, eleito por lei, tenha relação (vínculo econômico) com o exercício dessa propriedade (responsável); critério quantitativo: a base de cálculo é o valor venal de veículo automotor; e a alíquota, o percentual fixado em lei estadual, com observância do art. 155, §6º, incisos I e II, da CF”.

⁸ Dentre todos os temas que poderiam ser aqui trazidos, e que poderiam ser apontados como tendentes a identificar uma verdadeira “guerra fiscal” entre os Estados, relativamente ao IPVA, são dignos de serem destacados os temas com repercussão geral reconhecida pelo STF (sob os nºs 685 e 708), os quais afirmam a tese da existência de conflitos de competências entre os Estados e reforçam, ainda mais, a necessidade de edição de lei complementar para o imposto.

⁹ No que tange à propriedade, contudo, que há uma agitação incomum na doutrina e na jurisprudência por conta de sujeição passiva dos bancos, relativamente ao IPVA, no caso dos contratos de alienação fiduciária de automóveis, que são bastante comuns no Brasil. Para os fins deste trabalho, o foco será direcionado à discussão do conteúdo e alcance da expressão “veículos automotores”, mais do que, propriamente, à “propriedade”.

¹⁰ O trabalho de catalogação dessas decisões está contido no capítulo 3 - “Jurisprudência”, do artigo intitulado “A controvérsia acerca da incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações e aeronaves” (MORAES; OLIVEIRA, 2014).

Contudo, como se defenderá, a fundamentação para tal restrição não reside no respeito à integridade textual da CF/88, baseando-se em argumentos de cunho histórico, sem suporte documental apropriado e, ainda mais, desconsiderando que uma suposta “interpretação histórica”, não é interpretação propriamente dita¹¹ e que, mais acertadamente faria o STF ao invocar o método interpretativo histórico-evolutivo, que permitiria realizar a interpretação decisional a partir da inteireza dos signos constantes dos documentos legislados. Daí a insistência em se discutir, ainda mais uma vez, esse aspecto da materialidade do IPVA.

Antes mesmo de abordar os julgados relativos ao IPVA, vale a transcrição de excerto do voto no Ministro Celso de Mello¹², no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706, relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e Cofins, e que merece ressonância sempre que vêm à tona matérias tributárias, em virtude do vigor ainda manifestado pelo CTN e que deve ser suavizado frente ao texto constitucional. Nesse ponto, como a questão aqui se inicial pelo âmbito competencial tributário conferido aos Estados e ao DF, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de que deve ser preservado o que denominou de “império do Direito Privado”, conforme se depreende do excerto do voto do Ministro Celso de Mello:

Veja-se, pois, que, para efeito de definição e identificação do conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 110, “faz prevalecer o império do Direito Privado – Civil ou Comercial [...]” (ALIOMAR BALEEIRO, “Direito Tributário Brasileiro”, p. 687, item n. 2, atualizada pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed., 1999, Forense – grifei), razão pela qual esta Suprema Corte, para fins jurídico-tributários, não pode recusar a definição que aos institutos é dada pelo direito privado, sem que isso envolva interpretação da Constituição conforme as leis, sob pena de prestigiar-se, no tema, a interpretação econômica do direito tributário, em detrimento do postulado da tipicidade, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, projeção natural e necessária do princípio constitucional da reserva de lei em sentido formal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, “in” *Caderno de Pesquisas Tributárias* nº 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, “O ISS sobre a Locação de Bens Móveis”, “in” *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 28/7-11, 8-9). (destacado no original)

Ora, voltando-se às perguntas propostas acima, particularmente à segunda delas (Contudo, o que se deve entender por “propriedade”¹³ e, ainda mais, por “veículo automotor”?), tal não parece ter sido o entendimento adotado pela Egrégia Corte nos diversos julgamentos acima referenciados, relativos ao IPVA. Isso porque, antes mesmo de respeitar os signos contidos no texto constitucional, o STF se cingiu a um conteúdo meramente histórico, desconectando-se do universo mínimo que há de ser respeitado pelo intérprete decisional, e que se relaciona ao próprio texto.

¹¹ O que se defende aqui é que os julgados do STF parecem ter uma conotação muito maior de História do Direito do que de direito positivo.

¹² Voto ainda não publicado no Diário de Justiça Eletrônico mas que foi tornado público na própria página oficial do Supremo Tribunal Federal, sob a forma de “Notícias STF” intitulada “Voto do ministro Celso de Mello no julgamento que invalidou a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338645>. Acesso em 18 jun. 17.

¹³ No que tange à propriedade, não é a partir desse conteúdo que repousam as maiores dissonâncias acerca do IPVA. Pode-se afirmar, com segurança, que no tocante à “internalização” ao direito tributário do conceito de propriedade, a doutrina tributarista revelou-se com grande profusão, especialmente por se tratar de signo existente no Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e no Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). Não se pode olvidar, contudo, que houve uma movimentação intensa doutrinária e jurisprudencial por conta de sujeição passiva dos bancos, relativamente ao IPVA, no caso dos contratos de alienação fiduciária de automóveis, o que é bastante comum no país. Para os fins deste trabalho, o foco será direcionado à discussão do conteúdo e alcance da expressão “veículos automotores”, mais do que, propriamente, à “propriedade”.

Nesse sentido, é interessante observar que o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto no RE nº 379.572/RJ, chega a afirmar que continua “convencido de que **a interpretação literal**, no caso, **desconhece o sistema da Constituição**. O IPVA é claramente um substitutivo da velha taxa rodoviária única. As embarcações marítimas estão sujeitas a outra disciplina, que é a federal”.

Assim, ao afirmar que a “interpretação literal desconhece o sistema da Constituição”, está-se construindo argumentos para que a decisão, ao final, seja contrária ao estabelecido no texto, isto é, deixa patente que foi desmerecido o suporte material que estruturava a ordem estabelecida, o que poderia desbordar não para uma decisão, mas uma mera escolha (e não decisão) do julgador (STRECK, 2013). No mesmo processo, o Ministro Cezar Peluzo atenta para o “risco de interpretação meramente literal do dispositivo”, o que parece dar azo para a desconsideração textual.

Assim, a construção do sistema, como defende Carvalho (2015), começa sempre **a partir do texto**, não se podendo alcançar os níveis superiores sem que se respeite o nível mais elementar, que é a literalidade. Longe de se identificar a literalidade com o conteúdo de verdadeiro “método”, entende-se que se trata da porta de acesso, da via pela qual se inicia o processo hermenêutico.

Curiosamente, a própria doutrina, apesar de defender a interpretação sedimentada no STF, no sentido de retirar da incidência do IPVA a propriedade das aeronaves e dos veículos marítimos, afirma que, “do ponto de vista gramatical, não resta dúvida de que as categorias dos aviões e das embarcações aquáticas são abrangidas pelo conceito manifestado pela expressão ‘veículos automotores’”. A seguir, embasa sua rejeição à incidência por conta do que denomina de uma interpretação “histórica” e “sistemática”, contudo, sem justificar como se sustenta o atropelamento ao texto que o autor reconhece (FERRAZ, 2005, p. 109).

Outro destaque que merece ser realizado é que, diferentemente do que se possa entender como “intenção do legislador”, para a qual os aspectos históricos e documentais são determinantes¹⁴, apesar de normalmente evasivos e difíceis de serem identificados após certo lapso temporal¹⁵, a interpretação constitucional é mais consentânea com a chamada “vontade da lei”, plasmada a partir de mecanismos que integrem e formulem o que se tem por sistema jurídico.

¹⁴ Deve-se destacar, ainda, que a naturalidade na defesa de tais argumentos, como se fossem verdades que se impõem necessariamente, ou como se se tratasse de efeitos óbvios do texto, resplandece nos julgados relativos ao IPVA. Em um outro trecho, utilizando-se de recursos retóricos que visam a aplacar as dúvidas acerca do campo de incidência do imposto, o Ministro Sepúlveda Pertence se vale de parecer do Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, Procurador da República, que assim se manifesta: “**não há dúvida** de que a idéia [ideia] de circunscrever o novo imposto as veículos de circulação terrestre, isto é, ao mesmo âmbito material de incidência da Taxa Rodoviária Única, **manifestada de forma clara e ostensiva** pelo legislador constituinte derivado, **transparece nitidamente** do texto do art. 23, nº III, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda nº 27, de 1985”. Contudo, ao se apontar o texto do art. 23, nº III, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda nº 27, de 1985, tem-se meramente mais uma circularização que se dá na mesma questão, pois o contorno normativo volta a se cingir sobre o signo “veículo”. Merece mais cuidado ainda ao se observar que, a fim de permitir a interpretação de texto da Constituição Federal de 1988, utilizam-se de argumentos que poderiam ser defendidos no panorama constitucional anterior, isto é, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Entretanto, relega-se a segundo plano a absoluta distinção estrutural entre os dois ordenamentos constitucionais, que erigem Estados que não se confundem.

¹⁵ É interessante observar que se tem utilizado a chamada “interpretação histórica” desconectada de documentos desse teor que comprovem a veracidade do que está sendo admitido, para fins de interpretação de textos jurídicos. À semelhança de Schleiermacher (1999), cujo trabalho pioneiro para uma teoria geral da hermenêutica deve ser aplaudido, os intérpretes do direito parecem estar em busca de uma interpretação psicológica, querendo compreender o legislador melhor do que ele se compreendia. Contudo, a se considerar o direito como linguagem, notadamente sob a forma escrita, não há como se pretender promover uma interpretação verdadeiramente histórica sem que sejam carreados ao percurso os textos que comprovem tal intenção. Ademais, ainda que se contem com tais expedientes (tais como atas

Nesse ponto, e voltando-se ao art. 110 do CTN, não há como se defender a manutenção da integridade do texto constitucional recorrendo-se apenas ao Código de Trânsito Brasileiro (CTB, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), para fins de inteligência da expressão “veículos automotores”. Isso porque, ao se tratar da definição do conceito de “veículo automotor”, contida no critério material do imposto, parece não restar outro caminho se não o de partir para o CTB, olvidando-se que a amplitude conferida pela Constituição pode residir em diplomas outros.

Isso porque, logo em seu artigo 1º, o CTB delimita a que espécie de trânsito se refere e, por decorrência lógica, os tipos de veículos utilizados no trânsito terrestre: “O trânsito de qualquer natureza nas **vias terrestres** do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código” (art. 1º, CTB). Daí empregar ao longo do seu texto, em 54 oportunidades distintas, a expressão “veículo automotor”. Assim, tendo em vista a peculiaridade da via a ser utilizada nesse tipo específico de trânsito, já ressaltada em suas disposições preliminares, seria despropositado o legislador ficar repetindo, à exaustão, tratar-se de veículo automotor terrestre. Nesse ponto, limitou-se sempre a empregar a expressão conjugada “veículo automotor”.

Entretanto, ao se partir do texto constitucional, perscrutando acerca da competência tributária, importa perquirir o âmbito da materialidade do imposto a ser criado não a partir de diplomas infraconstitucionais, mas considerando o campo objetal íntegro. É interessante observar que no julgamento do mesmo RE nº 379.572/RJ, o Ministro Joaquim Barbosa percebeu a redução que ora se estava a trilhar no julgamento, deixando esclarecido que “a expressão ‘veículos automotores’ é ampla o suficiente para abranger embarcações, ou seja, veículos de transporte aquático”.

Na mesma linha, o Ministro Marco Aurélio, no RE nº 134.509/AM, assentado na doutrina de Yoshiaki Ichiara, Cretella Júnior e Pinto Ferreira, afirma que “não se pode introduzir no dispositivo contitucional limitação que nele não se contém. A incidência abrange a propriedade de todo e qualquer veículo, ou seja, que tenha propulsão própria e que sirva ao transporte de pessoas e coisas”.

Nessa esteira, defende-se que o sentido há de ser vetorado não do CTB para a CF, limitando o conteúdo, mas da CF para o restante do sistema. Com isso, ao se observar o restante do sistema jurídico, percebe-se que outros veículos automotores possuem disciplinas específicas no ordenamento. Defende-se, aqui, que se o legislador de 1988 “quis” instituir a competência do IPVA nos mesmos moldes da taxa rodoviária única, deveria tê-lo feito atribuindo competência para os Estados e o Distrito Federal instituírem impostos sobre a propriedade de veículos automotores **terrestres**, e não sem inserir este último signo adjetivante que, ao fazê-lo, reduz ainda mais o âmbito competencial estadual. Além deste argumento, Leopoldi e Miguel (2003, p. 29) acrescentam, ainda, que caso não intentasse abarcar os navios e as aeronaves, o legislador deveria tê-lo feito expressamente, o que, no processo de positivação constitucional, não ocorreu.

Nesse caso, poder-se-ia afirmar que ao tratar de veículos automotores, a CF estabeleceu um gênero, do qual seriam espécies os veículos automotores terrestres, aéreos e marítimos. Tal idealização, que será utilizada no capítulo seguinte, ao tratar dos tipos de veículos, colmata-se à perfeição às linhas classificatórias amplamente utilizadas pela Ciência, e, ainda mais, pela Ciência do Direito.

É válido ressaltar que, ao final de todos os julgamentos, a despeito das manifestações estruturadas em sentido contrário, a Corte Constitucional fundamentou-se em argumento absolutamente diverso a este, criando limitação que não está prevista no texto de 1988. Assim, ao

das votações nas casas legislativas), ainda assim todo esse complexo de informações é apenas um conteúdo dentre diversos outros. Para tanto, deve o intérprete perscrutar por todo o sistema, buscando-lhe a harmonia.

defender uma definição “técnica” da expressão “veículos automotores” defendeu que a mesma abrangeria “exclusivamente os veículos de transporte viário ou terrestre”, sob um cariz eminentemente histórico, tal qual se admitiria caso o texto constitucional não se mantivesse aceso pelos constantes influxos normativos, a partir da doutrina.

Nos termos deste percurso gerativo de sentido, que se faz a partir da matriz constitucional, a competência relativa ao IPVA deve gravar a propriedade de veículos automotores terrestres, aéreos e marítimos, os quais refletem as possibilidades conhecidas na atualidade para o transporte humano, qual seja: trânsito terrestre, trânsito aéreo e trânsito marítimo.

Aqui, reluz uma consideração que se revela importante e que não apequenece os textos jurídicos, a partir de uma confrontação eminentemente histórica, desprezando-se o cunho evolutivo. Isso porque é papel da doutrina revelar-se como saber tecnológico, valendo-se de técnicas jurídico-interpretativas que se situem na arte do direito (BORGES, 2007, p. 154), em um movimento incessante de construção e desconstrução doutrinária e, por consequência, revelando novos conteúdos jurisprudenciais.

Ainda com Souto Maior Borges (2007, p. 152):

O ato que põe norma no sistema (p. ex., lei, ...) é ato humano e pois temporalmente datado. É então influenciado, na ordem temporal, pelo momento histórico em que foi editado. E incorpora assim ao seu texto e contexto concepções doutrinárias vigorantes nessa época. Mas, do ato instituinte de normas, decorre a criação contínua do ordenamento jurídico por ele próprio (autopoiese).

Isto posto, apesar de ser defensável nos primeiros julgados do STF a não incidência do IPVA sobre as aeronaves e as embarcações, dado o panorama “tecnológico” que assentava a doutrina da época, não se pode negar o aprimoramento intelectual da Ciência do Direito nos últimos anos, especialmente a partir dos influxos da Teoria da Linguagem, notadamente a partir da Escola do Construtivismo Lógico-Semântico, e que parecem apontar para a necessidade urgente de revisão da jurisprudência pacificada.

Uma outra questão merece destaque pelo fato de ter sido utilizada como fundamento pelo Supremo Tribunal Federal para uma construção restritiva da competência tributária afeta ao IPVA: tendo em conta que compete à União legislar sobre navegação marítima ou aérea ou para dispor sobre tráfego aéreo ou marítimo, espaço aéreo ou mar territorial, justifica-se que a cobrança do imposto restaria impossibilitada, dada a incompetência estadual para dispor sobre tais matérias¹⁶.

Ora, tal argumento não resiste, sequer, à observância do mesmo modelo tributário já observado no IPVA: legislar sobre trânsito e transporte é de competência privativa da União (art. 22, inc. XI) e, ainda assim, não inviabiliza a incidência do imposto sobre a propriedade de veículos automotores terrestres. Nesse sentido, por que tal obstáculo se imporia aos veículos automotores aéreos e marítimos?

Um outro exemplo de tributo de competência estadual e que lida com uma materialidade cuja competência legislativa é conferida à União encontra-se no comércio exterior (art. 22, inc. VIII, CF), tendo em vista a possibilidade de cobrança do chamado ICMS Importação na última fase do que se denomina “despacho aduaneiro”: conforme previsão inserida no art. 155, § 2º,

¹⁶ Aqui, vale fazer menção ao voto do Ministro Francisco Rezek, no RE nº 134.509/AM, no qual parece ressaltar uma “preocupação” muito maior com os aspectos de eficácia da norma, do que com o conteúdo normativo propriamente dito: “Penso no que seriam as consequências de se abonar a constitucionalidade dessa exação. Penso em como se deveriam alterar normas relacionadas com registros e cadastros. Penso no IPVA, que o constituinte manda ser arrecadado por Estados e repartido depois com o Município onde está licenciado cada veículo. Penso em como se afetarão navios e aviões aos municípios...”.

inciso IX, alínea “a”, o ICMS incide “grosso modo” nas operações de entrada de bens ou mercadorias importados do exterior do País. Contudo, tal operação de entrada de bens ou mercadorias se dá em um contexto mais amplo, denominado “Comércio Exterior”, cuja competência legislativa para dispor sobre a matéria é conferida com privatividade à União.

Ademais, procede o mesmo com relação ao ICMS incidente sobre as prestações de serviço de comunicação, quando a competência para legislar em matéria de telecomunicações também é privativa da União (art. 22, inc. IV, CF). Dessa forma, como estes casos, tantos outros poderiam ser averiguados no sistema normativo e fariam ruir argumentos desse jaez exclusivamente para o IPVA.

Por fim, o argumento que parece ser o mais expressivo contra a interpretação que se ora se desenvolve relaciona-se à disposição do art. 158 da Constituição Federal, inserido na seção que dispõe acerca da repartição das receitas tributárias. Isso porque, o STF condicionou a materialidade do IPVA não nos caracteres dispostos no art. 155 da CF, mas a partir da forma de repartição do produto da arrecadação do imposto, o que se revela um retrocesso em sede de Ciência do Direito.

Tem-se por assente que, apesar da visão disciplinar não revelar a complexidade do dado normativo, a divisão das matérias nos chamados “ramos” do direito, visa a ordenar os conteúdos linguísticos apropriados à construção de cada um dos subsistemas, sem judicar-lhes caracteres de autonomia^{17 18}. Ainda mais quando se fala em direito tributário, este se revela como uma especificação do direito no qual a tecnicidade inerente à linguagem jurídica se revela ainda mais pungente.

Dessa forma, recorrendo a uma definição do conteúdo relativo ao direito tributário positivo, ter-se-ia que o mesmo seria “o ramo didaticamente autônomo do direito, integrado pelo conjunto das proposições jurídico-normativas que correspondam, direta ou indiretamente, à **instuição, arrecadação e fiscalização** de tributos” (CARVALHO, 2015, p. 44). Em assim sendo, as questões relativas à repartição do produto da arrecadação dos impostos situar-se-ia, de maneira mais adequada, em outro ramo do direito, qual seja o do direito financeiro.

Dai já se chega ao primeiro deslumbre: a construção da norma jurídica em sentido estrito, relativa à incidência tributária, isto é, da regra-matriz de incidência tributária, mantém-se regada pelos conteúdos normativos derivados do texto constitucional (CARRAZZA, 2015) e que perfaçam o conteúdo mínimo necessário a que um tributo possa se dizer instituído. Nesse ponto, enquanto unidade mínima e irreduzível de manifestação do deôntico, a regra-matriz do IPVA não pode se encontrar limitada por conteúdos que são apanhados em um momento posterior à incidência, **após** as atividades de arrecadação e de fiscalização dos tributos.

Nesse ponto, parece que é por demais desprestigiar a competência dos Estados e do Distrito Federal restringir o seu poder de tributar, atendidas todas as limitações constitucionais a ele inerentes e que plasmam um verdadeiro “estatuto constitucional de defesa dos contribuintes”, ao

¹⁷ Conforme doutrina de Alfredo Augusto Becker (2010, p. 32), que ora se faz mais atual do que nunca, em vista da manutenção (e talvez até da ampliação) do “manicômio jurídico tributário”, a “autonomia do Direito Tributário é um problema falso e falsa é a autonomia de qualquer outro ramo do Direito Positivo”. Reforçando os argumentos anteriores, Paulo de Barros Carvalho (2015, p. 43) defende que “a ordenação jurídica é uma e indecomponível. Seus elementos – as unidades normativas – se acham irremediavelmente entrelaçados pelos vínculos de hierarquia e pelas relações de coordenação, de tal modo que tentar conhecer regras jurídicas isoladas, como se prescindissem da totalidade do conjunto, seria ignorá-lo, enquanto sistema de proposições prescritivas”.

¹⁸ Não se pode olvidar, ainda, que o próprio STF reconhece tratar-se o Direito Tributário como verdadeiro “direito de superposição”, **na medida** em que encampa conceitos que lhe são fornecidos pelo Direito Privado (Direito Civil, Comercial, do Trabalho, etc), na doutrina de Gian Antonio Micheli. STF, Voto do Ministro Celso de Mello, Recurso Extraordinário nº 574.706.

se condicionar a materialidade dos tributos a requisitos que diminuam a sua abrangência, por conta do emprego de expressões que não se revelem adequadas a descrever o controle dos veículos aéreos ou marítimos.

Assim, a redação do art. 158, inciso III, da CF, que seria a instauradora da celeuma e motivadora da constrição material do IPVA, assim enuncia: “Pertencem aos Municípios: [...] III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios”. Com o fito de não se amesquinhar o conteúdo da materialidade disposta no art. 155, inciso III, poder-se-ia apontar que uma interpretação coerente com o sistema seria no sentido de que apenas o IPVA incidente sobre veículos automotores terrestres, que são os únicos que se sujeitam a licenciamento, seria objeto de repartição.

Tal é defensável na medida em que se observa que não foram muitos os impostos sujeitos à repartição, conforme previsto nos arts. 157 e 158 do texto constitucional: tal se dá, atualmente, apenas no tocante ao IR, ao IPI, ao ITR, ao ICMS e ao IPVA. O próprio ITCMD, também de competência estadual, não é objeto de repartição com os municípios. Daí, não se entende que isso seja uma regra absoluta e que permita diminuir a construção do critério material do IPVA para ser preservada.

Em sentido oposto, poder-se-ia defender que o legislador constitucional, dada a heterogeneidade de seus membros, ao tratar de veículos **licenciados**, utilizou-se deste signo em seu sentido vulgar, revelando uma impropriedade, atecnia ou deficiência a ser solucionada pelo jurista. Isso porque, por se tratar de linguagem técnica, que se assenta no discurso natural, mas aproveitando “quantidade considerável de palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas” (CARVALHO, 2015, p. 35), às vezes se percebe o seu emprego equivocado.

Nessa medida, ainda que estritamente as legislações relativas aos transportes aéreos e marítimos não disponham necessariamente de licenciamentos, mas sim, de certificações, ter-se-ia a possibilidade de empregar-se o termo correlato em tais legislações. Dessa forma, a exemplo do “Certificado de Matrícula” e do “Certificado de Aeronavegabilidade”¹⁹, sendo este com prazo de vigência específico, os mesmos poderiam adaptar-se ao conteúdo que quis o legislador empregar ao dispor acerca do “licenciamento”.

Em tais certificados, inclusive, é possível se identificar o proprietário do veículo e o Estado da federação em que o mesmo têm domicílio, o que revela a possibilidade de identificação perfeita e imediata do ente que teria a possibilidade de exercer a competência tributária²⁰. Diferentemente do que se tem apontado, o fato de tal cadastro se dar em uma repartição federal não obstaculiza a identificação do Estado da federação em que está domiciliado o proprietário.

Por fim, uma questão que desborda da questão normativa propriamente dita mas que pode interessar ao Direito sob outro prisma: aqui, volta-se à questão de que o direito visa a regular condutas intersubjetivas, canalizando os valores que a sociedade entende relevantes. Ora, em uma Constituição que se vivifica pela interpretação e pelos influxos de novas evoluções e novas visões que a sociedade vai desenvolvendo, não se admite que o IPVA venha a incidir **apenas**

¹⁹ Tais certificados são utilizados para os veículos automotores aéreos e marítimos, por exemplo.

²⁰ Interessante observar que a indicação dessa alternativa guarda conexão com o tema a ser discutido em sede da Repercussão Geral nº 708, cuja ementa assim enuncia: “Possibilidade de recolhimento do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) em estado diverso daquele em que o contribuinte mantém sua sede ou domicílio tributário”.

sobre a propriedade de veículos automotores terrestres²¹, os quais se revelam como motor absolutamente indispensável da economia nacional.

Em outro sentido, até pelo caráter da suntuosidade e pela expressão da capacidade contributiva dos proprietários de veículos automotores aéreos e marítimos, não há como desconsiderá-los na incidência do IPVA, e certamente tal asserção se afirma como os valores pretendidos pela sociedade brasileira²², que ainda sofre com uma carga tributária que impacta mais gravemente os mais pobres, em detrimento daqueles que mais revelam riqueza.

Vale ressaltar que, a despeito do abrangência que se defende ínsita ao texto constitucional, e em virtude das sucessivas decisões em sentido contrário tomadas pelo STF, encontra-se em fase de apreciação pelo Congresso Nacional a Proposta de Emenda a Constituição nº 283, de 2013²³ (apensada à PEC nº 140, de 2012), que identificaria de forma expressa as espécies de veículos e incluiria a posse no âmbito competencial dos Estados e do DF, ao fixar nova redação ao inciso III, do art. 155, da CF: “propriedade ou posse de veículos automotores terrestres, aquáticos e aéreos”.

Destaque-se, por fim, que no que tange à proposição em análise na casa legislativa, existe a previsão de regra imunitória aos “veículos aquáticos e aéreos de uso comercial, destinados à pesca e ao transporte de passageiros e de cargas”. Tal PEC, que já foi jocosamente denominada de “PEC dos jatinhos”, parece lançar luzes a uma questão que, de há muito, já poderia estar sedimentada no panorama normativo nacional.

2 O CONCEITO DE “TIPOS” DE VEÍCULOS E O DESENHO DOS CONTORNOS DO IPVA PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 562.045/RS

A partir deste capítulo, passar-se-á a dispor de um aspecto estrutural relativo ao IPVA que, diferentemente do apontado acima, ainda não reverberou nas cortes superiores e cuja ressonância na doutrina ainda não parece evidente. Nesse ponto, vislumbra-se a oportunidade de, mais uma vez, aprofundar-se a hermenêutica sob o viés da construção da Ciência do Direito, dada a importância da doutrina para a própria estruturação da jurisprudência.

Ora, tomada a doutrina como uma rede que conecta diversos doutrinadores, será esta a responsável por legitimar as diversas leituras feitas pelos julgadores, estruturando a jurisprudência (CARNEIRO, 2015, p. 149-150), que se vivifica no núcleo inquebrantável dos textos escritos,

²¹ Conforme dados do IBGE, apenas a frota de automóveis ultrapassou os 49 milhões de veículos em 2015. Além destes, têm-se também os caminhões, os ônibus, as motocicletas, dentre outros. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/painel/frota.php>. Acesso em 29 mar. 17.

²² É interessante observar matéria jornalística intitulada “Mesmo sem mar, DF é a quarta unidade da federação com o maior número de barcos”, divulgada na *internet* e que bem reflete esse aspecto cultural que aqui se propugna. Em determinado trecho, a fim de tentar justificar o porquê do Distrito Federal, apesar de não possuir litoral, ter uma das maiores frotas marítimas do país, a matéria assim enuncia: “Apesar de não ser uma região litorânea, o Distrito Federal possui aproximadamente cinco mil embarcações. **O número é considerado alto, mas pode ser explicado porque o DF tem uma das maiores rendas per capita do País**” (destacado). Disponível em: <http://noticias.r7.com/distrito-federal/mesmo-sem-mar-df-e-a-quarta-unidade-da-federacao-com-o-maior-numero-de-barcos-04082013>. Acesso em 29 mar. 17.

²³ Inteiro teor disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=1105191&filename=PEC+283/2013>. Acesso em 29 mar. 17.

quer de direito positivo, quer de Ciência do Direito²⁴. Enaltece-se, por fim, o papel doutrinário como um sistema de referência, a partir de uma visão estruturalista (BORGES, 2007, p. 150).

Daí a importância de contribuir para o aprofundamento das meditações interpretativas decisórias, a partir do influxo de novas ideias por parte da doutrina, sempre **a partir** do direito posto. Nesse ponto, a redação do art. 155, §6º, inciso II, da CF, assim enuncia: “Art. 155, § 6º O imposto previsto no inciso III [IPVA]: [...] II - poderá ter alíquotas diferenciadas em **função do tipo e utilização**”. Tal redação, vale pontuar, foi inserida na CF a partir da Emenda Constitucional nº 42, de 2003. Interessa, a partir de agora, fixar-se no signo “**tipo**”.

Aqui, então, o recurso ao conteúdo dicionarial será esgotado a partir de três consultas ao signo: na primeira, realizada no Michaelis (2009, p. 1846), pode-se dizer do **tipo**:

2 coisa ou indivíduo que possui caracteres distintivos de uma classe, um grupo etc.; símbolo [...] 3 espécie, gênero [...] 9 **COM** conjunto das características que indicam as qualidades de um produto <leite t. A> 12 **LING** na relação tipo/ocorrência, cada vocábulo configurando um elemento da língua, por oposição às ocorrências que o caracterizam como elemento da fala 13 **SEMIO** signo que representa uma categoria ou um conjunto de casos ou indicações, por oposição às ocorrências particulares mediante as quais uma categoria se manifesta.

A seguir, efetuada em um dicionário etimológico-prosódico (BUENO, 1968, p. 3979), tem-se por **tipo** “figura, fôrma, modelo, exemplo, classe, símbolo”. Por fim, em sentido filosófico, **tipo** pode ser empregado “no sentido de modelo, forma, esquema ou conjunto interligado de características que pode ser repetido por um número indefinido de exemplares” (ABBAGNANO, 2000).

Com isso, ao se apontar para “tipo de veículos”, está-se a pretender identificar classes, modelos, conjuntos, grupos. E em se tratando dessa atividade, de formulação de tipos, tem-se que se abrem múltiplas possibilidades ao legislador estadual²⁵. É interessante observar, dentre os sentidos apontados, aquele que indica um uso comercial do termo, constante no Michaelis: “conjunto das características que indicam as qualidades de um produto <leite t. A>”.

E aí, talvez um retrocesso histórico dê a noção exata de como o texto constitucional pode se adaptar aos novos valores que a sociedade elege, a partir de novos conteúdos hermenêuticos. Isso porque, o movimento não ocorre do texto legislado para a realidade: é exatamente o sentido oposto que se verifica. Na medida em que as diferenças vão se fazendo visíveis na sociedade, é que o direito passa a se expressar de forma diferenciada, a fim de acompanhar as mudanças fácticas, que são muito mais intensas que as alterações normativas.

Para tanto, retorne-se ao Michaelis, com o exemplo do “leite tipo A”: é difícil imaginar que o legislador originário constitucional refletisse uma sociedade que, como a de hoje, estivesse

²⁴ Aqui, não se pode deixar de apontar que a ideia referenciada por Wálber Araujo Carneiro (2015, p. 133-151) é estruturada em um sentido mais estreito do que o aqui posto. Isso porque, defende o autor que “não é a jurisprudência que legitima a doutrina, e sim a rede doutrinária que legitima [a] jurisprudência. Ao juiz é dada a possibilidade de romper com a jurisprudência somente se a rede doutrinária assim o permitir, sendo que esse rompimento atrai o ônus argumentativo do rechaço do modelo jurisprudencial rechaçado, bem como dos modelos doutrinários que o sustentava”. Na defesa desta tese, longe de se pugnar por um nihilismo interpretativo, ou por um subjetivismo ilimitado, que autorizaria qualquer interpretação por parte dos cientistas do direito ou mesmo em se tratando do processo de positivação do direito, não se pode olvidar que, no que pertine ao Direito Tributário, cujos estudos científicos são relativamente recentes no Brasil, bem como por um tecnicismo muitas vezes exagerado e confuso da legislação tributária, o qual dificulta o aprofundamento teórico, não é raro inexistir doutrina acerca de matérias específicas. E isso é encontrado no IPVA. Nesse caso, o autor desenvolve tese a partir do que denomina Teoria Dialógica do Direito (CARNEIRO, 2011).

²⁵ Aqui, reitere-se a ausência de lei complementar estabelecendo normas gerais acerca do IPVA, o que faz operar um vácuo ainda maior entre o texto constitucional e os textos estaduais e distrital.

afeiçoada à infinidade de tipos de leite que ora se tem à disposição. Praticamente, quando se falava em leite, estava-se a apontar o leite de vaca, provavelmente sem detalhar características que levem em conta exigências de higiene na ordenha e no transporte (o que vem a caracterizar os leites tipo A, B ou C)²⁶.

Ainda em 1988, época da promulgação da Constituição, ao se falar em veículo automotor, e não propriamente nos tipos dele, a sociedade não dispunha praticamente de opções: tinha-se o que depois veio a ser denominado, jocosamente, de verdadeiras “carroças”: a mudança, ainda que leve, e direcionada a classes sociais específicas, ocorreu apenas com o Governo Collor, quando houve a abertura ao mercado estrangeiro, na aquisição de veículos²⁷. Assim, não haveria muito sentido falar em tipos de veículos pois não se contava com opções relevantes, desbordando apenas em uma chamada categoria tipológica primária, que abrangeria o que se poderia delimitar com a ideia de gênero.

Contudo, a interpretação que se pretende fazer aponta para vetores culturais diferenciados, especialmente por conta de uma dinâmica do mercado que revolucionou a forma como a sociedade encara os “tipos” de veículos existentes. Assim, existem diferenças fundamentais que podem ser estabelecidas entre um carro com potência de até 100 cavalos e outro cuja potência é superior a 180 cavalos. Inclusive, diante de tais diferenças, a própria indústria automobilística aponta para nichos de mercados distintos, com gostos absolutamente divergentes e com características de renda básica dos consumidores na aquisição de tais veículos.

Dessa forma, por exemplo, levando em conta características deste jaez, o próprio legislador federal selecionou “tipos” de veículos diferenciados, voltados normalmente ao consumo das classes C e D, ao estabelecer a redução da alíquota do IPI de 7% para zero, para veículos de até 1000 cilindradas. Para veículos entre 1000 e 2000 cilindradas, a redução na alíquota, à época, foi de 13% para 6,5%²⁸. Ainda mais, as próprias legislações estaduais do IPVA já estabelecem, há bastante tempo, alíquotas diferenciadas para veículos automotores terrestres em função do combustível utilizado, chegando a isentar os veículos elétricos, em prestígio ao art. 225 da Constituição Federal, em verdadeira utilização de categorias tipológicas e que visem a alcançar finalidades outras que não a mera arrecadação do tributo.

Aqui, o tema seria farto para fins de defesa de tipos diferentes de veículos. Nesse ponto, em que o legislador estadual manifesta a sua criatividade no sentido de alcançar a máxima efetividade do texto constitucional, tributando com alíquotas menores tipos de veículos que sejam menos poluentes ao meio ambiente, ou mesmo não os tributando, como é o caso dos veículos elétricos, não há como se imaginar que a classificação tipológica deva se restringir a automóveis, ônibus e caminhões.

²⁶ No que pertine ao leite, é interessante observar que os Estados têm inserido determinados gêneros alimentícios, considerados de primeira necessidade, na lista denominada “cesta básica”, nos termos do Convênio ICMS nº 128, de 1994. Dentre os itens assim considerados, sobreleva o exemplo do leite. Nesse ponto, à época do convênio e com as legislações estaduais que aperfeiçoaram a matéria, não haveria os múltiplos tipos de leite, em escala industrial, tais como de arroz, de soja, com e sem lactose, vitaminado, com sabores, compostos lácteos, e uma infinidade de outros tipos distintos que se passou a oferecer no mercado. Nesse ponto, não dá para afirmar que todos eles se tratem simplesmente de leite, desconsiderando as diferenças que os fazem, relevantemente, importantes para aqueles que consomem. Para alguém que seja intolerante ou alérgico à lactose, a diferença do produto pode representar a própria manutenção da saúde do indivíduo.

²⁷ Vide interessante matéria no blog do Estadão, que atualiza essa temática. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/primeira-classe/a-volta-das-carrocas/>. Acesso em 29 mar. 17.

²⁸ Vide Decreto Federal nº 6.809, de 30 de março de 2009.

E aqui, ainda se poderia citar o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores (Inovar-Auto)²⁹, instituído pelo Governo Federal, e que, por meio de benefício fiscais, cria um estímulo à produção de veículos que se diferenciem por conta do consumo de combustíveis, prestigiando aqueles que se revelem mais econômicos em sua utilização.

Nesse movimento, algumas leis estaduais relativas ao IPVA passaram a diferenciar suas alíquotas tomando por base a potência máxima de seus motores (com a utilização da grandeza cavalo-vapor) e, em se tratando de motocicletas, utilizando-se da grandeza “cilindrada” ou volume do motor. Tome-se como exemplo, o Estado do Ceará, que nas alterações empreendidas na Lei Estadual nº 12.023, de 20 de novembro de 1992, por meio da Lei nº 15.893, de 27 de novembro de 2015, passou a dispor da seguinte redação, relativamente à fixação das alíquotas aplicáveis ao IPVA:

Art. 6º Aos veículos abaixo discriminados aplicar-se-ão as seguintes alíquotas:

[...]

III – motocicletas, motonetas, ciclomotores e triciclos com potência:

- a) **de até 125 cilindradas**, 2,0% (dois por cento);
- b) **superior a 125 e até 300 cilindradas**, 3,0% (três por cento);
- c) **superior a 300 cilindradas**, 3,5% (três vírgula cinco por cento);

IV – automóveis, camionetas, caminhonetes e utilitários com **potência**:

- a) **de até 100cv**, 2,5% (dois vírgula cinco por cento);
- b) **superior a 100cv e até 180cv**, 3,0% (três por cento);
- c) **superior a 180cv**, 3,5 (três vírgula cinco por cento). (destacado)

De forma semelhante, o Estado de Pernambuco, valeu-se do mesmo critério de diferenciação na Lei nº 10.849, de 28 de dezembro de 1992:

Art. 7º. As alíquotas do IPVA são:

[...]

III - para motocicleta, ciclomotor, triciclo, **quadriciclo**, motoneta e similares, observada a respectiva motorização:

b) no período de 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2019:

- 1. 1,0% (um por cento), no caso de veículo com **motor inferior a 50 cm³** (cinquenta centímetros cúbicos);
- 2. 2,5 % (dois vírgula cinco por cento), no caso de veículo com **motor de cilindrada até 300 cm³** (trezentos centímetros cúbicos);
- 2. 3,0 % (três por cento), no caso de veículo com motor de cilindrada **acima de 300 cm³ (trezentos centímetros cúbicos) até 600 cm³ (seiscentos centímetros cúbicos)**; e
- 3. 3,5 % (três vírgula cinco por cento), no caso de veículo com **motor de cilindrada acima de 600 cm³ (seiscentos centímetros cúbicos)**. (destacado)

²⁹ Os contornos desse programa, bem como de toda a legislação que o rege, estão disponíveis em <<http://inovarau-tomdic.gov.br>>. Acesso em 29 mar. 17.

Assim, não parece ser adequada ao panorama atual a interpretação trazida pela Procuradoria-Geral da República (PGR), inaugurando a ADI nº 5654. Chega a PGR a afirmar que “motocicleta de até 125cc não é tipo de veículo automotor diferente de outra com 300cc. Do mesmo modo, automóvel com 100cv não é, necessariamente, tipo de veículo diverso [...] de automóvel de 180cv”. Nesse ponto, pode-se dizer que a realidade dos argumentos até aqui expedidos suporta essa afirmação.

Encerrada essa fase inicial, que teve intuito de colmatar o conteúdo semântico do texto constitucional, notadamente ao se cingir aos aspectos inerentes aos “tipos de veículos”, partir-se-á para um outro parâmetro de análise, o qual revela conexão com a interpretação feita pelo próprio Supremo Tribunal Federal no RE nº 562.045/RS. Nesse processo, o STF admitiu a constitucionalidade da legislações estaduais que estabelecessem alíquotas progressivas para o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens e Direitos (ITCMD), ainda que tal progressividade não tenha sido plasmada em disposição constitucional. E aqui, o princípio mais prestigiado na inteligência foi justamente a capacidade contributiva.

Nesse ponto, sobreleva o texto do §1º, art. 145, da CF³⁰. Ao observar o estabelecimento de alíquotas diferentes para veículos automotores terrestres nas legislações cearense e pernambucana, não se tem a aplicação da técnica da progressividade, corriqueiramente utilizada para graduação da capacidade contributiva: não se trata de, sobre uma mesma grandeza, imputar um plexo de alíquotas distintas, tal qual se julgou relativamente ao ITCMD instituído pela lei gaúcha.

Diferentemente disso, os fundamentos do RE nº 562.045/RS podem ser aqui utilizados pois se percebe que, a partir deste julgado, tomando por base o voto do Ministro Eros Grau, parece desapegar-se da noção de que o art. 145, §1º, da CF, aplicar-se-ia, exclusivamente, aos impostos ditos “pessoais”, em contraposição daqueles denominados de impostos reais.

Nesse ponto, merece destaque a ênfase feita pelo Ministro Eros Grau ao texto constitucional, na medida em que reitera que, em momento algum, o art. 145, §1º, da CF, revela um conteúdo limitador para sua aplicação. Em sendo assim, defende:

O que a Constituição diz é que os impostos, sempre que possível, deverão ter caráter pessoal. **A Constituição prescreve, afirma um dever ser:** os impostos deverão ter caráter pessoal sempre que possível. **E, mais, diz que os impostos, todos eles,** sempre que possível serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

7. Há duas sentenças aí : (1) terem caráter pessoal e (2) serem graduados, os impostos, segundo a capacidade econômica do contribuinte. Sempre que possível. Assim devem ser os impostos.

8. Permitam-me insistir neste ponto: o § 1º do artigo 145 da Constituição determina como devem ser os impostos, todos eles. Não somente como devem ser alguns deles. **Não apenas como devem ser os impostos dotados de caráter pessoal. Isso é nítido.** Nítido como a luz solar passando através de um cristal, bem polido. (destacado). STF, Voto-vista do Ministro Eros Grau. RE nº 562.045/RS.

Trata-se de questão que deve ser reacendida na jurisprudência brasileira, no sentido de fortalecer o entendimento acima identificado, o qual torna mais plena a aplicação do princípio da capacidade contributiva no direito tributário brasileiro.

Com tudo isso, não se pode duvidar que a variedade de tipos distintos de veículos que têm sido ofertada ao mercado nacional brasileiro guarda estreita consideração com recursos de

³⁰ CF, art. 145, § 1º: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

ordem econômica das pessoas que adquirem tais bens. A título de exemplo, a média de valores de um automóvel de até 100 cavalos se perfaz em torno de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Enquanto isso, carros que possuam mais de 180 cavalos ultrapassem em pelo menos três vezes esse valor.

Dessa forma, estabelecem-se, a partir de nichos de mercados distintos, possibilidades amplas de utilização da capacidade contributiva, a fim de graduar o tributo, ainda que de caráter real, segundo a capacidade econômica do sujeito passivo. Nesse ponto, o critério pelo qual se pautaram as leis ordinárias estaduais não se revelam absurdos e desarrazoados, tal qual seria se vislumbrassem tipos distintos de veículos levando em conta a quantidade de portas ou mesmo a cor do automóvel.

Em sentido contrário, nada mais vez o legislador do que estruturar na norma jurídica em sentido estrito, notadamente sob o viés do critério quantitativo, diferenciações que já vinham sendo amplamente adotadas pela sociedade, e que revelam conteúdos incontroversos de riqueza.

CONCLUSÃO

O Sistema Tributário Nacional brasileiro, como verdadeiro conjunto de proposições jurídico-normativas que correspondam, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos, revela-se mais densificado a partir do movimento hermenêutico realizado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Nesse sentido, partindo do texto promulgado, os quais revelam os valores eleitos pela sociedade, vão sendo aprimorados os conteúdos originais, sob os próprios influxos da realidade.

Dessa forma, ao se observar o conteúdo documental relativo ao IPVA, percebe-se a singularidade com que esse tributo vem sendo tratado seja sob o aspecto legislativo, seja sob os aspectos doutrinário e jurisprudencial. Para agravar as dificuldades, a falta de lei complementar relativa à matéria vem conduzindo questões importantes acerca do imposto para o Supremo Tribunal Federal.

Isto posto, ao analisar o conteúdo da materialidade afeta ao IPVA, avalia-se que o STF desconsiderou, em sua atividade decisória, o conteúdo mínimo ofertado pela CF/88 pois, em diversas oportunidades, a pretexto de realizar uma interpretação histórica, acabou por simplesmente desconsiderar a redação promulgada, ainda que isso tenha sido alertado por alguns dos ministros. Decorrente de tais manifestações, surgem decisões reiteradas acerca da matéria, e que apontam que a expressão “veículo automotor”, contida no art. 155, inciso III, da CF/88 referir-se-ia, exclusivamente, aos veículos terrestres.

Contudo, conforme se pode demonstrar, o percurso gerativo de sentido, especialmente ao se tomar o fenômeno normativo sob a ótica do texto, há de ser realizado, no mínimo, a partir do texto, sem jamais desconsiderar os signos ali plasmados. E ainda que tal acepção pudesse ser aceita nos julgados pós-promulgação da CF/88, não haveria como sustentá-los na atualidade, em virtude das mudanças paradigmáticas pelas quais passaram os veículos automotores em todo o mundo e os próprios reclamos sociais.

A seguir, no que pertine à possibilidade de se estabelecerem alíquotas diferenciadas em função do tipo de veículo automotor, as legislações de alguns Estados vêm sendo questionadas em ADI, pela PGR, ao argumento de que sob o signo “tipo” só podem ser enquadradas as definições consideradas mais abrangentes relativas às materialidades do IPVA. Dessa forma, o entendimento da PGR seria no sentido de se reduzir o diferencial criado no critério quantitativo das

leis estaduais, ao considerar que as categorias tipológicas podem ser ampliadas, por conta da amplitude de categorias que podem ser vislumbradas pelo legislador ordinário.

Contudo, conforme se conclui, a expressão “tipos de veículos automotores” há de ser empregada em sua máxima amplitude, com vistas a alcançar o maior contorno pretendido pela CF/88. Como exemplo que garante o emprego do tributo para atingir vetores ambientais, por exemplo, tem-se o emprego de alíquotas diferenciadas por conta do tipo de combustível utilizado no veículo, o que permite alguns Estados da federação atribuírem alíquota zero ou isentarem o IPVA de automóveis elétricos, por exemplo.

De idêntica forma, respeitando-se a competência dos Estados e do Distrito Federal, não existem motivos no texto constitucional que obstaculizem a utilização de categorias tipológicas que venham a estabelecer alíquotas diferenciadas e, conseqüentemente, tratamento tributário diferenciado, a ser modulado conforme valores outros erigidos no mesmo texto, como é o caso da capacidade contributiva.

Diante de tudo isso, prestigia-se uma interpretação que se faz do Texto Constitucional para os demais documentos normativos vigentes, não olvidando o caráter sobranceiro da competência tributária conferida aos Estados e ao Distrito Federal. E tal se revela adequado e possível devido ao emprego das categorias da hermenêutica jurídica, aliadas à Teoria Geral do Direito e à admissão do direito como linguagem, que tem mostrado ânimos reveladores para a construção normativa no país.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução coordenada e revista de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2010.

BORGES, José Souto Maior. Hermenêutica histórica em direito tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 2007, v. 75, jul./ago., p. 145-163.

BUENO, Francisco da Silveira. **Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1968.

CARNEIRO, Luísa Cristina Miranda. **IPVA: Teoria, prática e questões polêmicas**. São Paulo: Noeses, 2016.

CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. (org.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 133-152.

_____. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ, Roberto. Aspectos controvertidos do IPVA. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, ano 2005, n. 113, p. 107-115, fev. 2005.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 2014.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

LEOPOLDI, Elaise Ellen; MIGUEL, Luciano Garcia. Incidência do IPVA sobre Aeronaves e Embarcações. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 92, maio, 2003, p. 26-32.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

MORAES, Lília Kédina Cuimar de Sousa e; OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A controvérsia acerca da incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações e aeronaves. **Cadernos de Finanças Públicas**, Brasília, n. 14, p. 69-101, dez. 2014.

PACOBAYHYBA, Fernanda Mara de O M C. Dos limites à interpretação jurídica: reflexões acerca do percurso gerativo de sentido no Construtivismo Lógico-Semântico. **Nomos**: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 36, n. 1, 2016, p. 165-203.

ROBLES, Gregorio. **Teoría del derecho**: fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho. Volumen I. España: Thomson Reuters, 2011.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2016.

Recebido em: 19 jun. 2017.

Aceito em: 11 dez. 2017.

O CONTEÚDO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA MEDIAÇÃO

Danilo Christiano Antunes Meira

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Membro do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI, IMED/Passo Fundo). Bolsista CNPq.

E-mail: danchristiano@gmail.com.

Horácio Wanderlei Rodrigues

Doutor em Direito (Filosofia do Direito e da Política) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito (Instituições Jurídico-Políticas) pela UFSC. Realizou Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional (IMED/RS). Professor Titular de Teoria do Processo do Departamento de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Direito da UFSC, de 1991 a 2016. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito da UFSC, de 2015 a 2016. Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação Meridional. Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SC.

E-mail: horaciowr@gmail.com

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de indicar as possíveis normas que podem ser extraídas dos princípios orientadores da mediação. A análise é feita por uma abordagem semântica e sistemática dos enunciados. Além disso, busca identificar quais princípios são aplicáveis às modalidades judicial e extrajudicial da mediação. Os princípios analisados são aqueles instituídos pelos marcos normativos da mediação: autonomia da vontade, boa-fé, busca do consenso, competência, confidencialidade, decisão informada, empoderamento, imparcialidade, independência, informalidade, isonomia entre as partes, oralidade, respeito à ordem pública e às leis vigentes e validação. Como conclusão, indica as principais dificuldades que devem ser enfrentadas pelos atores envolvidos no procedimento da mediação.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Princípios orientadores; Conteúdo normativo.

The normative content of the guiding principles of mediation

ABSTRACT: *This article aims to indicate the possible norms that can be extracted from the guiding principles of mediation. The analysis is performed by a semantic and systematic approach to statements. In addition, it seeks to identify which principles apply to the judicial and extrajudicial modalities of mediation. The principles analyzed are those established by the normative frameworks of mediation: autonomy of the will, good faith, the search for consensus, competence, confidentiality, informed decision, empowerment, impartiality, independence, informality, isonomy, orality. respect for public order and the laws in force and validation. In conclusion, it indicates the main difficulties that must be faced by the actors involved in the mediation procedure.*

KEYWORDS: *Mediation; Guiding principles; Normative content.*

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é responder uma pergunta relativamente simples: identificar as normas que podem ser extraídas dos enunciados que estabeleceram os princípios orientadores da mediação entre particulares no âmbito civil. As questões que justificam o desenvolvimento de um estudo com essa proposta, por outro lado, derivam de problemas mais difíceis: os embaraços causados aos atores envolvidos na mediação pelo fato desse procedimento ser disciplinado por três marcos normativos diferentes e as possíveis incompreensões a respeito das implicações práticas dos princípios que eles trazem.

Considerando que cada um dos princípios poderia ser tomado como objeto de extensos estudos autônomos, foi necessário empreender recortes e escolhas metodológicas para que este trabalho se tornasse ao mesmo tempo relevante e didático no escopo de um único artigo. São recortes e escolhas que precisam ser expostas para que o desenvolvimento da pesquisa e o seu resultado sejam compreendidos adequadamente.

Em primeiro lugar, optou-se por uma análise eminentemente semântica e sistemática dos enunciados que estabeleceram os princípios¹. Dessa análise do significado e do contexto de um enunciado em relação aos outros é que foram indicadas as normas que podem ser compreendidas de um modo suficientemente aceitável. Em outras palavras, a tarefa principal dessa pesquisa se resume em apontar quais são os deveres ou direitos que cada princípio pode instituir sem malabarismos hermenêuticos.

¹ Na qualidade de pesquisadores e acadêmicos, os autores deste artigo fazem a opção de limitar o trabalho a uma análise cognoscitiva das normas que compõem o objeto de estudo. Trata-se de um tipo de abordagem defendida por autores como Hans Kelsen, para quem uma análise científica do Direito positivo “é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica”. Nessa concepção, “a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito”. Além disso, “uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de Direito internacional que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1998).

Esse caráter de mera possibilidade deve ser enfatizado pelo fato de não se ter aqui a pretensão de afirmar categoricamente quais são as formas corretas de se interpretar um dado princípio e nem de inviabilizar outras formas de interpretá-lo. A regulamentação da mediação no âmbito civil é um fato relativamente novo para se falar em sistematização de interpretações autênticas, sedimentadas pela própria prática jurídica. Obviamente, mesmo assumindo que os critérios de escolha dos significados tenham sido o uso corrente e o uso jurídico dos termos, os conteúdos normativos foram expostos no artigo apenas naquilo em que os seus autores conseguiram alcançar em termos semânticos e que, ao mesmo tempo, consideraram razoável.

Em segundo lugar, foi preciso deixar de fora todos os princípios que regulamentam a mediação de forma indireta, como os princípios constitucionais, os princípios gerais do código de processo civil e os princípios gerais do código de direito civil. Essa escolha não deve ser compreendida como um indicativo de que esses princípios poderiam ter uma relevância inferior em relação à mediação. Eles não foram abordados simplesmente porque não cabia tudo aqui. Essa também é a razão pela qual foi feita a opção de não abordar o desenvolvimento histórico ou aspectos teóricos e filosóficos dos princípios. Não haveria espaço para fazer qualquer levantamento desses aspectos de modo satisfatório.

Por fim, com o objetivo de facilitar tanto a sua assimilação integral como consultas específicas a cada princípio, a organização do artigo é feita da forma mais simples e intuitiva possível. O primeiro tópico serve para situar o leitor sobre quais foram os princípios orientadores instituídos pelos três marcos normativos da mediação e o alcance que cada um deles tem em relação às modalidades judicial e extrajudicial da mediação. Tal exposição, feita em um tópico específico, serve para evitar que essa informação seja sempre repetida na análise individual de cada princípio. No segundo tópico é que se desenvolve a análise propriamente dita do conteúdo normativo dos princípios. Na conclusão são feitas algumas considerações sobre os pontos mais sensíveis que o estudo tornou evidente.

1 A ABRANGÊNCIA DOS MARCOS NORMATIVOS DA MEDIAÇÃO E DOS SEUS PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Como já se discutiu em outra publicação², a mediação entre particulares no âmbito civil é regulamentada simultaneamente pela Resolução n. 125/2010 do CNJ, pelo Código de Processo Civil e pela Lei da Mediação. Cada um deles institui um conjunto específico de princípios.

De acordo com a Resolução n. 125/2010 do CNJ, os “princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais” são: “confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”³.

No Código de Processo Civil, os princípios informadores da mediação – e também da conciliação – são “os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade,

² MEIRA, Danilo Christiano Antunes. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade. *R. Jur. FA7*, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 117-137, jul./dez. 2016.

³ CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 13 mai. 2017 [Anexo III – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º].

da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”⁴. Os princípios orientadores da mediação trazidos pela Lei da Mediação são a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé⁵.

Alguns princípios, portanto, são comuns aos três marcos normativos, alguns outros se repetem em apenas dois marcos normativos e outros existem em apenas um. Além da multiplicidade de marcos normativos e da não-coincidência dos conjuntos de princípios orientadores, existe uma dificuldade adicional que os atores envolvidos na mediação precisam levar em conta para saber quais princípios devem ser observados no caso concreto e quais não: o fato de os marcos não possuírem a mesma abrangência em relação às modalidades judicial e extrajudicial da mediação.

Resumidamente, a Resolução n. 125/2010 do CNJ regulamenta apenas a mediação judicial⁶, a Lei da Mediação regulamenta tanto a mediação judicial como a extrajudicial⁷ e o Código de Processo Civil regulamenta a mediação judicial realizada tanto nos centros judiciários de solução de conflitos como nas câmaras privadas (no que couber), ficando, porém, controversa a sua aplicabilidade à modalidade extrajudicial realizada nas câmaras privadas (existem argumentos razoáveis que sustentam respostas positivas ou negativas⁸).

⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 13 mai. 2017. Art. 166.

⁵ BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Publicada no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 13 mai. 2017. Art. 2º, incisos I a VIII.

⁶ Sobre a abrangência dos princípios trazidos pela da Resolução n. 125/2010 do CNJ em relação às modalidades judicial e extrajudicial da mediação, é importante notar que os mesmos foram elencados no art. 1º Anexo III da resolução intitulada de Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais e que foram nomeados como “princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais”. Além disso, como já observado em outra oportunidade, os atos regulamentares do CNJ só podem vincular os atores envolvidos na mediação que estejam hierarquicamente subordinados ao CNJ (MEIRA; RODRIGUES, 2016, p. 124-125). Como consequência, é de se concluir que a modalidade extrajudicial da mediação não é alcançada pela Resolução n. 125/2010 do CNJ.

⁷ Dado que a Lei da Mediação dispõe explicitamente “sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares” (art. 1º) nas modalidades judicial (art. 24 e ss.) e extrajudicial (art. 21 e ss.), e estando os princípios orientadores localizados em seção de disposições gerais, não parece haver dúvida sobre o fato de que tais princípios devem ser observados nas modalidades judicial e extrajudicial de mediação. Além disso, por expressa disposição, tais princípios são aplicáveis, “no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências” (art. 42).

⁸ Considerando que a seção dedicada à conciliação e mediação leva o nome Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, é intuitivo concluir que o Código de Processo Civil buscou disciplinar apenas a mediação judicial. Essa conclusão é reforçada pelo fato de tal seção encerrar-se com um artigo que prescreve que as disposições nela contidas não excluem “outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica” (art. 175). Não excluir é diferente de regulamentar, e uma lei específica que regulamenta a mediação extrajudicial é a própria Lei da Mediação. Todavia, a afirmação de que o Código de Processo Civil regulamenta apenas a modalidade judicial da mediação pode ser questionada por algumas razões, pelo menos em relação à mediação realizada nas câmaras privadas. Por padrão, o Código de Processo Civil, embora permitindo aos tribunais a criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores ou a designação de terceiros, cadastrados ou não (art. 168, §1º), para atuar nos centros judiciários de solução de conflitos, buscou estimular a realização da mediação em câmaras privadas (art. 167). Todos esses casos (procedimentos conduzidos por servidor ou por terceiro, em CEJUSC ou em câmara privada), se iniciados como etapa de ação judicial em curso, configuram a modalidade judicial da mediação. Ocorre que as câmaras privadas também podem oferecer serviços de mediação a pessoas que não judicializaram o conflito. E o enunciado do Código de Processo Civil que estabelece que as disposições sobre a mediação são aplicáveis, “no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação” (art. 175, parágrafo único), por não ser suficientemente específica, abre margem para uma interpretação que inclua na regulamentação também a mediação realizada por câmara privada contratada por particulares que não

Para facilitar a percepção e a superação das dificuldades, organizou-se abaixo um quadro que sintetiza todas as informações relevantes para a tomada de decisão:

Tabela 4 - Comparativo dos princípios adotados para a mediação pela legislação

Lei da Mediação	Código de Processo Civil	Resolução nº 125/2010 do CNJ
Aplicável à mediação judicial, à mediação extrajudicial e, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais	Aplicável à mediação judicial realizada nos centros judiciários de solução consensual de conflitos. No que couber, são aplicáveis à mediação judicial realizada nas câmaras privadas. A aplicabilidade em relação a mediação extrajudicial realizada nas câmaras privadas é controversa	Aplicável à mediação judicial
Autonomia da vontade (das partes)	Autonomia da vontade	
Boa-fé		
Busca do consenso		
		Competência
Confidencialidade	Confidencialidade	Confidencialidade
	Decisão informada	Decisão informada
		Empoderamento
Imparcialidade (do mediador)	Imparcialidade	Imparcialidade
	Independência	Independência (e autonomia)
Informalidade	Informalidade	
Isonomia entre as partes		
Oralidade	Oralidade	
		Respeito à ordem pública e às leis vigentes
		Validação

Fonte: elaborado pelos autores.

judicializaram o conflito. Portanto, ainda que seja razoável afirmar que interpretação sistemática dos dispositivos reforce a conclusão de que a atuação das câmaras privadas regulamentada pelo Código de Processo Civil seja apenas a judicial, operada mediante convênio com os tribunais, também parece razoável afirmar que a redação do art. 175, parágrafo único, dá margens para uma interpretação que estabeleça a obrigatoriedade das câmaras privadas observarem a regulamentação do Código de Processo Civil na condução da mediação judicial e extrajudicial.

2 O CONTEÚDO NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Identificados os marcos normativos que regulamentam a mediação, os princípios orientadores que eles instituíram e a abrangência dos mesmos em relação às modalidades judicial e extrajudicial da mediação, torna-se possível analisar o conteúdo normativo de cada um dos princípios que devem ser observados pelos atores envolvidos no procedimento da mediação.

A análise que se privilegia aqui é eminentemente semântica e sistemática. Busca identificar os direitos e deveres instituídos pelos princípios orientadores a partir dos significados dos respectivos enunciados e da relação destes com outros enunciados conexos.

2.1 Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia está previsto no Código de Processo Civil⁹ e na Lei da Mediação (como princípio da autonomia da vontade das partes)¹⁰. É um princípio que não apenas orienta, mas também reflete as principais características do instituto. Em sentido amplo, tal como disposto no Vocabulário Jurídico do STJ, ele pode ser compreendido como um princípio “que confere aos contratantes o poder de autorregulamentação de seus interesses, desde que se submetam às normas jurídicas, e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituam limites à liberdade contratual”¹¹. Em sentido estrito e próprio da mediação, o conteúdo normativo do princípio da autonomia da vontade pode ser compreendido a partir de outras normas que o Código de Processo Civil e a Lei da Mediação estabeleceram.

Em primeiro lugar, encontram-se no âmbito da autonomia da vontade as normas que prescrevem que a mediação só ocorrerá se as partes não demonstrarem desinteresse pela composição consensual¹² e que nenhuma parte será obrigada a permanecer no procedimento¹³. Em segundo lugar, também diz respeito ao princípio da autonomia da vontade a norma que permite que o próprio procedimento da mediação seja alterado por vontade das partes, para ajustá-lo às especificidades do conflito¹⁴. Por fim, o conteúdo material do acordo que a mediação favorece é apenas aquele alcançado pela convergência voluntária dos interesses das próprias partes, o que significa que esse acordo não poderá ser imposto por uma das partes ou pelo mediador¹⁵.

É importante observar, a propósito, que a autonomia da vontade não é soberana no Direito contemporâneo. No procedimento da mediação, ela é limitada em muitos aspectos. Para uma exposição didática, é possível classificar tais limitações em três diferentes dimensões: interpessoais, internas e externas. As limitações interpessoais dizem respeito ao fato das proposições de acordo e alterações procedimentais sugeridas por uma das partes, no âmbito de sua respectiva autonomia, serem limitadas pela autonomia da parte adversária. As limitações internas, por sua

⁹ Código de Processo Civil, art. 166.

¹⁰ Lei da Mediação, art. 2º, V.

¹¹ STJ. Princípio da autonomia da vontade das partes. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=PRINC%CDPIO%20DA%20AUTONOMIA%20DA%20VONTADE%20DAS%20PARTES>> Acesso em: 22 out. 2016.

¹² O Código de Processo Civil prevê a hipótese de não realização da audiência de mediação quando ambas as partes, inclusive litisconsortes, manifestarem desinteresse pela composição consensual (art. 334, §4º, I). O autor manifesta desinteresse na petição inicial e o réu manifesta desinteresse em petição avulsa protocolada com 10 dias de antecedência da audiência (art. 334, §5º).

¹³ É o que estabelece o art. 2º, §2º, da Lei da Mediação.

¹⁴ Código de Processo Civil, arts. 166, §4º e 190.

¹⁵ Código de Processo Civil, art. 165, §3º.

vez, são constituídas por outros dispositivos dos próprios marcos normativos da mediação (a Resolução nº 125/2010 do CNJ, a Lei da Mediação e o Código de Processo Civil).

A possibilidade de alterações no procedimento de mediação, por exemplo, pode ser recusada pelo juiz, de ofício ou mediante requerimento, “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”¹⁶. O conteúdo material do acordo, de igual modo, não pode violar a ordem pública e as leis vigentes¹⁷. Por fim, as limitações externas seriam as normas provenientes de outras fontes normativas, como o Código Civil e a própria Constituição da República. O Código Civil é particularmente importante porque disciplina as condições de validade da manifestação de vontade e as condições de validade dos negócios jurídicos¹⁸. A Constituição da República, por sua vez, funciona como matriz de interpretação e como moldura normativa que prevalecem em face da autonomia do indivíduos¹⁹.

2.2 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé está previsto apenas na Lei da Mediação²⁰ e, assim como o princípio da autonomia da vontade das partes, é derivado do âmbito do Direito Civil. De modo amplo, ele costuma ser compreendido pela literatura jurídica em duas espécies complementares: uma de natureza subjetiva e outra de natureza objetiva.

Na espécie subjetiva, o princípio da boa-fé estabelece a necessidade de se “fazer uma análise da percepção individual do agente cuja conduta está sendo analisada, visando a verificar se este acreditava que tal agir era correto, mesmo que esse não seja o padrão de conduta normal do homem médio naquela situação”²¹.

Na espécie objetiva, o princípio da boa-fé é apresentado pelo Vocabulário Jurídico do STJ como uma “regra de conduta que se traduz em um dever de agir em conformidade com determinados padrões de honestidade, de forma a não frustrar a confiança depositada pela outra parte”²². Nesses termos, o princípio da boa-fé exerceria três funções distintas: uma função interpretativa, uma função corretiva e de controle de exercício de um direito e uma função de integração do negócio jurídico²³. Na função interpretativa, derivada do art. 113 do Código Civil²⁴, “a boa-fé significa um critério hermenêutico objetivo de que o juiz deve se valer na busca da supressão das lacunas da relação contratual, de forma a preservar as justas expectativas das partes

¹⁶ Código de Processo Civil, art. 190, parágrafo único.

¹⁷ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, VI.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002. Disponível em <> Acesso em 13 de maio de 2017. Arts. 104 a 184, por exemplo.

¹⁹ Sobre a limitação da autonomia da vontade em uma perspectiva constitucional, ver, por exemplo, FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

²⁰ Lei da Mediação, art. 2º, VIII.

²¹ CAPIBERIBE, Denise de Araújo. O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do Novo Código Civil. In: Vvaa. **10 anos do Código Civil**: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, nº 13, V. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>> Acesso em: 07 out. 2016. p. 119.

²² STJ. Princípio da boa-fé objetiva. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=PRINC%CDPIO>> Acesso em: 15 out. 2016.

²³ CAPIBERIBE, 2013, p. 119-120.

²⁴ Código Civil, art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

contratantes”²⁵. Na função corretiva, derivada do art. 187 do Código Civil²⁶, “a boa-fé assume função semelhante à figura do abuso de direito, não admitindo condutas que contrariem o dever de agir com lealdade e probidade, pois somente assim o contrato alcançará a função social dele esperada”²⁷. Na função integrativa, derivada do art. 442 do Código Civil²⁸, o princípio da boa-fé “visa a criar deveres anexos que devem ser observados pelos contratantes em todas as fases do contrato, inclusive, na fase pré-contratual e pós-contratual, porquanto os efeitos do contrato se protraem no tempo”²⁹.

Pelo exposto, o princípio da boa-fé parece ser plenamente aplicável em suas modalidades subjetiva e objetiva ao procedimento da mediação. Na modalidade subjetiva, o princípio põe em relevo o dever do mediador esclarecer equívocos sobre fatos ou direitos que ele perceber nas afirmações ou crenças de uma ou de ambas as partes. Trata-se da reafirmação do seu dever de buscar o entendimento e o consenso e facilitar a resolução do conflito³⁰, auxiliando os “interessados a compreender as questões e os interesses em conflito”³¹. Na modalidade objetiva, o princípio da boa-fé impõe ao mediador o dever de zelar pela manutenção da honestidade recíproca entre as partes – tanto na condução da mediação como na interpretação das questões subjacentes ao conflito e dos termos do acordo entabulado.

2.3 Princípio da busca do consenso

O princípio da busca do consenso está previsto apenas na Lei da Mediação³². De forma ampla e em usos cotidianos, o termo *consenso* comporta quatro significados distintos. Ele pode significar S1) “concordância ou uniformidade de opiniões, pensamentos, sentimentos, crenças etc.”, S2) deliberação na qual “não há objeções ou argumentos contrários ao que se está propondo”, S3) “bom senso, senso comum” ou S4) “anuência; consentimento”³³. No campo jurídico, ele costuma ser usado na forma da expressão “mútuo consenso” para designar um S5) “acordo recíproco das partes para se fazer ou desfazer um negócio jurídico; mútuo consentimento”³⁴.

Traduzindo e sistematizando essas definições para o âmbito da mediação, o princípio da busca do consenso pode ser compreendido em duas perspectivas distintas: P1) a busca da compreensão mútua sobre fatos e direitos relevantes no conflito (tal como em S1 e S3) ou P2) a busca pelo acordo mutuamente consentido (tal como em S2, S4 e S5). A interpretação do princípio da busca do consenso nessas duas perspectivas encontra sustentação em outro enunciado da própria Lei da Mediação que estabelece que “o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o *entendimento* e o *consenso* e facilitando a resolução do conflito”³⁵.

²⁵ CAPIBERIBE, 2013, p. 120.

²⁶ Código Civil, art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁷ CAPIBERIBE, 2013, p. 120.

²⁸ Código Civil, art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁹ CAPIBERIBE, 2013, p. 120.

³⁰ Lei da Mediação, art. 4º, §1º.

³¹ Código de Processo Civil, art. 165, §3º.

³² Lei da Mediação, art. 2º, VI.

³³ INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Houaiss eletrônico**. Versão monousuário 3.0 [CD-ROM]. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 2009. Definições 1, 1.1, 2 e 4, respectivamente, do termo *consenso*.

³⁴ HOUAISS, 2009, locução “mútuo consentimento” do termo *consenso*.

³⁵ Lei da Mediação, art. 4º, §1º.

Embora semelhantes à primeira vista, essas perspectivas implicam conteúdos normativos diversos. Em P1, o princípio da busca do consenso significaria um dever atribuído ao mediador de esclarecer ou estimular o esclarecimento de mal-entendidos e incompreensões subjacentes ao conflito. Esse esclarecimento pode viabilizar a composição consensual ou não. Em P2, o significado normativo do princípio da busca do consenso diz respeito ao próprio dever de promover a composição do conflito.

É interessante notar que o princípio da busca do consenso, compreendido tal como em P2, pode ser subvertido pelo estímulo que o mediador tem de alcançar o maior número possível de acordos para favorecer a sua própria avaliação profissional³⁶. As partes, em especial aquelas provenientes de camadas sociais privadas de recursos econômicos e culturais, podem perceber a insistência do mediador em estabelecer o acordo como a única ou a melhor saída para o conflito.

Genacéia da Silva Alberton, na qualidade de coordenadora do Núcleo de Estudos de Mediação da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, opinou pela exclusão do princípio da busca do consenso da Lei da Mediação por uma constatação semelhante. Para ela, o princípio “faz parte de todo o procedimento autocompositivo e não é essencial para a mediação. Uma mediação pode ser inexitosa e ter uma repercussão positiva para os envolvidos com restauração do diálogo. A mediação, portanto, não pode e não deve ser medida unicamente pelo êxito constante no Termo de Entendimento”³⁷.

2.4 Princípio da competência

O princípio da competência está previsto apenas no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que define o seu conteúdo normativo como o dever do mediador “de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial” e de se submeter à “reciclagem periódica obrigatória para formação continuada”³⁸. Na verdade, portanto, o princípio da competência prescreve dois deveres aos mediadores: o primeiro é o de se qualificar e o segundo é o de se reciclar periodicamente.

A qualificação de mediadores referida pelo princípio da competência é especificada na Resolução n. 125/2010 do CNJ, no Código de Processo Civil e na Lei da Mediação. De acordo com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, a competência é comprovada por certificado de conclusão de curso promovido pelos tribunais ou instituições parceiras e que contemple o conteúdo programático do Anexo I da própria Resolução³⁹.

³⁶ Como estabelece o art. 167, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil: “[...] do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como [...] o sucesso ou insucesso da atividade, [...] classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação [...] dos conciliadores e dos mediadores”.

³⁷ ALBERTON, Genacéia da Silva. O Núcleo de Estudos no contexto da mediação no Rio Grande do Sul e as proposições legislativas na área da mediação. *Revista Multijuris*, nº 13, ano IX, dez./2014. p. 4. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/O-NUCLEO-DE-ESTUDOS-NO-CONTEXTO-DA-MEDIACAO.pdf>> Acesso em: 20 out. 2016.

³⁸ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, III.

³⁹ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias. [...] § 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a aperfeiçoamento permanente e a avaliação do usuário.

O Código de Processo Civil possui um sentido semelhante, mas difere ao exigir o credenciamento e não a parceria das instituições ofertantes dos cursos de capacitação de mediadores⁴⁰.

A Lei da Mediação também inova ao trazer outro requisito para a atuação dos mediadores em âmbito judicial: possuir graduação “há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação”⁴¹. Além disso, a Lei da Mediação também difere ao exigir que a instituição ofertante do curso de capacitação seja apenas reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Por fim, cumpre observar que a dispensa de apresentação de certificado de conclusão de curso de capacitação dos mediadores que receberam qualificação dos tribunais antes da publicação da Resolução nº 125/2010 do CNJ não faz muito sentido, pois a mesma norma estabelece obrigatoriedade de concluir cursos de treinamento e aperfeiçoamento, também oferecidos nos termos do Anexo I da Resolução, como requisito para atuação em âmbito judicial⁴².

2.5 Princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade está previsto na Resolução nº 125/2010 do CNJ, no Código de Processo Civil e na Lei da Mediação.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ, no seu Anexo III - Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, estabelece o conteúdo normativo desse princípio como o dever do mediador de “manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese”⁴³.

O Código de Processo Civil enumera o princípio da confidencialidade como um dos informativos da mediação⁴⁴ e estabelece o seu conteúdo normativo ao prescrever que o dever de confidencialidade “estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”⁴⁵. Além disso, embora não com o nome de princípio da confidencialidade, o Código de Processo Civil prescreve que, em razão do dever de sigilo inerente às suas funções, mediadores, conciliadores e membros de suas equipes “não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação”⁴⁶.

A Lei da Mediação afirma o princípio da confidencialidade como um dos orientadores da mediação⁴⁷ e, de modo a tornar inequívoco o seu conteúdo normativo, lhe confere uma seção específica⁴⁸. Esse princípio estabelece o dever de tornar confidencial toda e qualquer informação

⁴⁰ Código de Processo Civil, art. 167, §1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

⁴¹ Lei da Mediação, art. 11.

⁴² Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 12, §1º. Os tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

⁴³ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, I.

⁴⁴ Código de Processo Civil, art. 166.

⁴⁵ Código de Processo Civil, art. 166, §1º.

⁴⁶ Código de Processo Civil, art. 166, §2º.

⁴⁷ Lei da Mediação, art. 2º, VII.

⁴⁸ Lei da Mediação, Capítulo I – Da Mediação, Seção IV - Da Confidencialidade e suas Exceções.

relativa ao procedimento de mediação “em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação”⁴⁹.

O dever de confidencialidade impõe-se não apenas ao mediador, mas também “às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação”⁵⁰. Constitui informação confidencial no procedimento de mediação qualquer declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; e documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação⁵¹. Exceto se expressamente autorizado, as informações prestadas ao mediador por apenas uma parte em seções privadas são também protegidas pelo dever de confidencialidade, inclusive em relação às demais partes⁵².

O dever de confidencialidade não protege as informações relativas à ocorrência de crime de ação pública⁵³ e não afasta o dever dos seus destinatários de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 do Código Tributário Nacional⁵⁴. Para que o princípio da confidencialidade seja observado e compreendido pelos atores envolvidos no procedimento da mediação, a Lei da Mediação prescreve também o dever do mediador de “alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento” no início da primeira reunião da mediação e sempre que julgar necessário⁵⁵.

Ainda em respeito ao dever de confidencialidade, a Lei da Mediação estabelece que, em caso de mediação extrajudicial cuja previsão contratual não seja completa, deve-se observar, na ocasião da primeira reunião, a necessidade de “local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais”⁵⁶. Por fim, a Lei da Mediação estabelece que não serão admitidas como prova em processo arbitral ou judicial as informações relativas ao procedimento de mediação caso utilizadas em desacordo com as regras de confidencialidade que as protegem⁵⁷.

2.6 Princípio da decisão informada

O princípio da decisão informada está previsto no Código de Processo Civil no Código de Ética da Resolução nº 125/2010 do CNJ e talvez seja aquele que tem o maior potencial de impacto na condução do procedimento da mediação. Enquanto o Código de Processo Civil apenas o prevê como um princípio orientador da mediação⁵⁸, deixando o seu conteúdo normativo relativamente impreciso, o Código de Ética é mais específico e o define como o “dever de manter

⁴⁹ Lei da Mediação, art. 30.

⁵⁰ Lei da Mediação, art. 30, §1º.

⁵¹ Lei da Mediação, art. 30, §1º, incisos I a IV.

⁵² Lei da Mediação, art. 31.

⁵³ Lei da Mediação, art. 30, §3º.

⁵⁴ Lei da Mediação, art. 30, §4º.

⁵⁵ Lei da Mediação, art. 14.

⁵⁶ Lei da Mediação, art. 22, §2º, II.

⁵⁷ Lei da Mediação, art. 20, §2º.

⁵⁸ Código de Processo Civil, art. 166.

o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”⁵⁹.

Ainda que outras interpretações possam ser conjecturadas, a definição que Código de Ética da Resolução nº 125/2010 do CNJ confere ao princípio da decisão informada permite extrair claramente duas normas que podem, cada uma delas, orientar dois comportamentos distintos do mediador.

A primeira norma é extraída quando se assume que os “direitos” e o “contexto fático” de que trata o enunciado são os elementos que constituem apenas o procedimento da mediação. Nessa primeira interpretação, a norma seria compreendida como um dever atribuído ao mediador de informar as partes sobre as regras que regulamentam a mediação, como o dever de confidencialidade, as hipóteses de impedimento etc., bem como o contexto específico da mediação em relação ao processo judicial, caracterizado especialmente pela ausência de solução imposta por sentença.

A segunda interpretação, por sua vez, é aquela que assume que os “direitos” e o “contexto fático” do enunciado são relativos não apenas ao procedimento da mediação, mas também ao próprio conflito das partes. Aqui a norma seria compreendida como um dever atribuído ao mediador de esclarecer as partes sobre os elementos que configuram o conflito e os direitos que cada uma delas, em tese⁶⁰, possui.

2.7 Princípio do empoderamento

O princípio do empoderamento está previsto apenas no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III da Resolução nº 125/2010 do CNJ. De acordo com a própria Resolução, tal princípio deve ser entendido como o dever do mediador de “estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”⁶¹. Nesses termos, o princípio do empoderamento estabelece que a mediação deve ser uma oportunidade do mediador demonstrar às partes a) que é possível resolver conflitos futuros de forma consensual, b) como é possível resolvê-los e, principalmente, c) que é possível resolvê-los sem o auxílio do judiciário.

Ainda que o termo *empoderamento* tenha ganhado projeção apenas nos últimos anos no meio jurídico, ele é utilizado há algumas décadas em outros âmbitos. Ele é um conceito central em trabalhos do sociólogo Peter Berger⁶² e dos psicólogos americanos Julian Rappaport⁶³ e Marc A. Zimmerman⁶⁴, por exemplo. No Brasil, Paulo Freire dedicou certa atenção ao conceito de *empowerment* pelo menos desde 1986⁶⁵.

⁵⁹ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, II.

⁶⁰ A expressão “em tese” foi empregada propositalmente para sublinhar o fato de ser impossível reconhecer os direitos das partes antes da apreciação das provas e de um processo de cognição adequado

⁶¹ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, VII.

⁶² Ver, porexemplo, BERGER, Peter Ludwig; NEUHAUS, Richard John. **To Empower People: The Role of Mediating Structures in Public Policy**. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1977.

⁶³ Ver, porexemplo, RAPPAPORT, Julian. In Praise of Paradox: A Social Policy of Empowerment Over Prevention. **American Journal of Community Psychology**, vol. 9, n. I, 1981.

⁶⁴ Ver, porexemplo, ZIMMERMAN, Marc A. Taking Aim on Empowerment Research: On the Distinction Between Individual and Psychological Conceptions. **American Journal of Community Psychology**, vol. 18, n. 1, 1990.

⁶⁵ Ver, por exemplo, FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. **Medo e Ousadia: O Cotidiano do Professor**. Trad. de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

A definição que esses e outros acadêmicos atribuem ao termo empoderamento converge para a ideia de que é necessário aumentar o poder que os indivíduos têm para controlar os rumos de suas próprias vidas, inclusive os mais necessitados e aparentemente incapazes de atuação⁶⁶. Isso não significa abandoná-los à própria sorte, mas municiá-los com competências e habilidades necessárias para exercerem a autonomia.

De certo modo, o conteúdo semântico do termo empoderamento se aproxima do princípio da autonomia da vontade, mas eles correspondem normas diversas enquanto princípios orientadores da mediação.

O princípio da autonomia da vontade, como já visto, reforça o dever de respeitar o caráter voluntário da escolha de se submeter à mediação, de modificar as regras do procedimento e de estabelecer o termo da composição do conflito.

O princípio do empoderamento, por outro lado, está ligado ao dever do mediador de estimular as partes a perceberem a experiência da mediação como uma experiência pedagógica, como um momento de aprendizado sobre as possibilidades de resolver conflitos futuros de forma consensual e sem o auxílio do judiciário.

2.8 Princípio da imparcialidade

O princípio da imparcialidade está previsto na Lei da Mediação (como princípio da imparcialidade do mediador)⁶⁷, no Código de Processo Civil⁶⁸ e na Resolução nº 125/2010 do CNJ⁶⁹. O conceito e o conteúdo normativo do princípio da imparcialidade é estabelecido explicitamente no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais como o dever do mediador de “agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente”⁷⁰.

São deveres claros e objetivos, mas alguns dificilmente podem ser aplicados voluntariamente pelo mediador. O primeiro, o dever de agir com ausência de favoritismo e preferência, significa que o mediador não poderá conduzir o procedimento de modo a privilegiar uma das partes. O dever de recusar favores ou presentes é um complemento desse primeiro dever, pois a aceitação criaria a presunção de que o mediador se torna moralmente obrigado a retribuir à parte doadora. O segundo, o dever de agir com ausência de preconceito, pode ser compreendido como o dever do mediador de suspender juízos morais de qualquer natureza que eventualmente possa ter em relação a qualquer das partes com potencial de prejudicá-la. Os deveres de afastar valores e conceitos pessoais e de compreender a realidade dos envolvidos são complementos desse segundo dever.

O problema da aplicação voluntária dessas normas, observado no início do parágrafo anterior, se deve à dificuldade do mediador se perceber inclinado por preferência ou por preconceito. Obviamente, fala-se aqui do mediador que atua com a crença de estar em uma posição de neutralidade no conflito e não daquele que atua indevidamente mesmo se percebendo inclinado. De qualquer forma, tal dificuldade não prejudica a justificação do princípio da imparcialidade,

⁶⁶ RAPPAPORT, 1981, p. 15.

⁶⁷ Lei da Mediação, art. 2º, I.

⁶⁸ Código de Processo Civil, art. 166.

⁶⁹ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, IV.

⁷⁰ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, IV.

pois as partes e os seus procuradores podem reivindicar a sua aplicação na hipótese do mediador não fazê-lo voluntariamente.

Embora não possam ser confundidos com o próprio princípio da imparcialidade, outros dispositivos trazidos pelos marcos normativos da mediação detalham, reforçam e conferem mais objetividade ao dever do mediador de se colocar em uma posição de neutralidade no conflito. O Código de Ética, por exemplo, estabelece impedimento ao mediador “de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução”⁷¹.

Além disso, a Lei da Mediação⁷², o Código de Processo Civil⁷³ e o Código de Ética estabelecem que aos mediadores são aplicados os mesmos motivos de impedimento⁷⁴ e suspeição⁷⁵ dos juízes. Assim como ocorre com os juízes, os motivos de impedimento tornam a parcialidade do mediador presumida e os motivos de suspeição colocam em dúvida a imparcialidade do mediador. Na ocorrência de qualquer motivo de impedimento ou suspeição, o Código de Ética estabelece o dever do mediador comunicar tal fato aos envolvidos, interromper a sessão e solicitar a sua substituição⁷⁶.

O Código de Processo Civil, de igual modo, estabelece que o mediador deverá comunicar imediatamente a ocorrência de causa de impedimento ao juiz ou coordenador do CEJUSC para que se faça nova distribuição⁷⁷. Caso o motivo de impedimento ou suspeição⁷⁸ seja percebido durante o procedimento, o mediador deve interrompê-lo e solicitar distribuição para novo mediador, lavrando ata do ocorrido⁷⁹.

⁷¹ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 7º.

⁷² Lei da Mediação, art. 5º.

⁷³ Código de Processo Civil, art. 148, II.

⁷⁴ As hipóteses de impedimento estão elencadas no Código de Processo Civil nos seguintes termos: Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. § 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz. [...] § 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.

⁷⁵ As hipóteses de suspeição estão elencadas no Código de Processo Civil nos seguintes termos: Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litúgio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. § 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

⁷⁶ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 5º.

⁷⁷ Código de Processo Civil, art. 170.

⁷⁸ Embora tais dispositivos do Código de Processo Civil façam referência apenas às causas de impedimento, é possível concluir que são também aplicáveis aos casos de suspeição, dado que a atuação do mediador impedido ou suspeito configura hipótese de exclusão de cadastro.

⁷⁹ Código de Processo Civil, art. 170, parágrafo único.

A Lei da Mediação, embora não repita os enunciados que prescrevem ações ao mediador que se perceba impedido ou suspeito, não é apenas compatível com o Código de Ética e o Código de Processo Civil, mas também inova ao criar outro dever ao mediador: o de “revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”⁸⁰.

A arguição de impedimento e suspeição, obviamente, também pode ser feita pelas próprias partes. Caso o mediador atue quando impedido ou suspeito, terá a sua conduta apurada em processo administrativo que pode ensejar a sua exclusão⁸¹. A denúncia do seu impedimento ou suspeição pode ser feita por qualquer pessoa e não apenas as partes da mediação⁸².

2.9 Princípio da independência

O princípio da independência está previsto no Código de Processo Civil⁸³ e no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores (como princípio da independência e autonomia)⁸⁴. O Código de Ética estabelece o seu conteúdo normativo como dever do mediador “de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável”⁸⁵.

Trata-se de um enunciado que estabelece várias normas. A primeira norma que dele se pode extrair estabelece o dever (que também pode ser interpretado como um direito) do mediador conduzir o procedimento de composição consensual sem que as partes, procuradores, juízes, servidores e quaisquer outros façam exigências ou tenham condutas incompatíveis com o escopo e o ambiente da mediação.

Para que esse dever seja cumprido, o enunciado confere ao mediador a faculdade de suspender ou interromper a sessão e até mesmo de recusar-se de nela atuar. Por fim, o enunciado do princípio da independência desobriga o mediador do dever de redigir acordo ilegal ou que não possa ser cumprido.

Na prática, esse princípio também pode apresentar problemas de efetividade. O primeiro decorre do ranqueamento dos mediadores que considera, dentre uma série de critérios, o seu índice de sucesso e insucesso na atividade⁸⁶. Isso pode fazer com que ele atue tendenciosamente para viabilizar a celebração do acordo mesmo quando as partes demonstrem desinteresse ou insatisfação com os termos. Em outras palavras, o próprio Código de Processo Civil cria um mecanismo de estímulo ao alcance de acordos que pode contrariar o princípio da independência.

O segundo problema decorre de uma questão de mesma natureza: os incentivos que os juízes recebem para promover a celebração de acordos em procedimentos consensuais⁸⁷ podem

⁸⁰ Lei da Mediação, art. 5º, parágrafo único.

⁸¹ Código de Processo Civil, art. 173, II.

⁸² Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 8º, parágrafo único.

⁸³ Código de Processo Civil, art. 166.

⁸⁴ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º.

⁸⁵ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores judiciais, art. 1º, V.

⁸⁶ Código de Processo Civil, art. 167, §§ 3º e 4º.

⁸⁷ O art. 8º, §8º, da Resolução nº 125/2010 do CNJ estabelece que, “para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em processos encaminhados de ofício ou por solicitação ao Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro [Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania]”. O art. 6º, III, também da Resolução nº 125/2010

influenciar negativamente o procedimento da mediação como uma pressão externa. Por fim, tendo em vista que poderão atuar como mediadores judiciais pessoas que não são graduadas em Direito, a possibilidade de reconhecer a ilegalidade e inexequibilidade de um acordo é bastante reduzida.

2.10 Princípio da informalidade

O Princípio da informalidade está previsto no Código de Processo Civil⁸⁸ e na Lei da Mediação⁸⁹. Em sentido amplo, informalidade significa ausência de formalidade⁹⁰, isto é, ausência de uma maneira previamente determinada pela qual os atos devem ser cumpridos⁹¹. Em sentido jurídico, o termo informalidade costuma ser definido como a ausência de um “conjunto de prescrições quanto ao ritual e procedimentos que devem ser observados na formação de um ato para que este produza efeitos jurídicos”⁹².

No contexto da mediação, obviamente, essa carga semântica precisa ser deflacionada. Não é possível entender a informalidade aqui como ausência de regras. A informalidade é limitada explicitamente por todas as normas cuja observância foi instituída como condição de validade da mediação. Constituem exemplos dessas limitações a norma que obriga a lavratura de termo final⁹³, a norma que torna obrigatória a assistência de advogado ou defensor público na mediação judicial⁹⁴, a norma que exige a licitude do acordo⁹⁵, a norma que estabelece o dever do mediador de revelar fatos que possam suscitar dúvidas quanto a sua imparcialidade, etc.

Ainda que ocupe um lugar residual na ordem de precedência normativa, o princípio da informalidade não deixa de ser relevante. Dado que a mediação foi concebida para favorecer um ambiente adequado ao restabelecimento do diálogo entre as partes, é importante compreender tal princípio como uma necessidade de remover obstáculos e protocolos não-obrigatórios que eventualmente comprometam a fluidez e a espontaneidade da comunicação, deixando aos envolvidos a maior margem de liberdade possível.

Nesse sentido, os envolvidos podem escolher, por exemplo, prorrogar o tempo do procedimento⁹⁶, a forma e a duração do uso da palavra nas sessões, a utilização de recursos audiovisuais ou de tecnologias de comunicação à distância e qualquer outra ação que favoreça um desfecho positivo. Elas são livres inclusive para definir as suas próprias regras de procedimento⁹⁷, desde que, obviamente, não sejam ilegais.

do CNJ, “Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ” essa pontuação pode ser considerada “nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento”.

⁸⁸ Código de Processo Civil, art. 166.

⁸⁹ Lei da Mediação, art. 2º, IV.

⁹⁰ HOUAISS, 2009, termo *informalidade*.

⁹¹ HOUAISS, 2009, termo *formalidade*.

⁹² HOUAISS, 2009, termo *formalidade*.

⁹³ Lei da Mediação, art. 20.

⁹⁴ Lei da Mediação, art. 26.

⁹⁵ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, VI.

⁹⁶ Lei da Mediação, art. 28.

⁹⁷ Código de Processo Civil, art. 166, §4º.

2.11 Princípio da isonomia entre as partes

O princípio da isonomia entre as partes está previsto apenas na Lei da Mediação⁹⁸. Em acepção ampla, isonomia significa “estado dos que são governados pelas mesmas leis”⁹⁹. Enquanto termo jurídico, o princípio da isonomia é compreendido como um “princípio geral do direito segundo o qual todos são iguais perante a lei; não devendo ser feita nenhuma distinção entre pessoas que se encontrem na mesma situação”¹⁰⁰. Considerando simultaneamente as acepções ampla e jurídica do termo isonomia, é possível extrair duas normas desse princípio.

A primeira é derivada da interpretação de isonomia em uma dimensão eminentemente formal, fazendo com o que o seu objetivo se aproxime do objetivo buscado pelo princípio da imparcialidade: o de não conferir tratamento diferenciado ou privilegiado a quaisquer das partes. Nesses termos, o conteúdo normativo do princípio da isonomia pode ser compreendido como o dever do mediador de conduzir a composição consensual de forma escrupulosa em relação a todas as partes, considerado-as sem qualquer distinção ou preferência.

Determinação semelhante se encontra no Código de Processo Civil na qualidade de norma fundamental, assegurando “às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”¹⁰¹.

A segunda norma é derivada da interpretação do termo isonomia em uma dimensão material. Nesse sentido, o princípio estabelece um dever ao mediador de impedir que uma das partes se aproveite indevidamente das assimetrias econômicas e culturais para obter um acordo vantajoso.

Em outras palavras, o princípio exige que o mediador identifique se a escolha pela composição consensual tenha sido uma estratégia utilizada deliberadamente por uma das partes para obter vantagens que não teria em um julgamento. Caso verifique a instrumentalização indevida do procedimento, o mediador deve reforçar o esclarecimento das questões e os interesses em conflito¹⁰² ou até mesmo lavrar o termo de encerramento da mediação por não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso¹⁰³.

A interpretação do princípio da isonomia em um sentido material pode parecer incompatível com a sua interpretação formal e com o princípio da imparcialidade (que proíbem que qualquer das partes, mesmo a hipossuficiente, receba um tratamento privilegiado), bem como com o princípio da autonomia da vontade. Todavia, a interpretação da isonomia em sentido material não enseja uma intervenção paternalista, mas simplesmente a aplicação de outras normas que regulamentam a mediação de forma direta ou indireta.

O princípio da boa-fé¹⁰⁴, como já visto, impõe ao mediador o dever de impedir condutas e ações desonestas das partes. O princípio da decisão informada, também comentado anteriormente, impõe ao mediador o dever manter as partes informadas quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido¹⁰⁵. Além dessas normas internas, cabe destacar a incidência de outras normas externas que impedem que o procedimento seja subvertido. Cita-se, a título

⁹⁸ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 2º, II.

⁹⁹ HOUAISS, 2009, termo *isonomia*.

¹⁰⁰ HOUAISS, 2009, termo *isonomia*.

¹⁰¹ Código de Processo Civil, art. 7º.

¹⁰² Código de Processo Civil, art. 165, §3º.

¹⁰³ Lei da Mediação, art. 20.

¹⁰⁴ Lei da Mediação, art. 2º, VIII.

¹⁰⁵ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, III, e Código de Processo Civil, art. 165, §3º.

exemplificativo, a responsabilização do litigante de má-fé¹⁰⁶ e a vedação do enriquecimento sem causa¹⁰⁷.

2.12 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade está previsto no Código de Processo Civil¹⁰⁸ e na Lei da Mediação¹⁰⁹. Em sentido amplo, por oralidade se entende a “qualidade, estado ou condição do que é oral”, “exposição oral; parte oral de um discurso”¹¹⁰. Em âmbito jurídico, pode ainda significar “procedimento exclusivamente verbal”¹¹¹. É um princípio que complementa e é complementado pelo princípio da informalidade, cujo objetivo é o de proporcionar um ambiente adequado ao restabelecimento da comunicação e entendimento das partes.

Considerando o escopo negocial e informal das sessões de mediação, tal princípio pode ser interpretado como o dever do mediador de conduzir o procedimento de modo a estimular e não prejudicar a interação verbal entre as partes e procuradores. Perguntas, respostas, interrupções e reestabelecimento de diálogos, intervenções do mediador e de sua equipe, enfim, qualquer comunicação deve ser feita preferencialmente através da voz. Em princípio, apenas o acordo deve ser redigido de forma escrita, ficando todas as demais interações desobrigadas de tal formalidade.

Obviamente, ainda que o conteúdo normativo do princípio da oralidade tenha de ser reconhecido como um verdadeiro dever, ele precisa ser compreendido sistematicamente dentro dos marcos normativos da mediação. E isso implica o reconhecimento de que ele pode ser afastado em circunstâncias nas quais a comunicação meramente verbal prejudica ou impede a condução do procedimento. Além disso, o princípio da autonomia permite que as próprias partes estabeleçam regras para que o procedimento seja minimamente oral ou para que todos os diálogos sejam feitos de forma escrita ou reduzidos a termo, tal como uma ata de reunião.

2.13 Princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes

O princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes está previsto apenas no Código de Ética, que define o seu conteúdo normativo como o “dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes”¹¹².

É evidente que o princípio tem o sentido de evitar que o acordo viole dois elementos distintos, a ordem pública e as leis vigentes, mas não é tão simples definir o que seja ordem pública e nem tornar efetiva a proteção às leis vigentes. Por essas e outras razões, trata-se de um princípio que merece uma atenção especial e distinta para cada um dos seus dois componentes.

¹⁰⁶ O art. 80 do Código Processo Civil define como litigante de má-fé aquele que “I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

¹⁰⁷ Código Civil, art. 884.

¹⁰⁸ Código de Processo Civil, art. 166.

¹⁰⁹ Lei da Mediação, art. 2º, II.

¹¹⁰ HOUAISS, 2009, termo *oralidade*.

¹¹¹ HOUAISS, 2009, termo *oralidade*.

¹¹² Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, VI.

2.13.1 Respeito à ordem pública

De modo amplo, ordem pública significa o “conjunto de instituições e de regras destinadas a manter em um país o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares”¹¹³. Respeitar a ordem pública significa apenas respeitar um determinado conjunto de instituições e regras. Todavia, ainda que seja intuitivo identificar no caso concreto as instituições e regras que garantem o bom funcionamento dos serviços públicos e a segurança, não parece ser intuitiva a identificação das instituições e regras que garantem a moralidade das relações entre particulares. A propósito, não parece uma tarefa simples o ato de definir o que seja moralidade das relações entre particulares.

O conceito de ordem pública é reconhecidamente problemático. Alguns inclusive tentam conferir-lhe certa racionalidade ao limitar o seu alcance semântico ou subdividindo-o em diferentes perspectivas. Como observou Moreira Neto, por exemplo, a definição padrão da expressão ordem pública pode ser compreendida em um sentido material ou descritivo e em um sentido formal ou normativo¹¹⁴.

Mesmo com tentativas de racionalização como essa, os significados do conceito de ordem pública permanecem demasiadamente amplos e imprecisos. O problema não é a amplitude ou a imprecisão do conceito em si, mas o que se pode fazer com um conceito assim. Na prática, o dever de proteção à ordem pública pode ser utilizado indevidamente como um argumento para justificar a imposição de toda sorte de preconceitos daquele que tem o poder de reivindicá-lo. Sob o argumento de proteger a ordem pública, o mediador ou o juiz podem se sentir livres para recusar, por exemplo, a homologação de acordos considerados imorais pela religião que professa – seja por algum atributo das partes ou pelo conteúdo do acordo.

Isso não significa, porém, que o conceito de ordem pública tenha conferido efetivamente esse tipo de discricionariedade a mediadores e juízes. O que se observa aqui é apenas a possibilidade de abusos a partir de um suposto dever de proteção da ordem pública. As partes e os seus procuradores devem se manter atentos à incidência indireta de outras normas na regulamentação do procedimento da mediação, como a proteção constitucional ao direito de liberdade¹¹⁵ e vedação constitucional ao preconceito e discriminação¹¹⁶.

2.13.2 Respeito às leis vigentes

O dever de impedir que o acordo entre as partes viole a legislação vigente é autoexplicativo: trata-se de um controle de legalidade. O problema é que a efetividade dessa norma fica limitada ao conhecimento que o mediador tem da legislação vigente, que pode ser pouco ou nenhum. O diploma de graduação em Direito não é requisito para a atuação do mediador e a

¹¹³ HOUAISS, 2009, locução *ordem pública* do termo *ordem*.

¹¹⁴ No sentido material, ou descritivo, a ordem pública é uma situação de fato, ocorrente numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um. No sentido formal, ou normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública: uma análise sistêmica. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, ano 25, nº 97, p. 143).

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União de 5 out. 1988. Art. 5º.

¹¹⁶ Constituição Federal, art. 3º, IV.

grade curricular do curso de capacitação de mediadores não possui uma densidade adequada para uma tarefa como a de reconhecer ilegalidades.

Para que a norma tenha condições de produzir os efeitos esperados, torna-se necessário que o mediador estude previamente a legislação aplicável aos litígios e que gradativamente se especialize em determinadas áreas. Além disso, sempre deverá solicitar a admissão de outro mediador no procedimento quando “recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito”¹¹⁷.

Por fim, cabe mencionar a existência de um segundo filtro de legalidade, que é aquele exercido pelo juiz. Prevê o Código de Processo Civil que a autocomposição obtida em audiência de mediação judicial será reduzida a termo e homologada por sentença¹¹⁸. Esse procedimento pressupõe que o juiz leia o acordo e perceba eventuais ilegalidades.

Na Lei da Mediação a obrigatoriedade da homologação é determinada apenas para o consenso das partes que envolva direitos indisponíveis e transigíveis¹¹⁹. Nos demais casos, haverá homologação apenas se as partes fizerem solicitação expressa. Do contrário, a remessa dos autos será feita para o juiz para fins de arquivamento e não de homologação¹²⁰. Neste ponto, não parece fazer muito sentido discutir se prevalece o Código de Processo Civil ou a Lei da Mediação, isto é, a homologação compulsória ou a homologação por requisição. O fato da Lei da Mediação desobrigar a homologação do acordo obviamente não desobriga o juiz de controlar os atos praticados sob sua responsabilidade.

2.14 Princípio da validação

O Princípio da validação está previsto apenas no Código de Ética. O seu conteúdo normativo é estabelecido como o “dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito”¹²¹. Não é arriscado afirmar que tal princípio parece ser o que melhor reflete a pretensão de superar o conflito pelo reestabelecimento da comunicação das partes e pela compreensão das questões e dos interesses envolvidos. Da mesma forma, é o princípio que melhor reflete as limitações dessa concepção idealizada.

Certamente, um número significativo de litígios poderá ser resolvido a partir da intervenção de um terceiro que esclarece os elementos do conflito e se esforça para reestabelecer a comunicação entre as partes. Na prática, porém, a mediação será usada em larga escala para, desde o início, estimular a negociação de direitos entre as próprias partes e assim evitar que o conflito perdure e continue consumindo recursos do judiciário.

Essa constatação não é um juízo de valor. A negociação de direitos entre as partes pode ser vantajosa ou não. Importa é perceber que o princípio em questão – e a concepção idealizada da mediação – só encontra sentido em um número reduzido de conflitos, que são aqueles nos quais a reaproximação das partes é determinante para a composição, como disputas entre vizinhos, colegas de trabalho ou familiares. Nos demais casos, ou princípio é irrelevante ou deve ser compreendido como mero dever de urbanidade.

¹¹⁷ Lei da Mediação, art. 15.

¹¹⁸ Código de Processo Civil, art. 334, §11.

¹¹⁹ Lei da Mediação, art. 3º, §2º.

¹²⁰ Lei da Mediação, art. 28, parágrafo único.

¹²¹ Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, VIII.

É embaraçoso pensar, por exemplo, que o mediador conseguirá estimular os representantes legais de uma empresa de grande porte, que são profissionais remunerados para minimizar perdas econômicas da representada, perceberem a parte contrária como merecedora de atenção e respeito. Esses representantes até podem ser muito cordiais com a parte adversária, mas dificilmente farão concessões ao perceber que estão diante de uma pessoa merecedora de atenção e respeito.

É ainda mais embaraçoso pensar o contrário, que o mediador tem o dever de estimular, por exemplo, uma idosa a perceber como humana e merecedora de atenção e respeito uma empresa de plano de saúde¹²², já reputada como uma das maiores litigantes da cidade de São Paulo¹²³, que lhe negou prestar os serviços contratados em um momento delicado.

CONCLUSÃO

Como exposto nos tópicos precedentes, a compreensão dos princípios orientadores da mediação e dos seus respectivos conteúdos normativos é marcada por dificuldades que precisam ser consideradas e enfrentadas.

A primeira e mais evidente deriva do fato de a mediação ter sido tipificada em três distintos marcos – a Lei da Mediação, o Código de Processo Civil e a Resolução n. 125/2010 do CNJ. Embora cada um tenha vocação e abrangência específicas, eles atuam muitas vezes de forma simultânea na regulamentação de um mesmo ponto – como na própria definição dos princípios orientadores.

Além disso, foi observado que qualquer um desses marcos normativos pode não repetir exatamente os demais naquilo pretenderam regulamentar simultaneamente. Pode ocorrer, por exemplo, que uma aparente semelhança em enunciados induza conclusões equivocadas acerca da regulamentação de determinado aspecto da mediação.

Também parece ter ficado claro que o desempenho das tarefas atribuídas ao mediador, para se manter dentro da estrita legalidade, requer um conhecimento sobre o Direito que não se resume apenas ao conhecimento das técnicas e das normas que regulamentam a mediação. Como notado no estudo, os próprios princípios orientadores da mediação precisam ser entendidos dentro de um contexto normativo mais amplo e de forma sistemática. Isso porque alguns deles são complementados, limitados ou significativos apenas através de sua relação com outras normas externas à regulamentação da mediação.

Por fim, cabe ressaltar mais uma vez que o fato de a regulamentação da mediação ter sido realizada em um período relativamente recente, o estabelecimento dos conteúdos normativos dos seus enunciados, isto é, a identificação dos direitos e deveres por eles criados, será assentado gradativamente pela prática jurídica. Isso não significa que os dispositivos que regulamentam a mediação estão abertos a toda sorte de interpretações. Muitos dispositivos possuem significados

¹²² STJ. **Acordo bem-sucedido inaugura esforço do STJ pela mediação**. Notícias. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Acordo-bem%E2%80%93sucedido-inaugura-esfor%C3%A7o-do-STJ-pela-media%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 2 out. 2016.

¹²³ MIGALHAS. **TJ/SP divulga lista das 100 instituições com mais processos na Justiça Estadual**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI118360,11049-TJSP+divulga+lista+das+100+instituicoes+com+mais+processos+na+Justica>> Acesso em: 1 out. 2016. O anexo da notícia que contém a lista dos 100 maiores litigantes da cidade de São Paulo pode ser acessada diretamente pelo endereço <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100930-04.pdf>.

normativos já sedimentados, restando apenas adaptá-los ao procedimento e ao escopo da mediação. Nessa tarefa de adaptação, de igual modo, os limites normativos também já se encontram inscritos dentro dos limites dos significados linguísticos dos seus enunciados.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. O Núcleo de Estudos no contexto da mediação no Rio Grande do Sul e as proposições legislativas na área da mediação. **Revista Multijuris**, nº 13, ano IX, dez./2014, p. 4. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/O-NUCLEO-DE-ESTUDOS-NO-CONTEXTO-DA-MEDIACAO.pdf>> Acesso em: 20 out. 2016.

BERGER, Peter Ludwig; NEUHAUS, Richard John. **To Empower People: The Role of Mediating Structures in Public Policy**. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1977.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 mai. 2017. Art. 166.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Publicada no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 13 mai. 2017. Art. 2º, incisos I a VIII.

CAPIBERIBE, Denise de Araújo. O princípio da boa-fé objetiva e sua evolução doutrinária e jurisprudencial ao longo dos 10 anos de edição do Novo Código Civil. In: Vvaa. **10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, n. 13, v. I.. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil.pdf>> Acesso em: 07 out. 2016. p. 119

CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 13 mai. 2017 [Anexo III – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º]

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da autonomia da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. **Medo e Ousadia: O Cotidiano do Professor**. Trad. de Adriana Lopez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Houaiss eletrônico**. Versão monousuário 3.0 [CD-ROM]. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

MEIRA, Danilo Christiano Antunes. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Os marcos normativos da mediação entre particulares no âmbito civil: escopo e relações de complementariedade, subsidiariedade e incompatibilidade. **R. Jur. FA7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 117-137, jul./dez. 2016.

MIGALHAS. **TJ/SP divulga lista das 100 instituições com mais processos na Justiça Estadual**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI118360,11049-TJSP+divulga+lista+das+100+instituicoes+com+mais+processos+na+Justica>> Acesso em: 1 out. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública: uma análise sistêmica. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, ano 25, nº 97, p. 143

RAPPAPORT, Julian. In Praise of Paradox: A Social Policy of Empowerment Over Prevention. **American Journal of Community Psychology**, vol. 9, n. 1, 1981.

STJ. **Acordo bem-sucedido inaugura esforço do STJ pela mediação**. Notícias. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Acordo-bem%E2%80%93sucedido-inaugura-esfor%C3%A7o-do-STJ-pela-media%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 2 out. 2016.

_____. Princípio da autonomia da vontade das partes. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=PRINC%CDPIO%20DA%20AUTONOMIA%20DA%20VON-TADE%20DAS%20PARTES>> Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Princípio da boa-fé objetiva. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=PRINC%CDPIO%20DA%20AUTONOMIA%20DA%20VON-TADE%20DAS%20PARTES>>. Acesso em: 15 out. 2016.

ZIMMERMAN, Marc A. Taking Aim on Empowerment Research: On the Distinction Between Individual and Psychological Conceptions. **American Journal of Community Psychology**, v. 18, n. 1, 1990.

Recebido em: 2 jul. 2017.

Aceito em: 14 nov. 2017.

O PLURALISMO JURÍDICO FRENTE À CRISE DO MODELO MONISTA ESTATAL: APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS

Tuana Paula Lavall

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó).
E-mail: tuanalavall@unochapeco.edu.br

Maria Aparecida Lucca Caovilla

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), na área de concentração: Direito, Política e Sociedade. Docente do curso de graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Cidadania, certificado pelo CNPq.
E-mail: caovilla@unochapeco.edu.br

RESUMO: O paradigma jurídico tradicional, reconhecido por identificar o direito com a lei e situá-lo como produto exclusivo do Estado, atravessa, na contemporaneidade, uma crise profunda. Entre os fatores a evidenciar esse colapso, destacam-se o atraso com que as produções normativas acompanham as prementes modificações da sociedade e a incapacidade da justiça oficial em dar respostas aos conflitos submetidos ao seu crivo, dentro de um prazo razoável e com qualidade. O presente artigo se propõe a investigar como o pluralismo jurídico, segundo o enfoque teórico de Antonio Carlos Wolkmer, apresenta-se enquanto alternativa para a superação da referida crise enfrentada no campo do direito. Lançando mão do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, transita-se pela questão do monismo jurídico, da crise de paradigmas que dele decorre, até se chegar à proposta do pluralismo. Nesse ponto, verifica-se que o pluralismo jurídico encampa apenas manifestações situadas à margem do direito positivo estatal, mas também pode erigir-se de práticas assentes dentro do próprio direito oficial.

PALAVRAS-CHAVE: Monismo Jurídico; Formalismo Jurídico; Dogmática Jurídica; Crise; Pluralismo Jurídico; Efetivação.

Legal pluralism facing the crisis of the state monistic model: introductory points

ABSTRACT: The traditional legal paradigm, acknowledged to identify the law with the legislation and situate it as an exclusive product of the state, crosses, in contemporary times, a deep crisis. Among the factors to highlight this collapse are the delay with which normative productions accompany the pressing changes of the society and the inability of the official justice to respond to the conflicts submitted to its sieve, within a reasonable time and with quality. This article proposes to investigate how legal pluralism, according to the theoretical approach of Antonio Carlos Wolkmer, presents itself as an alternative to overcome the referred crisis in the field of law. Using the deductive method, through bibliographical research, one moves through the question of juridical monism, of the crisis of paradigms that follow, until reaching the proposal of pluralism. At this point, it turns out that legal pluralism only includes manifestations

situated outside the positive state law, or can be erected from practices based on official law itself.

KEYWORDS: *Legal Monism; Legal Dogmatism; Legal Formalism; Crisis; Legal Pluralism; Effectiveness.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo estudar o pluralismo jurídico, enquanto nova proposta paradigmática para o Direito - com assento teórico na formulação de Antonio Carlos Wolkmer -, conferindo especial enfoque à possibilidade de sua efetivação em escala parcial, por meio de práticas plurais inseridas no âmbito do espaço institucionalizado.

Tendo em vista que a doutrina do pluralismo jurídico democrático-participativo opõe-se à ideia do monopólio, por parte do Estado, de toda a juridicidade, traça-se, na primeira parte, um panorama do monismo jurídico estatal. Nisso, implica delimitar conceitualmente o modelo monista e estudar os ciclos de seu desenvolvimento, desde a origem até o estabelecimento na condição de modelo hegemônico.

No segundo momento, cabe tecer algumas considerações acerca da crise do paradigma jurídico monista. Nesse ponto, se abordam as insuficiências do Poder Judiciário, atualmente; e se problematizam as instabilidades e incoerências da dogmática jurídica e da organização burocrática estatal.

Na terceira parte, deve-se atentar para teoria do pluralismo jurídico. Procede-se, pois, uma breve digressão histórica acerca do surgimento da referida corrente, das diferenças entre o projeto conservador e o projeto emancipatório do pluralismo jurídico, adentrando-se mais especificamente nos aspectos característicos deste último. Por fim, e em atenção ao objetivo do trabalho, analisa-se se podem ser consideradas plurais práticas jurídicas que emergem do bojo da estrutura estatal.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE MONISMO JURÍDICO

Enquanto movimento que nega a figura do Estado como fonte única e exclusiva de juridicidade, o pluralismo jurídico coloca-se em diametral oposição ao monismo jurídico, do que decorre a necessidade de tecer, preliminarmente, algumas considerações a respeito desse modelo e da crise paradigmática que lhe é inerente.

Procedendo a uma leitura embrionária e bastante ampla do monismo, Santos entende-o como a teoria que reputa válida apenas uma ordem jurídica, seja ela a do direito natural, seja a do direito estatal. Isto é, “monismo jurídico significa o reconhecimento de apenas uma ordem jurídica, estatal ou universal” (SANTOS, 2009, p. 57). Para o autor, tal conceito é o que melhor traduz a acepção da palavra, de modo que a identificação do monismo com a atuação estatal não é elemento necessariamente indispensável.

Diferente é a lição de Carvalho (2010, p. 14), para quem o monismo jurídico pode ser compreendido como uma “concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual, o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas”. Ademais, pelo modelo monista, segundo Carvalho (2010, p. 14), não só a atividade legislativa é centralizada, como também a de resolução de controvérsias, incumbindo exclusivamente ao Estado o poder/dever de exercer a jurisdição.

As primeiras referências ao monismo jurídico remontam aos séculos XVII e XVIII, com a filosofia contratualista de John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau. A ideia de “contrato social” que cada qual dos filósofos lança em suas obras para explicar as origens do Estado, cinge-se, ainda que teórica e remotamente, ao monismo jurídico, à medida que concentra o poder de produzir o ordenamento jurídico dentro dos domínios estatais, suprimindo sistemas normativos alternativos. (MORAIS, 2011, p. 1).

Um retrospecto histórico indica que quando em vias de esgotar-se o feudalismo, registrou-se a passagem do “pluralismo político medieval”, cujos contornos eram evidentes na multiplicidade de centros de poder político, sob o comando da nobreza, do clero, de universidades, reinos, estamentos, organizações e corporações de ofício, para um estágio de consolidação do monismo estatal. (WOLKMER, 2001, p. 27).

Reputa-se tal contexto como o primeiro “ciclo” do monismo jurídico e sua mola propulsora teriam sido “os interesses absolutistas da monarquia fortalecida e as novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevalecentes” (WOLKMER, 2001, p. 51), ambos os fatores decorrentes do surgimento do Estado Moderno.

Nesse sentido, Bobbio (2006, p. 27) esclarece que:

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de criação consuetudinária. Assiste-se assim [...] ao processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

Concluiu o aludido autor, fazendo referência à Ehrlich, que sob a égide do Estado Moderno, requer-se do juiz, quando da resolução das controvérsias, a estrita observância das regras emanadas pelo Estado, restando as demais descartadas. Isso porque o direito natural e o direito positivo não mais figuram em um mesmo patamar, consagrando-se o segundo, pelo fato de ser posto e aprovado pelo Estado, como o “único verdadeiro direito”. (BOBBIO, 2006, p. 29).

Do declínio do Estado Absolutista, fenômeno registrado a partir de uma série de eventos históricos de grande importância, como a Revolução Gloriosa, o Iluminismo e a Revolução Francesa, desenha-se o Estado Liberal, forte no combate às ideias absolutistas (MORAIS, 2011, p. 1). Essa nova ordem mundial encampa um segundo ciclo do monismo jurídico.

Agora o direito estatal deixa de representar exclusivamente as aspirações da monarquia absolutista, para tornar-se produto das novas ideias e condições efervescentes com a ascensão do capitalismo e com a crescente produção industrial. A classe social burguesa emergente molda o direito à luz do liberalismo econômico e para que sirva de instrumento à manutenção do poder burguês. (WOLKMER, 2001, 51).

Nesse cenário, privilegia-se mais fortemente a lei escrita como fonte do direito, de modo que “é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo; consagrando-se a exegese de que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito.” (WOLKMER, 2001, p. 55).

O terceiro ciclo do monismo jurídico deslinda-se das contribuições colacionadas pelo formalismo dogmático da Escola de Viena, cujo expoente principal é a ‘teoria pura do Direito’, de Hans Kelsen.

Pela proposta de Kelsen, o caráter monista do direito decorre da sua existência somente na forma de um sistema único emanado do Estado. Não haveria espaço para dualismo, Estado e Direito encontrar-se-iam fundidos em um só instituto. (ANTUNES, 2008, p. 27).

Assim também entende Wolkmer (2000, p. 76), ao analisar a obra de Kelsen:

A concepção monista, embasada no extremismo lógico e formalista da dogmática normativista tende a eliminar o dualismo jurídico-estatal, na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o próprio direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único. [...] O Estado legitima o seu poder pela segurança e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado.

A Teoria Kelseniana, com o afã de depurar a ciência do Direito, repele o conteúdo social da regra jurídica, tampouco reconhece a existência de um Direito supralegal. Debruça-se sobre a questão da validade da norma, afastando-se das investigações acerca de sua justiça, de modo que “todo conhecimento possível só comprova seu rigor formal e sua aridez técnica”. (WOLKMER, 2000, p. 161). Assim, a formulação de Kelsen, como a de outros teóricos igualmente identificados com o positivismo jurídico, encara o formalismo como um de seus principais elementos.

Sem o condão de adentrar nos meandros do formalismo jurídico, cabe tecer algumas considerações a respeito do tema.

Largamente vinculado ao normativismo Kelseniano, o formalismo jurídico, compreendido como a visão meramente formal que se dá a justiça, é caracterizado por uma extrema rigidez processual e pela proximidade com a dogmática jurídica, a qual toma a norma como único elemento de estudo do direito. (ANTUNES, 2008, p. 29).

Alusivo ao assunto pontua Bobbio (2006, p. 131)

[...] o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde o fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. Deste comportamento deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo.

Não obstante, conforme alertado por Antunes (2008, p. 31), apesar da pretensa segurança jurídica que exibem, modelos assentados no rigor formal estão propensos, em algum momento de seu desenvolvimento, a não corresponderem às exigências e práticas sociais, em virtude de seu caráter estanque e rígido.

Nesse sentido, engendrou-se, a partir dos anos 1970 e 1980, o quarto e último grande ciclo do monismo jurídico. As novas demandas político-econômicas, o aumento dos conflitos entre grupos e classes sociais e o aparecimento de um sem número de contradições materiais e culturais, típicas das sociedades contemporâneas de massa, colocam, nesta fase, o direito estatal em constante ultrapassamento. (WOLKMER, 2001, p. 58).

Por assim dizer, a quarta etapa desvela o esfacelamento do paradigma jurídico positivista-centralizador, construído e sustentado por mais de três séculos. Todavia, em que pese o cenário de rupturas, o Estado, por sua vez, vale-se da dogmática jurídica e de uma estrutura altamente institucionalizada, para manter-se hegemônico. (WOLKMER, 2001, p. 59).

Tal descompasso entre as “estruturas socioeconômicas e as instituições jurídico-políticas”, emprestando a expressão de Faria (1988, p. 18), coloca em voga a inevitável questão da crise do aludido modelo de legalidade, tema que será objeto do próximo tópico.

2 A CRISE DO PARADIGMA JURÍDICO MONISTA

Pelo até aqui exposto, constata-se que há muito a cultura jurídica predominante, pelo menos nos países ocidentais, leva a marca do unitarismo. A larga maioria dos Estados limitou-se a reproduzir idealizações normativas características de “determinada legalidade estatal e racionalização formal”, pertencentes a um modo particular de produção econômico-social, qual seja, o capitalista. (WOLKMER, 2001, p. 66).

Conquanto, a partir da última metade do século XX, as sociedades situadas no centro e, especialmente, na periferia capitalista, passaram a travar contato com “novas e flexíveis modalidades de produção do capital, radicais contradições sociais e instabilidades continuadas que refletiram crises, tanto em nível de legitimidade, quanto de produção e aplicação da justiça”. (WOLKMER, 2001, p. 70).

Outrossim, segundo Faria, mostrou-se axiomática

a desarticulação estrutural das legislações vigentes com forte inspiração liberal, de modo que a ideia de crise traduz o risco de rompimento da racionalidade jurídica burguesa – ou seja, a possibilidade de não mais se acreditar na objetividade da lei, na decantada neutralidade do legislador e na pretensa completude dos ordenamentos. A noção de ‘crise’, nesta perspectiva, é assim apresentada como um momento de irracionalidade política, gerando o caos econômico e a desordem social, exigindo sua urgente superação para o reestabelecimento da racionalidade anterior ou para o estabelecimento de uma nova racionalidade. (FARIA, 1988, p. 20).

Há quem considere, a exemplo de Streck (2006, p. 1) e Wolkmer (2001, p. 70), que a referida crise, por seus tão estruturais contornos, é de cunho paradigmático.

A título de esclarecimento, entende-se, por paradigma, o conjunto de crenças fundamentais dotada de unidade e aceitação pela comunidade científica. Em direito, o campo da Dogmática Jurídica é compreendido como um autêntico paradigma científico, no sentir de Wolkmer (2001, p. 69). Porquanto, na medida em que a Dogmática Jurídica ocupa-se unicamente do estudo das normas abstratas, postas pelo Estado, dá as costas para uma gama de problemas contemporâneos suscitados na realidade fática, desencadeando o aludido cenário de crise.

Entende Wolkmer (2001) que a Dogmática Jurídica,

[...] por elaborar sua construção sistemática sobre um direito identificado com a lei e produzido unicamente pelos órgãos estatais, minimiza, na tradição de suas fontes formais, as múltiplas manifestações de exteriorização normativa (direito espontâneo, informal, extra-estatal etc.), representadas pelos corpos sociais autônomos (sindicatos, assembleias, corporações, comunas, associações profissionais, grupos sociais de toda espécie etc.). (WOLKMER, 2001, p. 69).

De mais a mais,

no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo são transformadas em ‘autor’ e ‘réu’, ‘reclamante’ e ‘reclamado’. [...] Isso significa dizer, que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais graças as barreiras criadas pela dogmática jurídica. (STRECK, 2007, p. 32).

Aproveitando o ensejo, uma vez que o excerto da obra de Streck faz referência à atuação jurisdicional, vale destacar que a crise da Dogmática Jurídica é também uma crise do Estado e, por conseguinte, do Poder Judiciário. Nesse âmbito, a crise desencadeou-se, entre outros fatores, pelo crescimento e a complexidade de conflitos sociais aliados à falta de estrutura física, tecnológica e financeira do Estado, o rebuscamento da linguagem jurídica, o acúmulo de processos, etc. (GHISLENI; SPLENGER, 2011, p. 24).

Por seu lado e concernente ao assunto, Wolkmer (2001, p. 100) considera que o descompromisso e falta de criatividade do Poder Judiciário, no enfrentamento dos graves problemas de ordem política e social, é histórico. Em sua visão, trata-se o Judiciário de um “órgão elitista” que, sob a falsa alcunha de neutralidade no atuar, encobre a condição de submissão aos ditames da ordem dominante, além de lançar mão de mecanismos burocráticos procedimentais onerosos, que, por si só, constituem uma barreira ao acesso dos menos providos de recursos.

Há que se registrar, que a burocracia, conforme supracitado, é forma de organização utilizada não apenas no Poder Judiciário, mas em todas as instituições estatais, e revela, também, uma das faces da crise do monismo jurídico.

A origem do fenômeno burocrático, na asserção de Wolkmer (2000, p. 44), encontra-se na formação dos grandes impérios e na sedimentação do conceito de Estado. Contudo, foi a partir do século XX que a burocracia atingiu o seu apogeu, enquanto instrumento a serviço do modelo capitalista de produção, por comportar a eliminação das relações pessoais e vincular todas as atividades ao fim pretendido pelo sistema. (LEFORT, 1979, p. 156).

Empreendendo uma crítica à burocracia, Wolkmer (2000, p. 63) assevera que:

A burocracia se alicerça numa dimensão alienadora, mecanicista e desumanizadora, não se coadunando com as substanciais necessidades e exigências do indivíduo. A pseudo-eficácia dos procedimentos tecnoburocráticos fragmenta e obscurece o potencial criativo do homem, assumindo, cada vez mais, proporções profundas e persistentes, adonando-se de áreas que jamais se poderiam imaginar.

Nesse sentido, conclui o autor, que já é tempo de a “administração política da vida pública” abandonar o modelo burocrático, que tende apenas a subordinar os indivíduos, em favor de meios de organização mais democráticos, plurais e participativos. (WOLKMER, 2000, p. 63).

Por outro lado, a crise que se apresenta revela certo aspecto bastante particular: a disfuncionalidade do Estado ao deparar-se com novos e contraditórios problemas, especialmente, os conflitos de cunho coletivo próprios do final do século XX. Isso porque, o modelo monista, em sua unicidade, estatalidade, positividade e racionalidade, foi historicamente montado para administrar conflitos de natureza individual e civil e, diante das demandas coletivas, afigura-se incapaz de apreciá-las. (WOLKMER, 2001, p. 97).

Em consonância, Streck (2006, p. 258), para quem a crise é do modelo de direito, modelo esse que, em tese, estaria “preparado para o enfrentamento de conflitos interindividuais”, mas desprovido de “condições de enfrentar/atender às demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais”.

Portanto, a complexidade da conjuntura pós-moderna faz cair por terra a concepção de que o pluralismo social é passível de caber em uma unidade formal. Mostra-se emergente, porque, pensar em modelos alternativos de direito.

3 PLURALISMO JURÍDICO: POSSIBILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO EM ESCALA PARCIAL

A vertente teórica denominada de pluralismo jurídico, para além de seu viés propositivo acerca da formação de uma nova cultura no Direito, assenta-se enquanto teoria jurídica crítica do paradigma positivista. Dessa feita, tem como pressuposto elementar problematizar acerca da hegemonia estatal, na produção, aplicação e fiscalização do Direito. (ANTUNES, 2008, p. 18).

Antunes indica alguns caracteres que devem integrar uma teoria que se pretende crítica:

- busca uma reflexão interdisciplinar na análise do direito,
- efetua uma relação entre o poder e o saber e visa desconstruir discursos que considerem os conflitos subjacentes a suposta organização harmônica propiciada pelo direito,
- não prescinde da política como fenômeno relacionado à juridicidade e que condiciona sua manifestação e aplicação,
- postula um caráter emancipatório para o direito, visando a concretização de uma sociedade autônoma,
- dirige-se também contra a produção do saber jurídico denunciando, sobretudo, a reprodução do dogmatismo no ensino jurídico, que se afasta da reflexão crítica acerca do direito. (ANTUNES, 2008, p. 18).

Entendendo que o pluralismo jurídico contempla os supracitados elementos, passa-se a uma breve digressão histórica acerca de sua origem. Vale esclarecer, a priori, que, tal contextualização, atine ao campo teórico, isso porque, como bem nos lembram Albernaz e Wolkmer (2008, p. 2), o pluralismo jurídico, antes de constituir-se enquanto formulação científica, é uma situação de fato, cujo surgimento não se deu em um momento específico, mas revela-se paulatinamente “na historicidade existencial de cada unidade coletiva concreta em seu empreendimento de configurar uma expressão de juridicidade que acomode suas sociabilidades, anseios ou interesses”.

Com efeito, sob uma abordagem teórica, o pluralismo jurídico encontra em Eugen Erlihch um de seus precursores. Corifeu da Escola do Direito Livre, Erlihch propalava, e vivenciava - haja vista as inúmeras pesquisas de campo que realizou -, a relevância da sociologia do direito, uma vez que, para ele, a sociedade constituir-se-ia em terreno de estudo deveras mais fértil para os juristas do que a norma, em toda sua abstração. Não por acaso, após a publicação do trabalho que lançava esse pensamento de vanguarda, Erlihch fora rebatido pelo seu ex-aluno, Hans Kelsen, com a afamada Teoria Pura do Direito. (ANTUNES, 2008, p. 31).

Pode-se afirmar que as formulações de Erlihch conectam-se ao pluralismo, ainda que embrionariamente, devido a defesa por ele empreendida de um direito livre das amarras do legalismo excessivo, e, principalmente, pelas investigações científicas que procedera acerca das práticas normativas informais, nas mais diversas organizações e associações da sociedade, a exemplo da empreendida nas comunidades de camponeses quando da realização dos “Seminários do Direito Vivo”. (ANTUNES, 2008, p. 34).

Por isso, e em arremate, “a relevância das questões suscitadas pela escola do direito livre para o pluralismo jurídico decorre da antecipação da crítica à pretensão estatal de deter a fonte exclusiva de juridicidade e produção normativa”. (ANTUNES, 2008, p. 33.).

Dentre as inúmeras impressões que os teóricos atribuíram ao pluralismo jurídico ao longo de mais de um século, cabe destacar o contraste entre o projeto conservador e o projeto emancipatório de pluralismo jurídico, aspecto bastante explorado por Wolkmer na obra “Pluralismo Jurídico: Fundamentos para uma nova cultura do direito”.

Em comentário sobre o projeto conservador, Albernaz e Wolkmer (2008, p. 2) o consideram uma representação dos ideais neoliberais, “cuja ênfase se dá sobre processos como a desregulamentação estatal, a globalização e a acumulação flexível de capital, a formação de blocos econômicos, as políticas de privatização, a flexibilização do trabalho” etc. Esse projeto, em razão de valorizar a individualidade, acaba por enfraquecer a força política das massas, e desposá-las de uma participação ativa e democrática nos assuntos do Estado.

Por outro lado, o projeto emancipatório, na linha defendida por Wolkmer, ampara-se, filosoficamente, na compreensão sobre a complexidade da vida humana, considerando a diversidade de valores, aspirações e interesses que a circundam. Porquanto, sugere a edificação de um pluralismo jurídico sob as bases das “práticas sociais insurgentes e autônomas, motivadas pela satisfação das necessidades humanas essenciais, e em uma reordenação, desconcentração e descentralização do espaço público, no sentido de multiplicar o seu *locus* e ampliar seu cunho democrático.” (ALBERNAZ; WOLKMER, 2008, p. 3).

Sintetiza Wolkmer (2001):

As transformações da vida social constituem, assim, a formação primária de um ‘jurídico’ que não se fecha exclusivamente em proposições genéricas em regras estáticas e fixas formuladas para o controle e a solução dos conflitos, mas se manifesta como resultado do interesse e das necessidades de agrupamentos associativos e comunitários, assumindo um caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial. (WOLKMER, 2001, p. 152).

Diante da inconcebível ideia de que o Direito Estatal positivado está apto a suprir as inúmeras expectativas que envolvem a vida social, a corrente pluralista dita comunitário-participativa, propõe extrair normatividade de canais diferentes dos habitualmente consagrados. Daí a reconhecer em atores coletivos, como grupos organizados autônomos ou semiautônomos, verdadeiras instâncias de produção normativa. (WOLKMER, 2001, 151).

Segundo Wolkmer (2001), o pluralismo jurídico comunitário-participativo tem sua natureza e especificidade determinadas por certos princípios valorativos, quais sejam: a) autonomia, entendida como a independência em relação ao poder governamental; b) descentralização, com a distribuição do poder entre esferas locais; c) participação, decorrente da descentralização, à medida que a fragmentação do poder exige atuação ativa, desde a base; d) localismo, que atribui ao poder local o nível mais descentralizado do poder estatal; e) diversidade, admitindo-se as diferenças existentes no mundo da vida; f) tolerância, enquanto pressuposto para o exercício da liberdade e autodeterminação humanas.

Na análise de Antunes (2008, p. 62), o modelo de pluralismo jurídico comunitário-participativo, formulado por Wolkmer, fundamenta-se em duas frentes. Uma de efetividade material, que compreende a “emergência de novos sujeitos coletivos” e a “satisfação de necessidades humanas fundamentais”. Outra de efetividade formal, que impõe à “reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa”, o “desenvolvimento da ética concreta da alteridade” e a “construção de processos para uma racionalidade emancipatória”.

Desse modo, percebe-se o esforço do autor em relação ao conteúdo e aos atores presentes nessa nova modalidade de conceber o direito, como também na prospecção de mecanismos para implementá-lo.

Quando refere a novos sujeitos coletivos, Wolkmer (2001) os compreende como:

[...] identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomas, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora e igualitária. (WOLKMER, 2001, p. 240).

Nesse âmbito, destaca-se o protagonismo assumido pelos movimentos sociais. Dada a sua postura reivindicatória incisiva, tais grupos possuem grande potencialidade de ver materializados os direitos de sua pauta. Além disso, atuam de modo a estimular “a convivência da divergência”,

fortalecendo um dos valores elementares do modelo pluralista: a ética da alteridade. (ANTUNES, 2008, p. 115).

Não obstante, em que pese a recorrente identificação dos novos sujeitos coletivos com grupos organizados à margem da juridicidade estatal e independentes dela, Albernaz e Wolkmer (2008, p. 68) ressaltam a existência de um pluralismo jurídico controlado, no qual as manifestações plurais, sejam elas legislativas ou jurisdicionais, são absorvidas e regulamentadas pelo Estado. Igualmente, a partir de uma aproximação do pluralismo jurídico com a questão da administração da justiça, a fim de inserir elementos daquele, como a participação e a descentralização, no âmbito desta, verifica-se que os referidos elementos podem advir tanto do interior quanto do exterior da legalidade oficial estatal. Assim,

o modelo que propõe novas manifestações e formas de juridicidade traduz uma modalidade de administração da justiça em que atores, como os movimentos sociais, e os próprios componentes oficiais do sistema jurídico adquirem uma nova dimensão no processo de reivindicação e aplicação de direitos, na qual os sujeitos participam do processo decisório e da gestão da administração da justiça. (ANTUNES, 2008, p. 117). (grifos nossos).

Wolkmer (2001, 289) transita por linha de pensamento parecida ao distinguir duas estratégias essenciais à efetivação do pluralismo jurídico. Para o autor, se em longo prazo o pluralismo se efetiva pela insurgência de práticas legais não-institucionalizadas produzidas fora da órbita do direito positivo estatal - o que representa uma brusca ruptura de paradigmas, é de se admitir, no curto ou médio prazo, manifestações pluralistas escavadas de dentro da própria ordem legal estatal.

Nesse segundo contexto, a utilização de procedimentos de baixo nível de institucionalização pode ocorrer em nível da produção normativa, a exemplo das convenções coletivas do trabalho e ações propostas por sujeitos coletivos, ou na esfera da resolução de conflitos, com a adesão a procedimentos dotados de maior informalidade e voltados ao consenso, como a arbitragem, a conciliação, a mediação e os juizados especiais. (WOLKMER, 2001, 292).

No mesmo sentido, é a lição de Trentin (2011, p. 64):

[...] O Estado preocupou-se com a implementação dos Juizados Especiais, editou a lei da Ação Civil Pública, facilitou o desenvolvimento de programas que promovessem a mediação e a conciliação, promulgou a lei da arbitragem, enfim, consagrou os novos direitos e as novas formas de se fazer direito, através dos equivalentes jurisdicionais. Não fora de tempo, pois antes das ações acima, o Estado controlou, por muito tempo, a criação da legislação e a resolução dos conflitos, de forma a monopolizar tal poder. A esse fenômeno [...] foi dado o nome de monismo jurídico, que nada mais é do que um paradigma ultrapassado de sistema de jurisdição.

Portanto, verifica-se que conceber o pluralismo jurídico como outro paradigma para o Direito não implica em adotar uma postura “anti-Estado”, uma vez que, em escala parcial de sua concretização, práticas plurais podem emergir de dentro da estrutura estatal. O objetivo do pluralismo jurídico não é desprezar o direito estatal, mas, sim, reconhecer nele a condição de apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade.

CONCLUSÃO

O presente artigo dedicou-se ao estudo do pluralismo jurídico, buscando averiguar a possibilidade de sua concretização a partir de práticas inseridas no bojo da estrutura estatal. Para tanto, elegeu-se como marco teórico principal da pesquisa as contribuições de Antonio Carlos Wolkmer acerca do pluralismo jurídico democrático-participativo.

Preliminarmente, compreendendo que o pluralismo jurídico, enquanto corrente crítica, contesta a hegemonia estatal na produção e a aplicação do Direito, procurou-se abordar a corrente que a ele se opõe, qual seja, a do monismo jurídico estatal. Porquanto, constatou-se que desde a sua origem, em boa medida alinhada ao surgimento do Estado Moderno, o monismo jurídico atravessou alguns ciclos. Destas etapas, a que hoje se encontra em curso, representa o momento de crise do modelo, embora tal situação tente ser encoberta pela dogmática jurídica a todo custo.

Por isso, na segunda parte do estudo, reconhecendo as fragilidades do paradigma monista em atender as demandas de uma sociedade em premente modificação, explorou-se a questão da crise do aludido modelo. Nesse ponto, transitou-se, especialmente, pela disfuncionalidade do Poder Judiciário, bem como pelos percalços do padrão de organização estatal burocrático.

Por sua vez, a etapa derradeira do artigo perquiriu o pluralismo jurídico. Inicialmente, definiu-se como marco para abordagem o projeto emancipatório do pluralismo, posto que paralelo a ele existe um projeto conservador, servil aos ideais do capital. Feito isso, identificou-se os aspectos centrais da teoria pluralista e atinente à sua efetivação, constatou-se a possibilidade de sua ocorrência tanto a partir de manifestações advindas da margem da legalidade institucionalizada, pelo protagonismo de novos atores, quanto de práticas reconhecidas e incorporadas pelo próprio Estado, que, em que pese não provoquem rupturas bruscas, podem, em nível parcial, concretizar o pluralismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. **O pluralismo jurídico**: marco teórico para a discussão do acesso à justiça. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. UFSC, Florianópolis, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. Org. WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia Jurídica e violência simbólica**. São Paulo: EDUSP, 1988.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

LEFORT, Claude. O que é burocracia. **Política & Sociedade**. São Paulo: Nacional, 1979. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/LEFORT-Claude--lements-dune-critique-de-la-bureaucratie.-Genebra---ditions-Droz-pp.-52-86.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado. Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18831/sobre-a-evolucao-do-estado>. Acesso em: 12 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 2007. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/13495>>. Acesso em: 21 jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v46i0.13495>.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. ver. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

_____; ALBERNAZ, Renata Ovenhausen. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 67-94, set. 2010. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2008v29n57p67>>. Acesso em: 22 jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n57p67>.

Recebido em: 14 ago. 2017.

Aceito em: 26 out. 2017.

FUNÇÃO SOCIAL/SOLIDÁRIA DA EMPRESA NOS NEGÓCIOS VIRTUAIS

Gleissa Mendonça Faria Cardoso

Advogada, Graduada em Direito pelo ILES/ Ulbra em Itumbiara/GO, Especialista em Direito de Família pela Universidade Cândido Mendes, Mestranda em Direito pela UNIMAR em Marília/ São Paulo. Técnica em Enfermagem pelo Colégio Sena Aires em Itumbiara/GO, Especialização profissional de nível técnico em Enfermagem do Trabalho pelo Projeção-Central de Ensino do Triângulo em Uberlândia/MG.

E-mail: gleissafaria@yahoo.com.br

Valter Moura do Carmo

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR), em estágio pós-doutoral.

E-mail: vmcarmo86@gmail.com

RESUMO: Em virtude do surgimento das tecnologias e seu surpreendente crescimento, surge o modelo de comércio eletrônico, com a finalidade de atender esse exigente consumidor contemporâneo. Contudo, a estrutura virtual da empresa não a exime de cumprir sua função social/solidária. A propriedade deve atender aos interesses sociais, o reconhecimento da função social da propriedade implica em condutas por parte da empresa, que não só tem a obrigação de não exercer seu direito em prejuízo de outro, como, também, tem a obrigação de exercê-lo em favor da coletividade. A função social/solidária visa compatibilizar os interesses individuais aos interesses coletivos, sob a ótica de assegurar uma existência digna e justa para presentes e futuras gerações. Nesse sentido, a pesquisa buscou expor a evolução tecnológica e os empreendimentos virtuais, bem como, pesquisar as vantagens e desvantagens dos negócios virtuais e, por fim, analisa função social/solidária da empresa e seus reflexos nos negócios virtuais. Utilizou-se para tanto o método dedutivo, baseado em fontes doutrinárias, legislação, dissertações e artigos científicos.

Palavras-chave: Empresa; Função social; Internet; Negócios virtuais.

Social /solidary function of the company in virtual business

ABSTRACT: Due to the emergence of technologies and their surprising growth, the e-commerce model emerges, in order to meet this demanding contemporary consumer. However, the virtual structure of the company does not exempt it from fulfilling its social / solidarity function. Property must meet social interests, recognition of the social function of property implies conduct on the part of the company, which not only has the obligation not to exercise its right to the detriment of another, but also has the obligation to exercise it in favor of collectivity. The social / solidarity function aims at reconciling individual interests with collective interests, with a view to ensuring a dignified and just existence for present and future generations. In this sense, the research sought to expose technological evolution and virtual enterprises, as well as to research the advantages and disadvantages of virtual businesses and, finally, to analyze the company's

social / solidarity function and its reflexes in virtual businesses. The deductive method was used, based on doctrinal sources, legislation, dissertations and scientific articles.

Keywords: *Company; Social role; Internet; Virtual business.*

INTRODUÇÃO

Resultado do processo de globalização mundial, a evolução tecnológica espalha seus efeitos nas mais diversas áreas e setores, notadamente, é um grande e eficiente instrumento no campo empresarial, possibilitando mais celeridade, facilidade, diversidade e rentabilidade nos negócios. A internet se tornou um verdadeiro diferencial no atual mercado competitivo e com ela surge o comércio eletrônico, o “e-commerce”.

A empresa tem sua importância no contexto social, visto que ocupa papel relevante nas sociedades capitalistas, uma vez que toda a economia é fruto de processo produtivo de natureza empresarial. Em uma sociedade de consumo pós-moderna, observar-se-á que a promessa de satisfação dos desejos ocorre exclusivamente por meio da aquisição de novos bens ou serviços, é então que nascem os negócios virtuais, justamente para satisfazerem os anseios dos diversos perfis de consumidores.

As estruturas do direito privado passam a ser norteadas pelo paradigma da função social e da solidariedade, como fim a ser alcançado à dignidade da pessoa humana. A função social da empresa determina uma conscientização da atuação do particular, em busca da consonância entre interesse individual e o social, sem, é claro, desviar-se de seu intuito lucrativo, inerente à instituição. O mesmo ocorre em relação a sua função solidária que está voltada ao conceito de justiça distributiva, social, ao aspecto do bem-comum.

A pesquisa tem o escopo de expor a evolução tecnológica e os empreendimentos virtuais, bem como pesquisar as vantagens, desvantagens que envolvem os negócios virtuais e, por fim, analisa função social/solidária da empresa e seus reflexos nos negócios virtuais.

A pesquisa foi baseada em fontes doutrinárias, legislação, dissertações e artigos científicos, tudo com a finalidade de demonstrar como funcionam os negócios na internet e seus desdobramentos, utilizando-se para tanto o método dedutivo.

A fundamentação deste trabalho sustenta-se nas novas tecnologias que fomentam o mercado de uma forma instantânea, impactando diretamente na economia, nas relações de consumo e perante a sociedade, e a importância do cumprimento da função social/solidária nesses negócios firmados no mundo virtual.

1 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E OS EMPREENDIMENTOS VIRTUAIS

Nas últimas décadas, a influência das tecnologias no cotidiano das pessoas cresceu assustadoramente, tarefas monótonas e que demandavam muito tempo para executá-las agora em questão de segundos são concluídas, atos complexos agora facilitados pela informatização, gerando maior facilidade, celeridade e efetividade na seara social e profissional.

A transição do mundo analógico para o digital foi considerada uma importante evolução para a humanidade, principalmente com a chegada da internet no Brasil por volta dos anos 90, considerada um conglomerado de computadores integrados que possuíam um conjugado de protocolos e serviços em comum.

A Internet surgiu em 1969 nos Estados Unidos. Interligava originalmente laboratórios de pesquisa, a chamada ARPAnet (ARPA: Advanced Research Projects Agency) que era uma rede do Departamento de Defesa (DoD) norte-americano. A Internet, em 1995, época de sua abertura comercial no Brasil possuía, cerca de 44.000 redes estendidas em 160 países e 26.000 entidades comerciais registradas. Algo entre 40 a 50 milhões de computadores estavam conectados aos hosts da Internet e desenvolvendo numa estimativa de 10% a 20% ao mês (MENEZES, 2002).

A tecnologia digital ultrapassa fronteiras, limites territoriais, aproxima pessoas do mundo inteiro, tornou-se uma ferramenta útil e dependente na vida das pessoas, devido a essa amplitude e necessidade, ambientes públicos, como bares, hotéis, restaurantes entre outros, têm acompanhado essa evolução tecnológica, adequando seus ambientes comerciais e culturais a essa nova era, como a implantação de internet via Wi-fi livre.

Após a criação da Internet e com o início dos negócios por meio dela, o número de usuários da Internet aumentou expressivamente. Em outubro de 2017 foi divulgado, pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, um relatório sobre economia digital, o qual coloca o Brasil em quarto lugar no ranking mundial de usuários de internet, com 120 milhões de pessoas conectadas (RIDOFRAZ, 2017).

Na década de 1990, começou-se a descoberta de determinadas lojas que comercializavam seus produtos de forma inédita, mas nessa época a Internet ainda estava em fase de maturação. No início de 2001, determinadas empresas encontraram dificuldades para obter capital e confiança para esses novos investimentos, preocupadas com o risco de retorno sobre o investimento e com o novo mercado tecnológico (SALVADOR, 2010, p. 6).

“Em um mundo conectado, informatizado e iterativo o ambiente de negócios vem se alterando de forma gradativa” (OLIVEIRA, 2014, p. 68). Inicialmente os negócios na internet se baseavam somente na presença, ou seja, em ter um site na rede. Em uma segunda etapa as empresas passaram a realizar transações, comprar e vender de forma on-line. Hoje, já em uma terceira etapa, o foco está em pensar de maneira sistêmica em como o ambiente da internet pode colaborar com o sucesso da empresa.

É possível perceber que o formato de relacionamento entre as partes (empresa e consumidor) também se modifica. Na primeira fase, a relação pode ser considerada passiva. A empresa coloca uma informação no site e o usuário somente recebe essa informação. Na segunda etapa, a relação passa da simples informação para um processo de escolha e compra de algum produto, pode-se dizer que é uma relação ativa. Hoje em dia, a terceira fase vem edificando uma forma de relação interativa onde as partes envolvidas se interagem para trocar informações, comunicar, realizar transações entre outras ações.

Ainda assim, apesar da consolidação dos negócios na internet entre as pessoas e as empresas esteja ocorrendo ao longo de décadas, desde o nascimento da internet, na atualidade os relacionamentos com os fornecedores e clientes, o gerenciamento de dados e do conhecimento, têm se desenvolvido e disseminado sob a égide da inovação, da interação contínua, da conectividade, da expansão e da globalização, favorecidos pelo ambiente digital.

“Las nuevas tendencias del mercado se orientan hacia una verdadera transformación sobre el concepto de venta de productos y servicios, que apunta a la captura de mayor cantidad de clientes potenciales a través de las más modernas herramientas informáticas” (MARKER, 2017).

A empresa para participar destas novas transformações, mais do que ter acesso à tecnologia da internet, é imprescindível pensar neste novo padrão de forma estratégica e sistêmica. Para cooperar com esta mudança não basta apenas ter um endereço de site na internet, mas é

preciso ter uma plataforma que integre ferramentas de interação como site, aplicativos, comércio, redes sociais, chats, entre outras (OLIVEIRA, 2014, p. 69).

Muitas empresas tradicionais (físicas) estão aderindo ao mundo virtual, surgindo à figura da empresa mista, um novo ambiente empresarial que está se expandindo, algumas empresas serão capazes de aproveitar as mudanças, encarando-as como oportunidades, já outras as enxergarão como obstáculos e serão, facilmente, colocadas para fora do mercado. Os negócios na Internet habilitam novas atividades de criação de valor, por meio da conexão e intermediação de vários atores no campo dos mercados, que permite a redução dos custos nas transações e a abertura de nichos para as pequenas.

Ultimamente as empresas disputam o mercado no mundo físico e virtual. Neste novo ambiente competitivo, é vital investir na criação de valor no mercado físico e no mercado virtual. Muitas empresas estão trocando ou apoiando seus processos e operações no mundo físico por processos virtuais. No processo virtual, o produto ou serviço existe na forma de dados e informações digitalizadas. Essa informação é disponibilizada e lançada digitalmente. Em virtude das oportunidades para as empresas, possibilitadas pelos avanços tecnológicos, um novo espaço empresarial está se iniciando (PEREIRA; MAIA; SERIO, 2002).

Este novo ambiente de TI (Tecnologia de Informação) faz promessas de novas e revolucionárias oportunidades, e representa grandes riscos para as organizações. A fim de modificar suas bases de competitividade e de estratégia para o futuro, as empresas têm buscado investir amplamente nas tecnologias de informação e comunicação como uma ferramenta poderosa. Dentre elas cita-se o Comércio Eletrônico que, inserido no ambiente digital, permitiu colocar em prática as estratégias das organizações (PEREIRA; MAIA, SERIO, 2002).

Nesse sentido, cita-se aqui o Comércio Eletrônico ou Comércio virtual, venda não presencial ou *e-commerce*, como um modelo de negócio pela internet, ramificado através de lojas virtuais, que podem ser definidas como um “site de uma única empresa por meio do qual são vendidos produtos ou serviços. Ela pode pertencer ao fabricante (por exemplo, *geappliances.com*), a um varejista (por exemplo, *walmart.com*), a pessoas físicas que vendem a partir de suas casas, etc.” (TURBAN, 2004, p.37).

O Comércio Eletrônico tem se tornado, a cada dia, mais expressivo e fundamental para a sobrevivência das empresas, tanto prestadoras de serviço como de venda de produtos tangíveis ou não, frente à concorrência. É importante que a empresa adote um modelo de negócios para melhor passar suas informações.

O mercado digital cresce em média 24% ao ano, mesmo em épocas de crise (ALINE, 2015). Esse novo modelo de mercado cresce, em razão do surgimento das novas e diversas demandas dos atuais consumidores, “Querer é poder. E quando existe demanda, a oferta não demora a aparecer” (BAUMAN, 2007, p. 28). A economia busca satisfazer os mais diversos desejos e exigências, desse atual perfil de cliente volúvel, “O mercado não sobreviveria caso os consumidores se apegassem às coisas. Para sua própria sobrevivência, não pode tolerar clientes comprometidos e leais ou que apenas se mantenham numa trajetória consistente e coesa que resista a desvios” (BAUMAN, 2007, p. 48).

A Internet e seus serviços têm criado um novo espaço para a concretização de negócios. Esse novo ambiente tem fornecido para os agentes econômicos, tanto para as empresas como indivíduos, canais alternativos para trocar informações, comunicar, transferir diferentes tipos de produtos e serviços e começar transações comerciais.

Por meio do uso de softwares navegadores como o Microsoft Internet Explorer, um usuário pode visualizar páginas em hipertexto estáticas ou dinâmicas, contendo imagens, documentos, som, vídeos e animações, proporcionando assim uma maneira efetiva de comunicação (MENEZES, 2002).

Através do desenvolvimento de websites e das redes sociais, pode-se criar catálogos eletrônicos de produtos, obter informações de clientes sobre os produtos, obter dados sobre as necessidades dos clientes, criar formulários eletrônicos de pedidos de produtos, além de enviar notícias periódicas sobre seus produtos utilizando o e-mail pessoal de cada cliente cadastrado.

A Internet por ser uma rede com infraestrutura predominantemente pública, de fácil, livre acesso e baixo custo, aceita que pequenas empresas possam trocar informações eletrônicas com seus parceiros ou fornecedores utilizando relatórios. Assim, as empresas perceberam que poderiam usar esta infraestrutura de baixo custo para ajudar nos processos de comunicação internos. Cada departamento ou setor dentro da empresa tornava-se cliente ou fornecedor de informações e produtos para outros departamentos, passava-se a ter um comércio eletrônico interno ou privado à organização (MENEZES, 2002).

Um modelo de negócios apresenta o conteúdo, estrutura e governança das transações desenhadas para criação de valor através da exploração de novas oportunidades de negócios. Um modelo de negócios é um método de fazer negócios por meio do qual uma empresa se sustenta, por conseguinte, gerando receita. O modelo de negócio decifra a maneira como a empresa faz dinheiro, citando onde está posicionada na cadeia de valor (YOSHIDA, 2015).

O Comércio Eletrônico, modelo citado acima, “favorece novas formas de obtenção de ganhos de competitividade nos negócios, interferindo na cadeia de valor adicionado a produtos e serviços dirigidos ao consumidor ou em transações entre empresas”. A visão do Comércio Eletrônico, como qualquer tipo de apoio de transações comerciais por meio do uso de infraestrutura digital, tem o benefício de englobar uma gama variada de utilizações da Web para beneficiar ou impulsionar transações comerciais (DINIZ, 1999).

Assim, o comércio eletrônico pode trabalhar como instrumento de promoção (pré-venda), como novo canal de vendas de fato ou de atendimento ao cliente (pós-venda). Pode gerar economia na realização de transações e redução do ciclo de desenvolvimento dos produtos. A sua implementação deve gerar um aprendizado organizacional e tecnológico indispensável para a sua aplicação efetiva. Além disso, acredita-se que o comércio eletrônico ainda propicia o desenvolvimento de novos produtos e de novos modelos de negócio (DINIZ, 1999).

Os avanços tecnológicos acarretam a expansão e popularização de aparelhos eletrônicos, possibilitando ao setor empresarial expandir seus negócios através do meio virtual, de maneira a atingir os mais variados perfis de consumidores, de forma mais eficiente e rápida para suprir as suas necessidades, expectativas e desejos.

A empresa é uma instituição dotada de poder, sua atuação traz impactos para além da ordem econômica, pois reflete também na esfera social, ambiental e política. Especificadamente os negócios virtuais acarretam impactos positivos e negativos às empresas e aos consumidores dessa nova era tecnológica.

2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS NEGÓCIOS VIRTUAIS

Atualmente, a tecnologia veio agregar facilidades e funcionalidades ao mundo contemporâneo, possibilitando que os negócios no meio virtual, antes restrito às barreiras físicas, fossem

direcionados para o modelo virtual da internet, em que é grande a multiplicidade de ideias, a diversidade de experiências, inclusive ampliando a realidade para além das fronteiras nacionais, permitindo o intercâmbio com culturas e idiomas completamente diferentes. Nesse sentido, as empresas precisam direcionar os seus esforços e se adequarem à nova realidade, conservando-se focadas nas mudanças promovidas pela sociedade, que agora se estende para o fim virtual.

A visão conservadora de mercado aos poucos foi se dissolvendo pelo vasto cartel de oportunidades que o novo mecanismo de vendas proporcionava tanto para os clientes quanto para os investidores. Como atrativo para compras on-line, as empresas investiram em preços competitivos e na possibilidade de parcelar em várias vezes os produtos comprados, aumentando a importância dos negócios no meio virtual.

“Os negócios na internet têm algumas vantagens e também desvantagens (ou limitações) em relação aos negócios convencionais” (COSTA, 2010). Tem-se como vantagem básica a comodidade, quebra dos obstáculos de tempo e distância das transações de compra e venda. A personalização do sistema de acordo com as necessidades do cliente, formas de pagamento diferenciadas, perfis de consumo que tem como resultado um aperfeiçoamento do atendimento às diferentes características de clientes, preços competitivos pelos consumidores e ainda diminuição de custos operacionais (estocagem e funcionários) para as empresas.

O rompimento dos obstáculos do tempo e distância acontece porque, para realizar uma compra através da internet, o consumidor precisa apenas de um computador, *notebook*, *tablet*, *smartphone*, *iphone* ou outros dispositivos conectados na rede, não tem a necessidade de ir até a loja física, bem como existe a possibilidade de fazer compras de produtos disponíveis para venda em outro país.

A customização dos sistemas às precisões do cliente e os variados perfis de consumo estão conexos, são alternativas de recomendar aos consumidores sobre algo pertinente ao que eles têm habitualidade de comprar, isso é possível ser realizado por meio de inteligência artificial e registros anteriores de compras e acesso aos sites, promovendo assim um melhor atendimento.

As vantagens dos negócios no meio virtual retornam tanto para o cliente quanto para os empreendedores, isso acontece porque as vantagens para os clientes são em razão da própria natureza do negócio na internet, por exemplo, a necessidade social de comunicação, fácil acesso e maior alcance das informações disponibilizadas pela internet. Os benefícios para os fornecedores relacionam-se às novas chances de ampliação dos mercados e maior alcance do público alvo.

Por meio dos negócios na internet os clientes se tornaram donos de suas próprias informações, a oferta ao consumidor se torna mais atrativa e inteligente, pois está presente onde o cliente gosta de se divertir, em seu local de trabalho, onde ele estiver, acrescentando benefício e praticidade, deixando-o à vontade para prestar atenção ou não no conteúdo. Ele pode comparar, refletir, tirar dúvidas e em alguns cliques realizar uma compra sossegado, sem a sensação de invasão de sua privacidade (NETO, 2009).

As vantagens aos consumidores são inúmeras, notadamente na economia de tempo, praticidade, comodidade, formas de pagamentos diferenciadas e acessíveis, facilidade de comparar produtos, preços e marcas, opção de ter um amplo e variado catálogo de produtos e serviços, conforto e tranquilidade para fazer compras onde, quando e como quiser, não tendo que enfrentar filas ou lidar com vendedores inconvenientes.

Para determinadas empresas, os benefícios da participação ativa de uma marca nas redes sociais são vários, tais como: expor a marca em um ambiente digital com grande audiência, en-

tender hábitos e atitudes dos seus consumidores, relacionar-se com seu público, adiantar tendências de mercado e gerar aumento das vendas. Dentre outras vantagens para as empresas, podemos citar, ainda, o estoque baixo, estrutura de funcionário enxuta, vitrine virtual exposta 24 horas e 365 dias ao ano na rede, marketing virtual eficiente e mais barato, despesas diárias menores, entre outras.

É muito importante que os gestores estejam informados dos novos rumos que o mercado global está tomando, fazendo parte deste fenômeno, as empresas têm muito mais oportunidades de continuarem em postos de ênfase, competindo em um mercado dinâmico e lucrativo.

Mas como nem tudo são vantagens, adiante serão analisados os obstáculos e problemas dos negócios na internet. Os impactos negativos dos negócios virtuais estão ligados a desvios da função social da empresa.

As lojas virtuais não diferem muito das lojas físicas quando se focaliza no consumidor. Esse sempre espera ser bem atendido e encontrar o que anseia, seja onde estiver. Assim sendo, as lojas virtuais precisam ter sistemas objetivos e céleres para que a compra seja completada com sucesso. O consumidor, embora não seja atendido por pessoas, vai interagir com o sistema de compras que também deve levá-lo a finalizar a transação da maneira mais agradável, breve e fácil possível.

Nesse novo campo comercial, nem tudo são benefícios, as lojas virtuais têm algumas desvantagens, dentre elas, estão problemas logísticos, referentes a falhas no prazo de entrega ou entrega de produtos defeituosos, devido à falta de cuidado no manuseio do material, embalagens inadequadas ou no mau gerenciamento no transporte, o que acaba provocando perdas e transtornos aos clientes.

Existem outros problemas entre empresa e consumidor, a título de exemplo, o cliente paga, mas o fornecedor não entrega; o cliente efetua o pagamento, mas o fornecedor entrega mercadoria errada, danificada ou sem qualidade; ou ainda, o fornecedor entrega, mas o cliente se nega a pagar.

A liberdade na internet também traz desvantagem para a empresa e uma vantagem para o consumidor, referente ao encorajamento do consumidor de expor sua opinião sobre a empresa e seus produtos e serviços ofertados, possibilitando, em caso de não satisfação da compra, ao consumidor denegrir a imagem da empresa com maior visibilidade, esteja ele com a razão ou não. Nesse sentido, é preciso responder ao máximo cada consumidor que entra em contato com a empresa através da internet, pois um retorno eficiente e rápido aos clamores dos clientes desenvolve uma relação de credibilidade, segurança e confiança.

Atualmente, à medida que as empresas se tornam cada vez mais digitais, ou condicionadas dos canais digitais, elas passam a ter de encarar desafios com relação à segurança da informação. Segundo Albertin (2012), os principais pontos fracos na segurança da informação são a monitoração, a identificação da informação, o critério de disponibilização e a política de privacidade. Com relação aos responsáveis pela violação das informações, segundo o autor, 9% são fornecedores e prestadores de serviço, 35% são funcionários da própria empresa, 25% de origem não identificada, já 2% são concorrentes, 17% são hackers, e 12% são outros.

Dentre as desvantagens dos negócios concretizados virtualmente, os problemas referentes à segurança, são considerados dos mais sérios, pois em qualquer compra efetuada através de uma loja virtual faz-se necessária a transmissão de dados financeiros e pessoais dos consumidores, podendo acarretar graves problemas se os sistemas operacionais das empresas não forem projetados e focados na segurança.

Existem também os custos extras de implementação dos sistemas computacionais que uma loja convencional não teria, nesses custos adentram os gastos com programadores, projetistas, web designers, auditores de segurança, entre outros profissionais necessários para afiançar um serviço à altura dos serviços de vendas convencionais (COSTA, 2010).

A intensa corrente de informações e a usabilidade da internet consente que os clientes apresentem milhares de acessos a negócios virtuais em um simples click no mouse, desse modo, se ele não obtiver êxito rápido em sua procura ou tiver problemas para concluir a sua compra, velozmente ele acessará o concorrente.

Outro grande problema ocasionado pelos negócios virtuais é o endividamento dos consumidores. Conforme aponta pesquisa do SPC BRASIL, “41% dos brasileiros que compram por impulso estão inadimplentes”, segundo a mesma pesquisa, “36% dos consumidores fazem compras para aliviar o estresse” (BRUNO, 2015). Isso ocorre quando “o pensamento e a ação das pessoas forem dominados pela evidência da carência material” (BECK, 2011. p. 24). O meio virtual é muito propício para o endividamento em razão da busca momentânea de prazer emocional e principalmente pela facilidade no acesso aos sites de compras que apresentam irresistíveis promoções, que embora as empresas com estrutura física ofereçam as mesmas condições de ofertas, o fato de ter que se deslocar até elas o cliente acaba por resistir à compra.

Além das desvantagens ao consumidor citadas alhures, pode-se citar, ainda, ataque de vírus, a não autorizada renovação automática de serviços, carência de atendimento personalizado, ou seja, carência de contato humano, comunicação inadequada e confusa, dificuldade na troca de produtos, produto diverso da imagem original do site, entre outros.

Em virtude dos problemas, desencadeados pelo surgimento e surpreendente crescimento dos negócios virtuais, fez-se necessária a adaptação das regras consumeristas de acordo com as peculiaridades da própria natureza do negócio por internet. Fábio Ulhoa Coelho (2006, p.42) leciona que, “a circunstância de a venda ter se realizado num estabelecimento físico ou virtual em nada altera os direitos dos consumidores e os correlatos deveres dos empresários”. Nas relações de consumo virtual e suas possíveis lacunas existentes, aplicar-se a, no que couber, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), e utilizar-se a, ainda, como suporte, demais legislações específicas de acordo com cada caso concreto.

Aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas compras e vendas realizadas pela internet, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

PROCESSO CIVIL. **DIREITO DO CONSUMIDOR**. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. **COMPRA E VENDA REALIZADA PELA INTERNET**. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NÃO ENTREGA DO PRODUTO E NEM DEVOLUÇÃO DO DINHEIRO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DESRESPEITO AO CONSUMIDOR. DANO MORAL DEVIDO. QUANTUM. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. **Aplica-se ao caso em tela os comandos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor** -, artigos 2º e 3º, uma vez que a autor e o réu enquadram-se, respectivamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor [...].

TJ-DF - ACJ: 20130111154766 DF 0115476-63.2013.8.07.0001, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 17/03/2015. Grifo nosso.

E ainda, visando à plena tutela ao consumidor diante das mazelas peculiares do ambiente negocial virtual, passou a exigir uma legislação moderna sobre essa relação de consumo via rede mundial de computadores, então, em 2013 nasce o Decreto nº. 7.962, que regulamenta o CDC, para dispor a respeito da contratação no comércio eletrônico.

Essa proteção é importante porque o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo conforme esculpido no artigo 4º, I, do CDC, e quando é realizado via Internet essa fragilidade tende a se agravar, pois o poder das informações sobre os produtos e serviços concentra-se somente nas mãos do fornecedor.

É pertinente esclarecer que o comércio virtual ou eletrônico deve se orientar, não apenas as regras de responsabilidade, deveres e direitos, impostas pela legislação consumerista, conforme demonstrado acima, mas também, deve se atentar ao cumprimento da função social/solidária da empresa nos negócios virtuais.

A concorrência pela atenção dos clientes desencadeou uma exploração crescente de tecnologias para elevar a sofisticação nos recursos interativos dos sistemas dos negócios virtuais. Este aprimoramento na qualidade dos sistemas aumenta a complexidade de seu crescimento e manutenção, portanto exigindo maior quantidade de recursos financeiros, o que exige da empresa um maior comprometimento que só se justifica se tiver um retorno com aumento dos lucros, mas sem deixar de se atentar ao cumprimento da sua função social/solidária.

3 FUNÇÃO SOCIAL/SOLIDÁRIA DA EMPRESA E SEUS REFLEXOS NOS NEGÓCIOS VIRTUAIS

O Princípio da Função Social foi redefinido na Constituição Federal de 1988 com o advento do princípio da função social da propriedade, no sentido de ser resguardado o direito de propriedade e o direito da livre iniciativa¹, contudo, necessita-se o respeito à função social. O direito de propriedade é arrolado no artigo 5º XXII da CF/88 em que "é garantido o direito de propriedade", que engloba todos os bens da empresa, não somente os materiais, mas também os imateriais (aqui se aplicam, por exemplo, os estabelecimentos virtuais). Dessa forma, a empresa sendo virtual ou não, deve cumprir sua função social/solidária para não ter seu direito de propriedade restringido.

A função social da empresa é o corolário de uma ordem econômica que, embora composta por vários princípios, possui o intento comum de garantir a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Daí afirmar-se que a empresa tem responsabilidades perante a sociedade como um todo, ou seja, deverá ser responsável e exercer suas atividades com preocupação com o interesse social (sua finalidade).

Neste sentido, Santiago e Medeiros (2017, p. 111-118), afirmam que:

Na contemporaneidade as empresas não devem ser exclusivamente corporações interessadas tão somente no lucro, mas instituições sociais, e, conseqüentemente, há uma ligação entre sociedade e empresa, que tem por base o crescimento econômico aliado ao crescimento social. Esses alicerces, quando empregados de modo correto pelas empresas, auxiliam no desenvolvimento humano, alcançando de forma positiva o princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Dentro da óptica da função solidária, é possível inferir que as organizações empresariais podem interferir diretamente na sociedade, através de suas habilidades do poderio econômico e político, passando a se ocuparem também pelas dificuldades sociais, ambientais, culturais, com potencialidade para o desenvolvimento de ações passíveis de serem aplicadas para possibilitar uma vida digna para a população na qual está inserida.

¹ Segundo Rachel Sztajn (2004, p. 60): "A liberdade de operar nos mercados (livre iniciativa) tem que ser garantida por normas para que as relações entre agentes do e no mercado atendam aos interesses da sociedade no sentido que Sunstein considera fazer justiça social em mercados livres" (grifos no original).

A empresa desempenha um papel essencial, nesse sentido, na qualidade de “combustível da economia do país, não deve ficar limitada ao seu fim primordial que é a busca pelo lucro, mas possuir vetores de atuação voltados às necessidades sociais, conforme sua capacidade, seja no âmbito local, seja em maior abrangência” (PAYÃO; SANTIAGO, 2016, p. 252).

A ideia de função social da empresa decorre da previsão constitucional sobre a função social da propriedade, previsto no art. 170, inc. III. Estendida à empresa, a ideia da função social da empresa é de grande influência prática na transformação do direito empresarial brasileiro. É o princípio norteador da regulação interna e externa dos interesses abarcados pela grande empresa. Seu alcance pode ser sentido em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 17).

Lopes (2006, p. 123; 198) afirma que toda a construção acerca da função social do contrato e da propriedade se aplica inteiramente à função social da empresa que se compõe em um aspecto dinâmico do direito de propriedade.

Contudo, o reconhecimento do direito de propriedade só se fará verdadeiro enquanto atender a função social a ele inerente. Haja vista que a propriedade não é um direito isolado, absoluto ou irrestrito, mas uma relação social que tem por função gerar desenvolvimento humano, social, econômico e sustentável, ou seja, assegurar uma existência digna. Mas para isso deverá cumprir simultaneamente os critérios e exigências estabelecidos em lei, conforme amparo Constitucional Brasileiro de 1988, em seu art. 186 *caput* e incisos.²

Nessa ótica, Matias e Mendes (2016, p. 17) expõem que:

Alcança-se modernamente, portanto, o entendimento de que o princípio da função social da empresa, de natureza constitucional, por ser corolário do princípio da função social da propriedade, deve não mais ser vislumbrado como norma programática despida de qualquer eficácia, como se proposição ética fosse, mas sim como verdadeiro princípio jurídico que, como tal, tem aplicabilidade imediata, e cujo conteúdo consiste, sobretudo, na percepção da empresa como instrumento não só do alcance dos interesses individuais dos sócios, mas da persecução de objetivos socialmente relevantes, que têm implicações nas relações internas e externas da empresa.

A função social da empresa diz respeito às obrigações para com os empregados e consumidores, atividades que dizem respeito igualmente à sociedade, vez que motivam diversas externalidades. Frisa-se, ainda, que os princípios da ordem econômica, previstos no art. 170 CF/88,³ estão conectados à função social da empresa, alargando os interesses que devem ser resguardados e atendidos por meio da atividade empresarial (LOPES, 2006, p. 123; 198).

Maria Helena Diniz (1998, p. 613) traz a definição de função social da empresa como: o “exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum”.

² Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal.

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente [...]; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte [...];

Para se determinar a efetiva função social da empresa, é preciso considerá-la não somente como atividade restrita à busca do lucro e a favor do interesse do empregador, mas também como ente jurídico, cuja funcionalização está cada dia mais representada pelo atendimento de interesses comunitários. Desse entendimento, decorre que a propriedade não atende seu fim social quando sua destinação é conflitante com o interesse coletivo. A empresa está inserida na ordem econômica, como agente organizador da atividade produtiva, gestora das propriedades privadas, consideradas aquelas na fase dinâmica relativa aos bens de produção (CASTRO, 2008, p. 160).

Conforme bem leciona, Vera Helena de Mello Franco (2015, p. 231-232):

[...] a empresa realiza sua função e tem utilidade social quando atua eficientemente possibilitando melhor locação de recursos e gerando riquezas. Com este teor a utilidade social está expressa no resultado da atividade criando postos de trabalho, tributos, riquezas e, desta forma, contribuindo para o bem estar coletivo. [...] a noção de justiça social perante a função social da empresa, objeto do nosso tópico, comunga da ideia de gestão eficiente criando utilidades para o mercado e, destarte, contribuindo para o bem estar coletivo.

A função social da empresa alude a um dever social que impõe uma harmonia entre interesse particular e o coletivo, sem, é claro, abduzir de seu escopo lucrativo, inerente à instituição e sem a qual estaria falida.

A função social da empresa determina que a exploração da propriedade não interessa somente ao seu titular e, tampouco, destine-se apenas à busca desenfreada do lucro. Na verdade, determina que os interesses e exercícios decorridos da atividade empresarial devem projetar-se na vida em sociedade, atingindo empregados, fornecedores, fisco e meio ambiente, entre outros. Esta funcionalização ocasiona a superação do caráter individualista, devendo o direito individual do seu titular coexistir com a função social do instituto.

Cristiano Chaves expõe alguns tipos de desdobramentos da função social: no âmbito da aplicação da função da empresa nas atividades internas entre sócios, entre sócios e empregados são: Direito de minoria vencida na mudança estatutária das fundações, art. 68 CC; Participação de empregados nos lucros da empresa. Já na aplicação da função social da empresa nas atividades externas são: Proibição de concorrência desleal Lei antitruste; Proteção do consumidor; Proteção do meio ambiente; meia entrada de estudante (CHAVES, 2010, p. 19-20).

A empresa tem, então, duplo papel, uma vez que serve ao empregador, mas também às necessidades sociais, desempenhando seu papel produtivo em benefício de toda a coletividade (CASTRO, 2008, p. 85). A função social da empresa opera não sobre os fins empresariais (benefícios e lucros), mas sim sobre os meios empregados para alcançá-los.

A função social da empresa tem a intenção de torná-la responsável socialmente, diante das obrigações que lhe atribui a ordem constitucional econômica. Ocorre que essas obrigações não são atingidas quando a empresa se restringe apenas a não prejudicar a sociedade. O cumprimento da função social não diz respeito somente à ausência de prejuízos, mais do que isso, demanda a existência de benefícios sociais.

Os Tribunais têm proferido decisões sobre o dever e a importância de atender a função social da empresa.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVIDADE EMPRESARIAL VOLTADA À EXECUÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS. LICITAÇÃO. REGRA EDITALÍCIA A QUAL IMPÕE A APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PREVISÃO CONTIDA NO ART. 31, INCISO II, DA LEI N. 8.666/1993. **PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA** (ART. 47 DA LEI N. 11.101/

2005). COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA-FINANCEIRA QUE PODE SER AFERIDA POR OUTROS ELEMENTOS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EXIGÊNCIA AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. [...]. **Os princípios da função social da empresa e da preservação da empresa devem ser aplicados ao caso, uma vez que as sociedades empresariais cumprem importante função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, bem como ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que está inserida**

TJ-SC - REEX: 03098919820168240023/ Apelação Cível. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Julgamento: 22/08/2017, 2ª Câmara de Direito Público - Grifo nosso.

Depara-se com outra decisão, senão vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DOENÇA INCURÁVEL. REINTEGRAÇÃO. **FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**. - Em observância ao princípio da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (art. 170, III e VIII, CF/88), **deve a empresa assumir posição de agente transformador da sociedade**, coibindo ações que possam prejudicar, além de seu público, os seus empregados, que também fazem parte da mobilização empresarial.

TRT-19 - RECORD: 1805200200119003 AL 01805.2002.001.19.00-3, Relator: Pedro Inácio, Data de Publicação: 28/11/2007. Grifo nosso.

Função, da maneira como a que se atribui à empresa, corresponde ao “poder de dar ao objeto destino determinado, vinculando-o a certo objetivo” (COMPARATO, 1990, p. 32). A função social da empresa, extraída do princípio da função social da propriedade, redundando em limitação da livre iniciativa. A Carta Constitucional de 1988 consagra, em seu artigo 170, a livre iniciativa privada, entretanto, não se pode valer do pretexto do seu exercício, para acarretar lesão à coletividade, pois a função social da empresa determina que haja uma ponderação da livre iniciativa.

O TRT 1º Região - RJ manifestou que:

A livre iniciativa é fundamento do Estado Democrático de Direito, e sua coexistência com o valor social do trabalho, no inciso IV, do art. 1º da Constituição, revela que a atuação da empresa deve ser norteada pela finalidade social, pois o lucro não é um fim em si mesmo ou bem que se possa alcançar abstratamente, uma vez que, como todas as coisas humanas, deve retirar a sua matéria da sociedade, que institui a convivência entre os homens e orienta-se pela realização do progresso e bem estar da coletividade (BRASIL, TRT-1 RJ - RO 00679007620045010302).

Embora haja inúmeras normas positivadas no sentido de estabelecer uma postura em consonância com a função social da empresa, previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988, tais sejam, os artigos 1º, 5º⁴, 170 e 186, bem como os artigos 421 e 1228 do Código Civil. Espera-se que o gestor, no desenvolver de suas atividades empresariais no ambiente eletrônico, opere em conformidade com os princípios da boa-fé objetiva, informação, transparência, confiança e ética que são plenamente aplicáveis como basilares da conduta nas relações de consumo virtual.

A função social originária da ética jurídica demanda dos indivíduos, individualmente vistos como cidadãos, a mudança de comportamento em prol da solidariedade, incorporando, pois, valores instituídos a partir do valor-fonte da dignidade humana, humanísticos princípios éticos formados e instruídos desde os primórdios da civilização humana.

O grande benefício da função social, nesse sentido, é o alto valor reconhecido à existência individual do outro, introduzindo-o de fato numa unidade de cooperação social. Essa cooperação torna a sociedade não o plural do singular homem, mas a pluralidade na sua solidariedade, coesão

⁴ Art. 5º inc.XXII, CF/1988. “é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

e unidade internas e externas produzidas para o objetivo comum (CARDOSO, 2010). A solidariedade que aqui se sugere é um direito fundamental que encerra ao indivíduo disposição para algo que lhe é extrínseco.

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, a ideia de função solidária foi impregnada em todo texto constitucional, dedicando, logo no seu art. 3º, os objetivos da República Federativa, que consistem na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na redução das desigualdades sociais. Na atual conjuntura, a Constituição Federal estabelece que os indivíduos se auxiliem mutuamente, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dever de todos, Estado e cidadãos, ou seja, cada um fazendo sua parte em prol do bem comum.

E é essa a proposta da solidariedade: calibrar o direito e as instituições por ela reguladas à consumação plena do valor da dignidade, pois já não era cedo quando o intérprete da norma jurídica compreendeu que a mesma não poderia continuar a se distanciar dos problemas sociais, isso porque o direito foi instituído para acolher os interesses individuais, coletivos e difusos, de forma compatibilizada, e não o oposto (CARDOSO, 2010, p. 101).

Versando a solidariedade como possível saída para uma sociedade desigual e injusta, mediante a consideração do valor absoluto da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, dos preceitos de justiça distributiva e social (CARDOSO, 2010, p.1).

Nesse sentido, o princípio da solidariedade nasceu como uma cobrança do próprio bem comum, que não pode ser largado de lado ao livre jogo de interesses, nem à vontade dos indivíduos.

O princípio da solidariedade introduziu na ordem jurídica um sistema de ideias baseado no respeito pela dignidade humana, a qual compõe o núcleo essencial dos direitos fundamentais, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana, e não outro, é o epicentro do projeto solidarista, inscrito justamente nos princípios constitucionais fundamentais (CARDOSO, 2010, p. 25).

Ao atribuir, ao Estado e a todos os membros da sociedade, a responsabilidade de estabelecer uma sociedade solidária, mediante os ditames de justiça distributiva e social, a ordem social democrática agregou um novo valor aos já existentes. Estabelecendo natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível de exigibilidade (MORAES, 2003, p. 167-190), tanto que a Constituição Federal fixou também, como objetivo, a necessidade de erradicação da pobreza e da marginalização social, entre outras disposições (art. 3º, III, da CF/88).

Não se trata a solidariedade, enfim, de uma obrigação à liberdade individual, mas sim de um valor focado no também valor da dignidade humana, que apenas será alcançado por meio de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade (CARDOSO, 2010, p. 94).

Afinal, o plano de uma sociedade livre, justa e solidária contradiz a lógica da competição desmedida e do lucro desenfreado, adquirindo, então, um aspecto de cooperação, responsabilidade social, igualdade substancial e justiça distributiva e social.

O princípio da solidariedade, pois, antes de ser princípio, guia o direito em um sentido de valor, despontando que o reconhecimento da dignidade é uma maneira de preservação da vida e da liberdade com igualdade, e nesta lógica, preceitos como justiça, ética e valor da pessoa humana compõem a base fundamental para que o direito se transforme, de fato, em fator de transformação (CARDOSO, 2010, p. 100-101).

Tal princípio ingressa no sistema jurídico como uma forma de conferir significado ao próximo, correlacionando-se, pois, a um modo de despertar a intencionalidade humana em reconhecer a existência do outro, porque dirige o comportamento à consciência perceptiva do seu ambiente social (MERLEAU-PONTY, 1984, p.12-18).

Sugere ações e persuade condutas, de maneira instintiva, haja vista que os impulsos e as atitudes particulares devem também ser interpretados como uma obrigação, precisamente voltado a tornar mais equânime o ambiente social. O princípio da solidariedade é um meio capaz de reforçar a efetividade do direito social.

A noção de solidariedade é fundamental à própria ordem social, é a ideia de justiça inseparável da ideia de consciência e função social.

A solidariedade está voltada ao conceito de justiça social, na qual o direito é referido à sociedade, procurando construir uma noção de justiça própria, inédita, irredutível às abordagens do direito moderno e do direito clássico (FARIAS, 1998, p. 58).

A justiça social protege a luta contra as regalias, exaltando a dignidade humana no sentido de fazer com que cada um coopere para o desenvolvimento, em todos os seus aspectos, da comunidade, conduzindo o direito positivado à função de compensar a atividade e os interesses dos vários setores (AMARAL, 2000, p. 17-18).

A solidariedade tem por atributo reunir as pessoas no aspecto do bem-comum, dizendo respeito à relação de todas as partes de um todo social (COMPARATO, 2006, p. 577). Sob essa ótica pode ser abarcada como um fato social que dá razão à existência do ser humano no mundo, como benefício ético para que uma pessoa reconheça na outra um valor irrestrito ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda, como resultado pragmático para evitar lesão a outrem, a si mesmo e à sociedade (MORAES, 2003, p. 167-190).

O bem comum, elemento mais alto da virtude justiça, representa, pois, uma ordem proporcional de bens em sociedade, de modo que o Direito não tem o fim exclusivo de realizar a coexistência das liberdades individuais, mas sim o fim de conseguir a coexistência e a harmonia do bem de cada um com o bem de todos (REALE, 1998, p. 310).

A solidariedade tornou-se expressiva da evolução do Direito Privado não restringindo a limitação de sua evolução, não circunscrevendo a limitação dos direitos privados pelo Direito Público, mas, também, insinuando-se na compreensão do direito de propriedade, das relações contratuais inter subjetiva se, ainda, no direito empresarial, sem esquecer-se da economia social de mercado, hoje imbuída de garantir a todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da CF/88) (CARDOSO, 2010, p. 102-103).

Há no discurso de solidariedade, uma abordagem que almeja dizer abertamente que não se pode pensar no direito fora dos interesses sociais, pois a partir da constatação de que o direito existe em função da civilização humana, a essência da experiência jurídica deve ser procurada numa lógica de complexidade da trama social, alertando-se neste aspecto que o direito de solidariedade faz parte de uma ação de afirmação do “nós” contra a pressuposição individualista e egoísta do “eu”.

Nessa linhagem, a função solidária da empresa agrega a função social, ressalta a essencial ação pró ativa da empresa com aspectos humanos, por meio de aquisições em áreas distintas da meramente lucrativa, a função solidária da empresa propaga exatamente o ligamento dos conceitos de solidariedade ao lado da função social da empresa.

Pode-se dizer que, cumprir a função social/solidária da empresa nos negócios virtuais também é relacionado ao fornecedor agir com ética, sendo essa considerada por Silveira e Ribeiro (2015) “conteúdo orientador da responsabilidade empresarial e desdobramento da função solidária”.

Nas relações de consumo virtual, o consumidor está em situação de vulnerabilidade. As lojas virtuais, para manter sua credibilidade e obterem a estabilidade no comércio eletrônico, devem buscar conquistar a confiança dos clientes, por meio da observância às normas de boa conduta, equilíbrio contratual, colaboração, respeito às leis consumeristas e aos consumidores enquanto pessoas de direito e agentes econômicos. (SILVA; SANTOS, 2013).

Muitas empresas virtuais, visando o cumprimento da função social/solidária nos negócios eletrônicos, implantam em seus sites uma parte destinada para qualificação de vendedor, comprador, produtos e serviços, com a finalidade de conquistar confiança, transparência e segurança nas compras, como forma de evitar induzir o cliente ao erro e gerar inúmeros transtornos.

Nessa mesma visão, a empresa virtual socialmente e solidariamente responsável e preocupada com o futuro do país é aquela que mantém um padrão de qualidade ético e confiável, atendimento ao consumidor com eficiência e clareza, entrega rápida, boa qualidade dos produtos. Bem como não implantar estratégia de obsolescência programada, utilizar sua estrutura virtual para disseminação e conscientização dos consumidores sobre temas relevantes como (preservação do meio ambiente, saúde, não violência, não uso de drogas, oportunidade de emprego, entre outras) e, ainda, compartilhar conhecimentos tecnológicos para contribuir para o desenvolvimento da humanidade.

Um exemplo de empresas que cumprem sua função solidária ao compartilharem seus saberes tecnológicos são as que vendem Impressoras 3D utilizadas para fabricação de próteses, algumas delas disponibilizam gratuitamente em sua plataforma digital sobre projetos de próteses, possibilitando qualquer pessoa que tem aptidão e vontade de fabricar próteses para seu uso ou para doações. Dentre elas, deparamo-nos com a empresa e movimento *E-nabling the future* (ou *E-nable*), que expõe a seguinte manifestação: “A ideia é colaborativa e tem como objetivo distribuir conhecimento para a produção de próteses infantis de baixo custo, a partir da tecnologia de impressão 3D” (PUPO, 2014). Essa iniciativa traz a reabilitação motora e psicológica e, acima de tudo, a dignidade das pessoas que utilizam as próteses.

Existem algumas lojas virtuais que cumprem sua função solidária, conforme citadas a seguir: a loja virtual (e-commerce) fundada por Lou de Olivier, onde tudo é vendido a preços bem acessíveis e grande parte dos valores arrecadados é doada a projetos filantrópicos e animais abandonados. A fundadora faz inúmeras publicações científicas de relevância mundial, dispensa direitos autorais de todos os e-books, por esse motivo os preços podem ser bem populares – a partir de R\$ 3,00 (DINO, 2017).

Existe, ainda, a Eco Choice, uma loja virtual de produtos Sustentáveis como roupas, sapatos, bolsas, materiais de decoração entre outros, todos feitos com materiais recicláveis, a loja tem escopo de proteção ao meio ambiente e disseminar o **consumo consciente** (NEGRI, 2010).

O princípio da solidariedade uniu o Estado e entes privados. Ao decidir a socialidade como uma intenção estatal, a Constituição de 1988 preferiu por conectar os cidadãos em uma sociedade onde todos têm o direito e o dever de cooperar para o bem do próximo.

As empresas tanto no meio tradicional, virtual ou mista, estão aderindo à função solidária, implantando planos de sustentabilidade, seja por real preocupação ao bem estar coletivo ou simplesmente pela onda do Marketing de sustentabilidade, visto que, segundo a pesquisa realizada pela “EcGlobal, 98% dos consumidores consideram importante que as companhias se preocupem

com o meio ambiente, [...] e 47% pagariam até 5% a mais em produtos sustentáveis” (MUNDO DO MARKETING, 2017).

Um exemplo de crescimento do faturamento após implantar ideais de sustentabilidade é a empresa Unilever, que também utiliza a internet a seu favor. Lançou, em 2010, o Plano de Sustentabilidade que tem como visão geral aumentar os negócios, diminuir o impacto ambiental e aumentar o impacto positivo na sociedade. As marcas da empresa com propósitos sustentáveis aumentaram mais de 60% do faturamento total da companhia. O Presidente da Unilever no Brasil reforça que “O crescimento das marcas com propósito comprova que inserir a sustentabilidade no coração do negócio não só é a melhor decisão, como se mostra o único caminho viável para as empresas que visam o longo prazo” (MIAMOTO, 2017).

Assim, a sociedade deve ser um ambiente de diálogo, cooperação entre pessoas, com individualidade, mas também visando um destino comum. Nesse aspecto, a Constituição Federal determina que os indivíduos se ajudem entre si, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, cabe a todos. Podemos perceber que o texto constitucional expressa uma vontade, uma ordem que deve ter suas ações para o atingimento de um estado ideal, uma finalidade a ser alcançada exclusivamente para sociedade, ou seja, o bem comum (CUNHA, 2014).

A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana, visto que a Constituição Federal de 1988 exige ajuda mútua, para uma sociedade livre, justa e solidária.

Enfim, as empresas virtuais também são responsáveis pela edificação do futuro da humanidade. Mesmo com a estrutura virtual, a empresa tem que cumprir a função social/solidária nos negócios virtuais, agindo com a verdade, respeito, boa-fé, ética, segurança e não visar lucro a qualquer preço. Deve visar o bem estar coletivo para garantir uma sociedade digna e justa para as presentes e futuras gerações.

CONCLUSÃO

A evolução tecnológica espalha seus efeitos nas mais diversas áreas e setores, notadamente, é um grande e eficiente instrumento no campo empresarial, possibilitando mais celeridade, facilidade, diversidade e rentabilidade nos negócios. A Internet criou uma revolução nos meios de comunicação global, alterou as possibilidades de se transacionar comercialmente em todo o mundo. A internet se tornou um verdadeiro diferencial no atual mercado competitivo e com ela surge o modelo de comércio eletrônico.

Com a finalidade de acompanhar o acelerado desenvolvimento tecnológico e expandir os negócios através do meio eletrônico, as empresas convencionais estão se adaptando e criando estabelecimentos virtuais para atender de forma eficiente e rápida os diversos perfis de consumidores da atualidade, suprimindo suas necessidades, expectativas e desejos.

As empresas virtuais favorecem a competitividade nos negócios e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico, mas em razão da natureza do próprio negócio acarreta vantagens e desvantagens para empresa e para o consumidor.

Pontuam-se algumas das principais vantagens dos negócios na internet para os consumidores, tais como a quebra de obstáculo de tempo e distância, formas de pagamento diferenciadas, preços competitivos, facilidade de comparar produtos, preços e marcas. Além, do conforto de fazer as compras onde, quando e como quiser, ainda tem a tranquilidade para comparar, refletir, tirar dúvidas, entrega em domicílio, entre outras. Para os empreendedores os benefícios são as

novas chances de ampliação dos negócios, obtenção de lucro, maior alcance do público alvo, estoque baixo, estrutura de funcionário enxuta, marketing virtual eficiente e mais barato, etc.

Nesse comércio virtual há também algumas desvantagens, como ataque de vírus, falha na segurança de dados, carência de atendimento personalizado, comunicação inadequada e confusa, dificuldade na troca, endividamento, problemas logísticos referentes a falhas no prazo de entrega ou entrega de produtos defeituosos, entre outros. Algumas das desvantagens estão ligadas a desvios da função social, por exemplo, a propaganda enganosa, negócios que impliquem desvio ético ou econômico com intuito de prejudicar terceiros.

A empresa tem sua importância no contexto social, visto que ocupa papel relevante nas sociedades capitalistas, uma vez que toda a economia é fruto de processo produtivo de natureza empresarial. A função social da empresa é um desdobramento da discussão sobre a solidariedade social, visto que a propriedade deixa de ser instrumento de satisfação apenas de seu titular e passa a ser analisada dentro do contexto social.

A função social da empresa alude a um dever social que impõe uma harmonia entre interesse particular e o coletivo, sem, é claro, abduzir de seu escopo lucrativo inerente à instituição e sem a qual estaria falida. A função social da empresa opera não sobre os fins empresariais (benefícios e lucros), mas sim sobre os meios empregados para alcançá-los.

Com o advento da Constituição de 1988, a ideia de função solidária foi impregnada no texto constitucional, dedicando, logo no art. 3º, os objetivos da República. Na atual conjuntura, o princípio da solidariedade uniu o Estado e entes privados, estabeleceu que os indivíduos, se auxiliem mutuamente, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais, é um dever de todos, cada um fazendo sua parte em prol do bem comum.

A função social estendida à atividade econômica passa a exigir da empresa liberdade de iniciativa, livre concorrência em conformidade com os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Não mais se admite uma atividade empresarial, sendo ela virtual ou não, desvinculada da função social, nem distante dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

A empresa virtual social e solidariamente responsável e preocupada com o futuro do país é aquela que mantém um padrão de qualidade ético e confiável, atendimento ao consumidor com eficiência, respeito e clareza, não induzir o cliente a erro, utilizar a estrutura virtual para disseminação e conscientização dos consumidores sobre temas relevantes. Ainda, a oferta de produtos e serviços de boa qualidade, não implantar estratégia de obsolescência programada, decisões pautadas em fins sustentáveis, compartilhar conhecimentos tecnológicos para contribuir para o desenvolvimento da humanidade.

Enfim, mesmo que as empresas tenham estrutura virtual, não as eximem do cumprimento da função social/solidária em seus negócios, as empresas são essenciais para o desenvolvimento econômico do país e não podem ser indiferentes à realidade cultural, educacional, ambiental, social em que estão inseridas, devendo ter uma postura ativa, cooperando valorosamente para a concretização dos direitos e objetivos constitucionais. As empresas virtuais devem ter uma estratégia de valorização da dignidade humana e justiça social, pois elas também são responsáveis por fomentar o desenvolvimento social do país, para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, A. **Comércio eletrônico**: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALINE, Naiane. UOL. **Negócios virtuais crescem 24% mesmo em tempos de crise**. 2015. Disponível em: < <http://atarde.uol.com.br/empregos/noticias/1685225-negocios-virtuais-crescem-24-mesmo-em-tempos-de-crise>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. **Lei nº 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. TJ- SC. REEX: 03098919820168240023 Capital 0309891-98.2016.8.24.0023, Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Data de Julgamento: 22/08/2017, Segunda Câmara de Direito Público) - Apelação Cível. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. TJ-DF - ACJ: **DF 0115476-63.2013.8.07.0001**, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 06/04/2015. Pág.: 214. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. TRT-1 RJ - **RO 00679007620045010302**. Rel. Rogerio Lucas Martins. Publicação: 16/07/2015. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/209966393/recurso-ordinario-ro-679007620045010302-rj>>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. TRT-19 -**AL 01805.2002.001.19.00-3**. Rel. Pedro Inácio, Publ. 28/11/2007. Disponível em: <<https://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8860303/recurso-ordinario-record-1805200200119003-al-0180520020011900-3-trt-19#!>>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRUNO, Vinicius. SPC BRASIL. **Pesquisas-compras por impulso**. 2015. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisas/filtro/tema/compras-por-impulso>>. Acesso em: 13 maio 2017.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da Solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CASTRO, Mariângela Conceição Vicente Bergamini de. **O princípio da função social da propriedade**: empresa. Dissertação (Mestrado em Direito) - UNIMAR, Marília - SP, 2008.

CHAVES, Cristiano. **Direito Civil/Função social da empresa**. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/6479608/_D._Civil_-_Apostila_de_Cristiano_Chaves>. Acesso em: 15 maio 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Rodrigo Fernandes da. **Internet e Negócios O que mudou?** Universidade de São Paulo. Instituto de Ciências Matemáticas e de Computação. 2010. Disponível em: <[http://wiki.icmc.usp.br/images/0/0d/SCC0207 - Graca_Grupo16Artigo.pdf](http://wiki.icmc.usp.br/images/0/0d/SCC0207_-_Graca_Grupo16Artigo.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CUNHA, Guilherme Oliveira. Função social da sociedade empresária: a importância da sanção para o cumprimento da função social. Centro Universitário Newton Paiva. Letras Jurídicas. 2014. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=146>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

DINIZ, Eduardo Henrique. Comércio Eletrônico: Fazendo Negócios por meio por meio da Internet. **RAC: Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 71-86, jan./abr. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v3n1/v3n1a05>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva. vs. 2-4, 1998.

DINO. Portal Terra. Loja virtual solidária, mais uma iniciativa de Lou de Olivier. Pub. 12 maio. 2017. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/dino/loja-virtual-solidaria-mais-uma-iniciativa-de-lou-de-olivier,0cc2f428df295c384e7da8c801ba9439lgbpw9h9.html>>. Acesso em: 10 maio 2017.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do Princípio da Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Função social e procedimento recuperacional: a função social sob novo enfoque Social. **Direito & Justiça: revista de direito da PUCRGs**, v. 41, n. 2, p. 225-237, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/21436>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARKER, Graciela. Informaticahoy. Crear la estrategia adecuada para una tienda virtual. 2017. Disponível em: <<http://www.informatica-hoy.com.ar/tiendas-virtuales/Crear-la-estrategia-adeuada-para-una-tienda-virtual.php>>. Acesso em: 08 jun. 2017.

MATIAS, João Luis Nogueira; MENDES, Davi Guimarães. A exclusão de sócio incapaz na sociedade limitada: análise à luz do princípio da função social da empresa. **Revista Jurídica da UNI7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 13-23, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/59>>. Acesso em: 02 out. 2017.

MENEZES, Hilton Alexandre Gil. **Um modelo de comércio eletrônico: estratégias de negócio-a-consumidor em pequenas empresas**. Dissertação (mestrado em Ciência da Computação). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/82329/267015.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O Visível e o Invisível**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1984.

MIAMOTO, Isa. SEGS. **Marcas sustentáveis impulsionam crescimento da Unilever**. Publicado em: 5 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.segs.com.br/demais/67154-marcas-sustentaveis-impulsionam-crescimento-da-unilever.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípio da Solidariedade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MUNDO DO MARKETING. Comportamento do Consumidor em relação à sustentabilidade. Disponível em: <<https://www.mundodomarketing.com.br/inteligencia/pesquisas/110/comportamento-do-consumidor-em-relacao-a-sustentabilidade.html>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

NEGRI, Guilherme Augusti. Eco Choice – Loja virtual de produtos Sustentáveis. Coletivo Verde, 2010. Disponível em: <<http://www.coletivoverde.com.br/eco-choice-loja-virtual-de-produtos-sustentaveis/>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

NETO, Guilherme. **Redes Sociais são responsáveis por 62% do tráfego na Internet**. Publ. 04/09/2009, Mundo do Marketing. Disponível em: <<https://www.mundodomarketing.com.br/reporgens/comportamento-do-consumidor/11077/redes-sociais-sao-responsaveis-por-62-do-trafego-na-internet-brasileira.html>>. Acesso em: 01 out. 2017.

OLIVEIRA, Cláudia Dias de. **Modelo de negócios inovadores, em plataformas virtuais e orientado para sustentabilidade**: uma abordagem do design como processo. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado de Minas Gerais, Escola de Design, 2014.

PAYÃO, Jordana Viana; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A função social e solidária da empresa no âmbito das relações de trabalho. **Nomos**: Revista da Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 36, n. 2, p. 243, 260, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/viewFile/2555/4563>>. Acesso em: 05 maio 2017.

PEREIRA, Susana Carla Farias; MAIA, Marta de Campos; SERIO, Luiz Carlos Di. **Modelos de negócios na economia digital**. 2002. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/marta_campos_maia_modelos_de_negocios_na_economia_digital.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2017.

PUPO, André. Projeto colaborativo oferece próteses infantis de baixo custo inspiradas em super-heróis. 2014. Disponível em: <<http://www.hypeness.com.br/2014/10/brasileiro-cria-protese-infantil-do-ben-10-com-ajuda-do-e-nabbling/>>. Acesso em: 11 jun. 2017

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RIDOFRAZ. **Brasil é o 4º país em número de usuários de internet**. Exame. Por Agência Brasil. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-4o-pais-em-numero-de-usuarios-de-internet/>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, Malheiros, v. 42, n. 132, p. 7-24, out./dez. 2003.

SALVADOR, Maurício. **Como abrir uma loja virtual de sucesso**. Rio de Janeiro: Gramma, 2010.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; MEDEIROS, Elisângela Aparecida De. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 02, n. 47, p. 99-122, 2017.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 21, p. 39-55, out. 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1294>>. Acesso em: 05 maio 2017.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira; RIBEIRO, Elenice Baleeiro Nascimento. Ética: conteúdo da responsabilidade corporativa e desdobramento da função solidária da empresa. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 16, p. 37-54, jan./dez. 2015.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**: Atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TURBAN, Efraim. **Comércio Eletrônico**: Estratégia e Gestão. Tradução Arlete Simille Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

YOSHIDA, Lêda Pena. Uma **análise das vantagens e desvantagens dos portais de compras coletivas sob a ótica do empreendedor**: Um Estudo MultiCasos em MPE's do Setor de Serviços. Dissertação (mestrado em administração) - Faculdade Campo Limpo Paulista - SP: FAC-CAMP, 2015. Disponível em: <http://www.faccamp.br/new/arq/pdf/mestrado/Documentos/producao_discente/LedaPenaYoshida.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2017.

Recebido em: 06 out. 2017.

Aceito em: 06 dez. 2017.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO DE FAMILIA EN LA POSICIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE EN EL ORDEN DE LLAMAMIENTOS EN LA SUCESIÓN AB INTESTATO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Alfonso Murillo Villar

Doutor em Direito. Professor Catedrático de Derecho Romano da Universidad de Burgos (Espanha).

RESUMEN: Este trabajo, soslayando cualquier otra pretensión genérica, se ciñe exclusivamente al análisis de un tema muy puntual pero grandemente revelador, cual es la influencia y repercusión del derecho de familia en el orden de llamamientos establecido por la ley en los supuestos de sucesión *ab intestato*. Y todo ello, desde el origen romano de la sucesión intestada hasta las más recientes legislaciones del derecho español, tanto común como foral o autonómico. Con ciertos altibajos, la situación del cónyuge supérstite o del conviviente en unión estable de pareja ha ido mejorando (“escalando puestos”) de forma progresiva, hasta el punto de que en las más recientes legislaciones se antepone su llamamiento al de los ascendientes del causante y se coloca inmediatamente después de los descendientes. Estamos, pues, ante un caso muy evidente de cómo la evolución del derecho de familia, su concepto, incide directamente en el derecho sucesorio.

PALABRAS-CLAVE: Derecho de familia; Sucesión intestada; Orden de llamamientos; Cónyuge viudo.

A influência do Direito de Família na posição do cônjuge supérstite na ordem de chamamento na sucessão ab intestato: evolução histórica

RESUMO: Este trabalho, evitando qualquer outra reivindicação genérica, limita-se exclusivamente à análise de um tópico muito específico, mas muito revelador, que é a influência e repercussão do direito da família na ordem de chamamento estabelecido pela lei em casos de sucessão *ab intestato*. E tudo isso, desde a origem romana da sucessão intestada até as legislações mais recentes da lei espanhola, tanto comuns como regionais ou autônomas. Com certos altos e baixos, a situação do cônjuge ou parceiro sobrevivente em um casal estável melhorou (“escalando posições”), ao ponto de que, na legislação mais recente, o seu chamamento preceda aos antepassados do falecido e é colocado imediatamente após os descendentes. Estamos, então, diante de um caso muito óbvio de como a evolução do Direito da Família, seu conceito, afeta diretamente o direito à herança.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da família; Sucessão intestada; Ordem de chamamento; Cônjuge viúvo.

The influence of Family Law in the position of the superstitute spouse in the order of heirs in the ab intestato succession: historical evolution

ABSTRACT: This study, laying aside any generic pretensions, limits itself exclusively to the analysis of a very specific, but immensely revealing topic, which is the influence and the repercussion of Family Law on the order of heirs, established in law for the circumstances of *ab intestato* inheritance. All of it, from Roman law on inheritance with no will up until more recent

legislation in Spanish law, both in common and 'foral' or regional law. With a number of ups and downs, the situation of the surviving spouse or partner in a stable couple union has been improving ("moving up the social order") in a progressive way, to the point where in the most recent legislation its position in the order precedes the ascendants of the deceased and is placed immediately after the descendants. We therefore have a very evident case of how the evolution of Family Law, in conceptual terms, directly impacts on inheritance law.

KEYWORDS: Family law; Inheritance with no will; Order of heirs; Widow.

INTRODUCCIÓN

Pasarán muchos años hasta que se consiga que la Unión Europea unifique su derecho de sucesiones; es más, ni tan siquiera a día de hoy hay intentos serios y rigurosos por buscar una verosímil armonización. Sin embargo, sí que se está llevando a cabo en otros ámbitos jurídicos, fundamentalmente de derecho contractual, y las razones no son precisamente porque las transmisiones *mortis causa* no tengan su repercusión en el derecho patrimonial¹. Aplicable desde el 17 de agosto de 2015 tenemos el Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Pero es obvio que no es suficiente, aunque viene a cubrir el vacío existente hasta el momento en la materia, que ciertamente requiere soluciones habida cuenta de la cada vez más frecuente movilidad geográfica en nuestra sociedad actual². Por otro lado, resulta innegable que la evolución del derecho de familia³, en el que las aproximaciones jurídicas entre ordenamientos europeos son mayores, incide directamente en el derecho sucesorio. No es nuestro objetivo abarcar a nivel internacional la influencia del derecho de familia en el derecho de sucesiones; sencillamente, vamos a buscar su incidencia, desde una perspectiva histórica, en un campo muy acotado cual es la posición del cónyuge supérstite en la sucesión *ab intestato*; el lugar que ocupa en el orden de llamamientos establecido por la ley.

Vamos a estudiar cómo la posición del cónyuge supérstite se ha ido robusteciendo en el orden de llamamientos, “escalando puestos”, si se nos permite esta expresión, frente a otros colaterales. Y siempre como consecuencia de la evolución del concepto de familia y especialmente del derecho matrimonial. De ahí la imparable tendencia en favor de una mejoría de la posición del cónyuge viudo en el orden de prelación de la sucesión intestada. Por ello, no es difícil compartir la opinión de quien sostiene que el derecho sucesorio vertical ha mutado hacia un derecho sucesorio horizontal en el que los derechos de los hijos retroceden en beneficio del cónyuge⁴. Estamos, pues, ante un ejemplo palmario de cómo en la sucesión influye claramente el cariño familiar, el afecto así como la reducción conceptual de la idea de familia.

En este orden de cosas, es preciso apuntar que las necesidades de las familias van cambiando. Estamos ante nuevas necesidades, ante nuevos retos sociales a los que es preciso buscarles una repuesta diferente. Y ello porque actualmente conviven familias de características muy

¹ Vid. S. Cámara Lapuente, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en Cámara Lapuente, (coord.), Derecho Privado Europeo, Madrid, Colex, 2003, pp. 1185 ss.

² S. Valverde Martínez, «La unificación del derecho sucesorio europeo», en Economist & Jurist, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n° 168, 2013, pp. 74 ss.

³ Muy sugerente el artículo de J.A. García Amado, «La familia y su derecho», en Diálogos Jurídicos 2016, (1). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, pp. 15 ss.

⁴ W. PINTENS, «Die Europäisierung des Erbrechts», en Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 3, 2001, pp. 629 ss.

diversas, tanto, que han originado formas inesperadas. Superada la familia extensa, típica de las sociedades agrarias, en favor de la familia nuclear-conyugal, propia de la sociedad urbana e industrial, comienzan a eclosionar tipologías distintas. Es lo que podría denominarse familias postmatrimoniales en las que el vínculo conyugal no existe o es muy frágil e inestable. Serían las familias unipersonales (solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matrifocales (madres sin pareja con hijos a su cargo, ya sean solteras o separadas); familias reconstituidas (parejas de segundas o posteriores nupcias con hijos procedentes de uniones anteriores) y familias de cohabitantes, uniones informales de pareja sin legalizar, con o sin hijos. A ello es menester apostillar que el matrimonio actual se caracteriza por una radical simetría igualitaria entre sus miembros. Y que hay nuevos patrones de convivencia (parejas no casadas, homo y heterosexuales) en los que prima la fidelidad y la lealtad. Es decir, el hecho familiar es absolutamente heterogéneo y resulta totalmente desacertado hablar, desde un punto de vista institucional, de un modelo único de familia cuando la realidad demuestra la coexistencia de varios modelos diferentes de familias⁵. Por tanto, la nueva realidad fruto de la transformación social es lógico que tenga su reflejo en el derecho sucesorio.

En este trabajo prescindimos de analizar la evolución de los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada, campo en el que también se percibe una meridiana evolución, para centrarnos exclusivamente en la prelación de llamamientos *ab intestato* sin que ello signifique en modo alguno que en todos los casos pueda ser designado heredero el cónyuge supérstite. Es más, lo normal es que salvo situaciones excepcionales no lo sea nunca, que no le alcance el llamamiento en razón del lugar que ocupa en los órdenes sucesorios, lo cual no significa que no perciba otros derechos del causante que le puedan facilitar el vivir conforme a su estado anterior. No descartamos su estudio en el futuro, pero razones de espacio nos obligan a prescindir de ello en este momento. Nos referimos al estudio de la adjudicación de la *quarta* de la viuda pobre o *quarta uxoria*, a la cuota viudal, cuarta marital, cuota usufructuaria, usufructo viudal, usufructo universal, cuota legitimaria, etc..

DESARROLLO

En el preámbulo de la Ley 10/2008, de 10 de julio, relativo a las sucesiones, en virtud de la cual se crea el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, en el apartado V relativo a la Sucesión intestada, se reconoce abiertamente que “*a efectos de la sucesión por causa de muerte, lo que es relevante es la existencia de una comunidad de vida estable y los lazos de afecto entre quienes conviven como pareja, y no el carácter institucional del vínculo que los une*”. Es decir, estamos ante cambios tan evidentes en materia sucesoria, que ponen de manifiesto cómo la evolución de la familia, su concepto, ha influido tanto que hasta ha motivado que se prescindiera de lo regulado en el Código de Sucesiones catalán de 1991, y cómo se ha aprovechado para introducir algunos cambios y actualizaciones. En definitiva, por encima de otros valores, prima la convivencia y el afecto⁶. Uno de estos cambios, a nuestro entender muy elocuente y al cual dedicamos este estudio, es ver como a lo largo de la historia el cónyuge viudo ha mejorado sustancialmente su posición en el orden de llamamientos que efectúa el legislador cuando nos hallamos ante una sucesión *ab intestato*. De hecho, actualmente en derecho catalán el cónyuge supérstite es llamado

⁵ Vid. F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Panorama general de la reforma del derecho de familia en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en GINÉS CASTELLET, (coord.) *La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, BOSCH EDITOR, 2011, pp.19 ss.

⁶ M^a C. GETE-ALONSO Y CALERA, «La sucesión intestada incorporada al Código Civil de Catalunya (principios-innovaciones)», en *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar, 25 i 26 de setembre de 2008, 2009, pp. 209-261.

en segundo lugar, tras los hijos o sus descendientes si estos concurrieran por derecho de representación (Artículo 442-1 CCCat.).

Es obvio que el legislador catalán ha estado muy atento a la realidad social, no sólo por recoger y contemplar las nuevas situaciones de convivencia de relaciones de hecho y el matrimonio entre parejas del mismo sexo, sino y muy especialmente por atender de un modo tan particular a las relaciones afectivas que unen a las personas que deciden convivir durante buena parte de su existencia, primando los criterios de afectividad sobre otros como pueden ser la consanguinidad o los lazos familiares agnaticios como sucedía en la antigua Roma. Históricamente ha sido necesario establecer un orden de llamamientos cuando el causante ha fallecido sin manifestar su voluntad sucesoria; ese orden de llamamientos ha sufrido una gran evolución, casi pendular, desde cómo se solventaba en la antigüedad hasta la actualidad más próxima. Por ello, parafraseando a Carcaba Fernández⁷, se puede afirmar que en la sucesión intestada la posición del cónyuge viudo ha ido mejorando paulatinamente. Veámoslo.

Los criterios seguidos para efectuar los llamamientos han variado mucho a lo largo de la historia. En el viejo *ius civile* romano recogido en las XII Tablas se establecen tres grandes categorías de herederos cuya relación está fundamentada en la sumisión a un mismo jefe, es una relación civil⁸. Lo destacable es que no se hace un llamamiento genérico sino estableciendo estrictos criterios de preferencia. Así consta en Tabla V, 4-5.- *Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*. En primer lugar, son llamados los *heredes sui*, en su defecto la ley llama al agnado más próximo, y si no hubiere nadie de los anteriores se recurre a llamar al grupo gentilicio, a la *gens*, aun cuando resulta difícil definir a este grupo de herederos en base a los datos de que disponemos para ello. Este orden de llamamientos pronto desapareció. Y desapareció porque el concepto de familia varió, pasando a primar el criterio de la consanguinidad como lazo de unión entre las personas de un mismo grupo. Esta evolución consta en el orden sucesorio que estableció el pretor, que si bien *heredem facere non potest* si podía prometer la *bonorum possessio*. Es decir, la *bonorum possessio* se aproxima más al nuevo concepto de familia que se va formando, de forma que progresivamente va suplantando a la *hereditas civil*. El pretor fue estableciendo en su edicto que a la *bonorum possessio* fueran llamados por orden de preferencia *unde legitimi, unde cognati y unde vir et uxor*.

El pretor, en opinión de Arias⁹, se hizo eco de la conciencia social, que inspirándose en la atracción de los vínculos de la sangre, consideró ligados al difunto a aquellas personas con lazos más firmes que los de la artificial agnación, que en determinados supuestos incluso eran reflejo de cierta injusticia social. Por consiguiente, se observa un evidente paso desde la familia agnaticia a la cognaticia, basada en vínculos de sangre. En los tiempos más antiguos la mujer fue considerada como hija de familia bajo la potestad del marido, de tal modo que muerto el marido, le sucedía como hija y heredera legítima y no como mujer. Cuando las mujeres dejaron de ser consideradas hijas de familia perdieron su derecho a heredar a los maridos. Asimismo, es importante recordar que el matrimonio no determina parentesco de sangre; los cónyuges pertenecen a familias distintas y sin embargo el pretor, por primera vez en la historia, les reconoce efectos sucesorios sencillamente derivados de la pura y simple relación matrimonial. Interesa en esta

⁷ M^a CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993, pp. 57 ss.

⁸ Vid. C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, «La sucesión intestada en la ley de las Doce Tablas», en MURILLO VILLAR (coord.), *Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^o Reimundo Yanes*, vol. 1, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 533-568.

⁹ J. ARIAS RAMOS – J.A. ARIAS BONET, *Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones*, 18ª ed., 7ª reimpresión, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1997, p. 873

sede destacar esta circunstancia porque a partir de este momento, por encima de la consanguinidad, se antepone la relación de cariño o de afectividad que deriva de la relación conyugal. Es decir, se prescinde de cualquier lazo de sangre en el llamamiento al cónyuge supérstite primando otros criterios completamente ajenos.

Justiniano en las Novelas 118 (543 d.C.) y 127 (548 d.C.) configuró un nuevo sistema de sucesión intestada buscando superar la anacrónica dualidad *ius civile* – *ius honorarium*, y estableció cuatro grupos de parientes para suceder *ab intestato*: 1º los descendientes, 2º los ascendientes, los hermanos de doble vínculo y los hijos de alguno de estos si ya ha fallecido, 3º los hermanos y hermanas de vínculo sencillo y a los hijos de los que hubieren fallecido, y 4º a los colaterales. Como el Emperador omitió al cónyuge viudo, los comentaristas han entendido que al no haber derogado el orden de llamamientos de la *bonorum possessio*, todos aquellos textos clásicos que regulaban la *bonorum possessio unde vir et uxor* continuaban vigentes, y a falta de todos los demás serían los llamados en caso de sucesión intestada.

A la vista de los órdenes de llamamientos establecidos por el ordenamiento jurídico romano a lo largo de su historia, puede inferirse que en absoluto se dio al cónyuge viudo un puesto de cierto privilegio o preferencia frente a otros parientes. Podría decirse que la consanguinidad prima por encima de cualquier lazo afectivo o de cariño, lo que supone soslayar cualquier preferencia frente a otros familiares. La tradición romanística supuso indudablemente un precedente de gran influencia a lo largo de toda nuestra historia jurídica en materia de sucesión intestada y, especialmente, el llamamiento a la herencia que se efectúa al cónyuge supérstite a falta de otros parientes del causante hasta llegar a la codificación del siglo XIX¹⁰. El cónyuge viudo únicamente se antepone al Estado¹¹, lo que deja entrever que de partida es casi ignorado y cualquier ascenso que con posterioridad se produzca mejorará su condición. Decía Balbín de Unquera¹² que la ley en la sucesión intestada, supliendo la voluntad del legislador familiar, que no se conoce, debe proceder según el orden de la naturaleza, debe interpretar los sentimientos naturales. Por ello, le sorprendía, tras divagar sobre los antecedentes romanos y la influencia cristiana, que la tendencia moderna, y escribía en 1889, momento de publicación de nuestro Código Civil, es la de restringir el derecho a lo que en el comercio común de la vida se considera familia, prescindiendo de la legal, cuya existencia no se conoce más que formando el árbol genealógico y viendo los grados de parentesco. Ante tales consideraciones, afirmaba, no se comprende en que se han fundado los legisladores de los modernos códigos para conceder a los cónyuges, respecto de los parientes y en caso de no existir herederos forzosos, un lugar en la escala, que no corresponde, ni a sus derechos durante el matrimonio, ni al amor que por regla general debe suponerse entre marido y mujer, ni a la verdadera acepción en que ha de tomar el derecho constituido la palabra familia.

Seguidamente, analizamos en diferentes ordenamientos jurídicos históricos e incluso en algunos proyectos de códigos civiles que nunca llegaron a tener vigor, la evolución de la prelación de los órdenes sucesorios y el puesto asignado en cada momento al cónyuge supérstite. A través de las diferentes fuentes históricas puede observarse cómo al cónyuge viudo se le reconocían derechos viudales pero prácticamente se le negaba la condición de heredero. Comenzaremos por la primera obra legislada tras la caída del Imperio Romano en Occidente, cuya fecha de

¹⁰ Vid. sobre el desarrollo de esta cuestión hasta la etapa codificadora, M. PÉREZ ESCOLAR, «Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2004, año nº 80, Nº 686, pp. 2711 ss.

¹¹ Vid. A. MURILLO VILLAR, «El llamamiento sucesorio a favor del estado en ausencia de herederos: de Roma a la actualidad», en *Direito Romano. Poder e Direito, edição especial Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, (Coimbra Editora), Lisboa, 2013, pp. 53-70.

¹² A. BALBÍN DE UNQUERA, «¿Qué lugar deben ocupar los cónyuges en la sucesión intestada?», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 37, nº 74, 1889, pp. 745-753

publicación parece coincidir con la tradicional fecha de caída del Imperio Romano, el año 476 d.C.; por esta razón, el Código de Eurico es fundamentalmente, en palabras de la doctrina, una fuente de derecho romano vulgar¹³. Se dice en C.E. 334 que “*El marido y la mujer se heredarán uno al otro tan sólo cuando no se encuentra ningún otro próximo o pariente cualquiera hasta el séptimo grado*”. Obviamente, por meros criterios temporales, lo recogido en este Código no es influencia del derecho justiniano¹⁴, sino que al mantenerse el llamamiento *unde vir et uxor*, a falta de otros herederos preferentes, está recogiendo la influencia del sistema pretorio romano de la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Habrá de entenderse que el llamamiento a los parientes colaterales es hasta el *septimus gradus*, que seguro, no por casualidad, coincide con lo previsto en el llamamiento *unde cognati* de la *bonorum possessio*. Por tanto, es indubitable, como dice D’Ors¹⁵, el origen romano de esta limitación hasta el séptimo grado.

En lo sustancial, también se recoge la influencia romana en el Fuero Juzgo 4,2,11 “*Del eredamiento del marido é de la muier*”. *El marido debe aver la buena (herencia) de la muier, é la muier debe aver la buena (herencia) del marido quando non ay otro pariente fasta séptimo grado*”. Se infiere, pues, al igual que en el Código de Eurico, que se llamará con anterioridad a los descendientes, a los ascendientes y a los colaterales (*quando non ay otro pariente*), hasta el séptimo grado. Lugar en el orden de llamamientos con escasísimas posibilidades de convertirse en heredero; de hecho, tiempo después, en el Fuero Viejo de Castilla 5,2,1 se omite cualquier alusión al cónyuge supérstite. En definitiva, el cónyuge viudo queda absolutamente relegado. Idéntica situación nos encontramos en el Fuero Real 3,6,1, casi coetáneo de las Partidas, en el que se ignora por completo cualquier referencia al cónyuge supérstite, ratificado con lo previsto en el mismo Fuero Real 3,5,3, donde se determina que los bienes de quien muriera sin parientes y sin mandas pasaran al Rey.

Sin embargo, en Partidas 6,13,6 se hizo un llamamiento al cónyuge supérstite *in extremis*, en ausencia de otros parientes y antes que a la Cámara del Rey (Estado): “*E sobre todo esto decimos que si alguno muriese sin testamento, que no hubiese parientes de los que suben o descienden por la línea derecha, si no hubiese hermano, ni sobrino, hijo de su hermano; que de éstos adelante, el pariente que fuere hallado que es más cercano del difunto hasta en el dezeno grado, ése heredará todos sus bienes. E si tal pariente no fuese hallado, e el muerto había mujer legítima cuando finó, heredará ella todos sus bienes de su marido. Eso mismo decimos del marido que heredará los bienes de la mujer en tal caso como éste. E, si por ventura, el que así muriese sin parientes, no fuese casado, entonces heredará todos sus bienes la cámara del rey*”. La influencia romana es evidente; el criterio que subyace en la base de los llamamientos es la presunción del afecto del causante, aunque llama la atención que al cónyuge sobreviviente se le llame en décimo lugar, lo que confronta con el principio de equidad y de afecto hacia el cónyuge. Esta situación ha llevado a que Sánchez Román¹⁶ lo califique de “verdadero oprobio”, pues en ninguna legislación española se situó al cónyuge supérstite tan alejado de cualquier posibilidad de recibir la herencia del causante, ni tan siquiera en el derecho romano que le sirve de antecedente. En definitiva, las Partidas supusieron, dice Pérez Escobar, un retroceso en la historia de la sucesión intestada del cónyuge, aunque hay que considerarlo también en el marco general de su legislación. De todos modos, dice la Autora, desde un punto de vista práctico, el cónyuge no experimentaría realmente cambios en el llamamiento, pues el que había sido tradicional límite del séptimo grado desde el derecho romano era casi igual de irrealizable. El paso del séptimo al

¹³ A. D’ORS, *El Código de Eurico. Edición. Palingenesia. Índices*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2014, pp. 2 ss.

¹⁴ Como sí parece mantener PÉREZ ESCOLAR, «Sucesión intestada del cónyuge supérstite», cit., pp. 2749-2750.

¹⁵ D’ORS, *El Código de Eurico. Edición. Palingenesia. Índices*, cit., pp. 266 ss.

¹⁶ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 3, Madrid, SUCEORES DE RIVADENEYRA, 1910, p. 1625.

décimo no supuso un empeoramiento a la hora de hacerse efectivo, lo único que cambia es que ahora es aún más imposible¹⁷.

En las Leyes de Toro VI, VII y VIII de 1505, en las cuales se recoge la regulación relativa a la sucesión *ab intestato*, no se encuentra ninguna referencia expresa al lugar que debe ocupar el cónyuge supérstite en el orden de prelación de llamamientos. Y ello porque no se hace alusión ni se precisa el grado de parentesco límite que debe alcanzar el llamamiento a los colaterales. Habrá de entenderse que será el décimo grado, pues así se disponía en Partidas, dado que éstas eran normas supletorias como consta en el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Opinión de Llamas y Molina¹⁸ cuando en el comentario 42 de la Ley VIII de Toro indica que “*No habiendo parientes colaterales legítimos dentro del décimo grado, la mujer y el marido se heredarán mutuamente, y en defecto de ellos entra á suceder la Cámara del Rey, según la citada ley 6^a*”. E igual opinión mantiene Antonio Gómez¹⁹, pues en su comentario 11 a la Ley VIII de Toro también indica que “*En defecto de descendientes, ascendientes y colaterales dentro del grado profinido, se suceden reciprocamente el marido y la muger*”.

En la legislación posterior continuó la omisión al llamamiento del cónyuge viudo a falta de otros herederos consanguíneos, quizás por tradición del Fuero Real 3,5,13, recogido posteriormente en la Nueva Recopilación 5,8,12 y en la Novísima Recopilación 10,22,1 “*Aplicacion á la Real Cámara de los bienes del difunto intestado sin herederos legítimos*” “*Todo hombre ó mujer que finare, y no hiciere testamento en que establezca heredero, y no hubiere heredero de los que suben ó descienden de línea derecha, ó de travieso, todos los bienes sean para nuestra Cámara*”. Resulta sorprendente que en nuestro derecho histórico se omita de forma reiterada el llamamiento al cónyuge sobreviviente en los casos de sucesión *ab intestato*²⁰. La explicación más razonable quizás sea que la influencia del derecho romano fue tal, que se asumió como principio de autoridad las disposiciones de la Nov. 118 de Justiniano en la que se obvia absolutamente *unde vir et uxor*. La cuestión es si lo establecido en el Fuero Juzgo y en Partidas, respecto del llamamiento al cónyuge viudo, fue derogado por la ley de Enrique III en Nov. Rec. 10,22,1, pues no menciona ni al marido ni a la mujer. Los autores han discrepado sobre si fue derogado o no, especialmente por la vaguedad de la ley enriqueña que habla de meros parientes sin limitación de grados ni expresión de calidades. Todo indica que los llamamientos al viudo continuaron vigentes, de ahí que Escriche²¹ diga que “parece también favorable á esta última opinión la real cedula de 9 de octubre de 1766 (nota 1^a del tit. 22, lib. 10, Nov. Rec.) que hablando de los bienes mostrencos dispone que los bienes de los que mueren sin testamento y no dejan herederos conocidos, se adjudiquen á la real cámara con arreglo á la citada ley de Enrique III y á la dicha ley 6, tit. 13, Part. 6”. También es cierto, continúa Escriche, que puede sostenerse lo contrario cuando un tiempo después “por real decreto de 31 de diciembre de 1829 é instrucción de 7 de marzo de 1831 acerca del impuesto gradual sobre las sucesiones, se estableció absolutamente que no habiendo parientes colaterales hasta el cuarto grado civil la real hacienda fuese la heredera”. Parece, pues, que el llamamiento a los parientes colaterales se limitó al cuarto grado, aunque sea difícil saber los motivos, pues conforme a lo regulado en Novísima Recopilación 10,22,6

¹⁷ PÉREZ ESCOLAR, «Sucesión intestada del cónyuge supérstite», cit., pp. 2770.

¹⁸ S. DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-litera a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2^a ed., Madrid, Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852, p. 67.

¹⁹ A. GÓMEZ, *Compendio de los comentarios extendidos a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1785, reimpresión facsimilar, Valladolid, Lex Nova, 1981, p. 52.

²⁰ Vid. M. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 19 ss.

²¹ J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, s.v. “heredero legítimo o *ab intestato*”, 3^a ed. corregida y aumentada, Madrid, Librería de la Señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, 1847, tomo 2^o, p. 25.

y 2,11,1 la disposición de Partidas cayó en desuso y a falta de herederos hasta el cuarto grado el llamado era el cónyuge supérstite²².

Paulatinamente, hasta llegar al Código civil de 1889, hubo varios proyectos legislativos previos, que seguidamente analizamos, en los que se planteó la mejoría de la posición del cónyuge supérstite, al menos en algún momento, “escalando puestos” en el orden sucesorio, si bien no terminó de establecerse como orden preferencial frente a algunos colaterales. En la “ley de mostrencos” de 1835, de 16 de mayo, “sobre las adquisiciones á nombre del Estado”, se estableció un nuevo orden sucesorio. En el art. 2 se dispuso que “*Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado. Primero: Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. Segundo: El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales. Tercero: Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión*”. En opinión de Pérez Escolar, “la posición que alcanzó el cónyuge supérstite con esta reforma supuso realmente un paso adelante, superador en gran medida de la tradición romanística, pues nunca antes en el curso de la historia había sido llamado con preferencia a buena parte de los parientes colaterales, y sólo pospuesto a los de grado cuarto”... “A partir de ahora puede ya empezar a hablarse de un verdadero derecho de sucesión *ab intestato* del cónyuge sobreviviente”²³. Aun siendo cierto lo anterior, no debe desconocerse que la ley indica que los bienes raíces de abolengo que hereda el cónyuge viudo deberán volver tras su muerte a los colaterales del causante, de lo cual se infiere que en rigor no es heredero propiamente dicho sino más bien usufructuario de los mencionados bienes de abolengo. Por el contrario, todos aquellos otros bienes raíces que no sean de abolengo sí que los hereda el cónyuge supérstite con la misma plenitud de dominio que lo hace de los bienes muebles.

Fue al año siguiente, en el Proyecto de Código civil de 1836, cuando en el art. 2211, 5^o²⁴ el cónyuge supérstite ocupó podríamos decir que un lugar preferente, pues se proponía llamarle en ausencia de descendientes y ascendientes legítimos o legitimados, y en concurrencia y por partes iguales con los hermanos legítimos de padre y madre. La Comisión que elaboró el Proyecto de 1836 manifestó en la Exposición de Motivos que lo importante era hacer valer la voluntad presunta del causante, entendiendo que la escala de los valores afectivos de una persona normal se inclina siempre por las personas más próximas, y más próximo que el cónyuge es difícil encontrar a nadie, si me apuran en ocasiones ni los descendientes. Obviamente, fue un Proyecto que no salió adelante pero en el que se refleja la mejoría sustancial del criterio de llamamientos para el cónyuge supérstite respecto a lo recogido en la ley de mostrencos²⁵. Lo cierto, según el Preámbulo del Proyecto, es que “Sólo se han puesto en concurrencia el cónyuge y el hermano del difunto para suceder por iguales partes, porque la Comisión, dudando entre el cónyuge y el hermano a cuál de los dos daría la preferencia, y siendo tan poderosas las razones del uno como del otro, creyó conveniente igualarlos”²⁶.

²² Vid. PÉREZ ESCOLAR, «Sucesión intestada del cónyuge supérstite», cit., pp. 2776.

²³ PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., p. 25.

²⁴ Proyecto Código civil de 1836, artículo 2211, 5^o “*El cónyuge simultáneamente y por partes iguales, con los hermanos legítimos de padre y madre: los legitimados por Real gracia, se sucederán recíprocamente, y lo mismo se entenderá respecto de los que hubieren sido reconocidos o declarados por su padre*”.

²⁵ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., p. 27 ss.

²⁶ J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970, p. 127.

Asimismo, en el mencionado Preámbulo del Proyecto de Código civil de 1836 se destaca que “la graduación de los afectos es la base principal del derecho de las sucesiones”²⁷, opinión que comparto y que he tenido ocasión de poner de manifiesto en diferentes estudios²⁸. “La ley debe ponerse en lugar del testador para distribuir los bienes de éste según es verosímil que lo hiciera él mismo si pudiese, siguiendo cierto orden de predilección, que si individualmente puede variar según el carácter de cada uno y sus circunstancias particulares, no así cuando la ley lo hace por regla general que abraza igualmente a todos los individuos del Estado”²⁹.

Habrà que esperar hasta el Proyecto de Código de 1851 de García Goyena, en donde el cónyuge viudo no aparece en la lista de llamamientos en caso de sucesión *ab intestato*, sino que directamente se le adjudica una porción variable en atención a la existencia de descendientes o ascendientes del causante. Ciertamente que al viudo se le concibe como sucesor *ab intestato* en todo caso, lo cual ya era un importante avance respecto de lo previsto con anterioridad, pero en ningún caso fue el antecedente de lo que años después se contemplará en el Código Civil de 1889. Así, en el art. 773 del mencionado Proyecto de 1851 se establecen los derechos hereditarios del viudo o viuda en los bienes del cónyuge premuerto: “*El viudo ó viuda que, al morir su consorte, no se hallase divorciado, ó se hallase por culpa del mismo consorte, le heredarà en el quinto, si deja algún descendiente; en el cuarto, si deja algún ascendiente, y á falta de unos y otros en el tercio*”. La razón por la cual no se incluyó al cónyuge supérstite en el orden de llamamientos a la herencia lo expone muy gráficamente García Goyena³⁰, pues nos informa que una vez revocada la base de la Comisión General que atribuía al viudo o viuda el concepto y derechos de herederos forzosos aun concurriendo con hijos y descendientes, por ser irregular, monstruosa y chocante con todos los principios que rigen en materia de herencias sin testamento, y por haberla hallado impracticable, se pensó en mejorar la suerte de los viudos.

Y esta “suerte de los viudos”, obviamente, la basaron en una razón de afecto presunto. Por ello, si hubiera habido testamento y el causante omitió al viudo, nada se puede hacer porque está la voluntad manifestada de manera explícita. Ahora bien, dice García Goyena, si el causante murió intestado el legislador presume que ambos cónyuges vivieron y se amaron como buenos esposos; y seguro que el difunto hubiera asegurado el bienestar del sobreviviente si hubiera hecho testamento. En definitiva, con la disposición contemplada en el art. 773 se está siguiendo la regla general de respeto de la voluntad presunta del difunto. Es decir, el legislador deduce dicha voluntad presunta del amor o cariño. Esta presunción es política por cuanto realza el honor y la santidad del matrimonio; es también humana porque evita que el viudo o viuda pase de manera inmediata del bienestar a la mendicidad y también es racional porque es difícil creer que el difunto quisiera que sus bienes pasaran a otras manos, y que el cónyuge supérstite participe de sus goces y comodidades quedara sumido en la indigencia³¹.

En el vigente Código Civil español, art. 913, redacción actual según la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se establece que “*A falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado*”. Obviamente, dada la ubi-

²⁷ LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil II*, cit., p. 129.

²⁸ Vid. A. MURILLO VILLAR, «Aproximación al origen del fideicomiso de “eo quod supererit”», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, vol. XCII - XCIII, Milano, 1989, pp. 142 ss., y en «Anotaciones sobre el proceso de recepción de las causas de revocación de la *donatio mortis causa romana*», en *Estudios en Homenaje al Prof. Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 583 ss.

²⁹ LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil II*, cit., p. 126.

³⁰ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español I*, Madrid, 1852, reimpresión, Zaragoza, Cometa S.A., 1974, pp. 405 ss.

³¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español I*, cit., p. 502.

cación del precepto entre las “*Disposiciones generales*” de la Sucesión Intestada, es una redacción genérica, sin precisión, pues es menester saber qué se entiende por parientes del difunto, y especialmente hasta que grado de parentesco alcanza el llamamiento. Para ello es preciso acudir a lo regulado en los artículos 930 y siguientes. Así, en primer lugar son llamados en línea recta descendente los hijos y sus descendientes. A falta de los anteriores se llama a los ascendientes. Si sucediere que no existen personas en los llamamientos precedentes, dice el art. 943 “*heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes*”. Esta regla se precisa en el art. 944 en el que se antepone el cónyuge supérstite a todos los demás parientes colaterales. Establece el mencionado art. 944 “*En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente*”. Por consiguiente, el cónyuge viudo es preferido a la herencia del difunto con prioridad a cualquier hermano del causante. “Esta favorable evolución es lógica pues nadie tiene título más legítimo que el viudo para recibir los bienes hereditarios, ya sea la norma para fijar los derechos sucesorios el cariño, el reconocimiento de los beneficios recibidos, o la intimidad del vínculo, porque hay que reconocer que el matrimonio ordinariamente establece entre los contrayentes un nexo más fuerte que el de la sangre, y que en la sociedad moderna prima la familia nuclear frente a la troncal”. Así consta en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOCG/CD, 14 septiembre de 1979). Estas ideas no constan en el texto definitivo de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, a pesar de lo cual la definición de la línea de pensamiento es la misma³². Por lo que respecta a los derechos del cónyuge viudo, recogidos básicamente en los vigentes arts. 834 y ss. del C.C. español, relativo al usufructo de parte de los bienes hereditarios, en opinión de Cámara Puente, España aún destaca en el contexto comparado por la debilidad de la protección del cónyuge³³.

Es evidente, pues, que con la modificación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la situación del cónyuge viudo ha mejorado, se ha producido un tránsito de la familia parental o troncal, a otra más reducida o conyugal derivada de la importancia adquirida paulatinamente por la relación matrimonial frente a la parentela de sangre³⁴; sin embargo, a día de hoy, han transcurrido más de treinta y seis años y ha habido importantísimas transformaciones en muchísimos ámbitos; el nuevo régimen democrático implantado en España a partir de la Constitución de 1978, ha favorecido los cambios sociales, culturales, económicos, morales, éticos, de concepción familiar, etc., es decir, se ha producido un cambio drástico de mentalidad social. Y todos sabemos que el derecho como producto histórico es un fiel reflejo de la sociedad de cada momento³⁵, de la realidad social a la que sirve³⁶, por ello es razonable que en tema de sucesiones los cambios se reclamen insistentemente³⁷. Parafraseando a Jiménez Liébana, puede afirmarse que hay necesidad no sólo de mejorar la situación del cónyuge viudo en la sucesión intestada, sino de reformar globalmente

³² Vid. M^a CÁRCABA FERNÁNDEZ, «Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código Civil operada por Ley 11/1981 de 13 de mayo», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n^o 1, 1986, p. 1177 nts.1 y 2. E. DE LA IGLESIA PRADOS, *Análisis de la sucesión intestada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 212 ss. nt.1.

³³ CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», cit., p. 1201.

³⁴ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., pp. 114 ss.

³⁵ En la Ley 11/1981 se recogió la realidad económica de comienzos de los años ochenta y se reflejó el sentir general en pro de la necesidad de un cambio en muchos de los ámbitos del derecho de familia, cambio que, a pesar de haber suscitado algunas críticas por considerarla en cierta medida excesiva, fue bien acogido tanto por la doctrina como por la sociedad española, como manifiesta M^a NÚÑEZ NÚÑEZ, *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 125 ss.

³⁶ Vid. A. MURILLO VILLAR, «De la importancia de recordar que el derecho es un producto histórico», en *Foro Social* n^o 4, *Revista de la Escuela de Relaciones Laborales de Burgos*, Burgos, 2003, pp. 8-12.

³⁷ Vid. D. JIMÉNEZ LIÉBANA, «La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil», en HERRERO OVIEDO (coord.), DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" T. F. Torres García*, Madrid, LA LEY, 2014, pp. 707 ss.

el derecho de sucesiones, implicando éstas la anteposición del cónyuge a los ascendientes, así como la de llamar al cónyuge viudo en primer lugar junto con los descendientes en la porción de un tercio³⁸.

Con anterioridad a la Ley 11/1981, que como puede observarse en su título omite toda referencia al derecho sucesorio aunque sí refiere cuestiones puntuales del derecho de familia, de ahí nuestra reiterada opinión de cómo cualquier cambio en materia de familia influye en el derecho sucesorio, se establecía en el art. 913 que “*A falta de herederos testamentarios, la Ley defiende la herencia, ... a los parientes legítimos y naturales del difunto, al viudo o viuda, y al Estado*”. La mencionada reforma de 1981 suprimió los arts. 952 y 953 del vigente Código Civil, relativos al orden sucesorio que ocupaba el cónyuge supérstite junto con los sucesores colaterales, y que a todos los efectos sucedía a falta de hermanos y sobrinos siempre y cuando no estuviera separado por sentencia firme de separación personal. Es decir, que en la regulación anterior a 1981 y por reiterada Jurisprudencia³⁹, los arts. 952 y 953 daban preferencia al cónyuge viudo que no estuviera separado legalmente sobre los parientes colaterales que no fueran hermanos o hijos de estos a la hora de suceder al difunto⁴⁰. En definitiva, podemos decir que con la reforma el cónyuge supérstite “escaló” posiciones de mejora en el orden sucesorio y se antepuso a los hermanos del difunto y a los demás colaterales en defecto de ascendientes y descendientes. Es decir, la concepción familiar progresó a favor del matrimonio y en demérito de la parentela, dando preferencia al afecto conyugal. Conviene recordar que desde la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el art. 44,2 del mencionado C.C. rige que “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”. Por consiguiente, regulado el matrimonio entre personas del mismo sexo, el término cónyuge alcanza por igual a las personas con independencia de su género. Y todo ello, como se indica en el preámbulo de la citada Ley 13/2005, porque es preciso en cada momento histórico atender a sus valores dominantes, de ahí que la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, sea expresión genuina de la naturaleza humana y constituya un cauce destacado para el desarrollo de la personalidad. Destacamos este apunte porque una vez más se colige que el derecho de familia afecta al derecho de sucesiones, y en este ámbito el afecto o cariño adquiere un carácter esencial. Recordar que en el derecho común español, a diferencia de la normativa autonómica, no están reguladas aún las uniones de hecho, por ello en el ámbito hereditario, sin duda uno de los más controvertidos en el ámbito de las parejas estables no casadas, es donde se da en la práctica una mayor distancia frente al tratamiento de las uniones matrimoniales. Es decir, que “el Código Civil sólo reconoce derechos sucesorios al cónyuge del causante. Sin embargo, la realidad social de las uniones extramatrimoniales ha llevado a plantearse si, cuando reúnen ciertos requisitos como son constitución voluntaria, estabilidad y permanencia en el tiempo con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial, los miembros de este tipo de uniones deben ser equiparados en derechos a los cónyuges”⁴¹.

Finalmente, y al objeto de destacar la que a día de hoy tal vez sea la posición más privilegiada en el orden de prelación en la sucesión intestada, abordamos la cuestión en el derecho catalán⁴². En el actual derecho civil de Cataluña se antepone el llamamiento del cónyuge viudo

³⁸ JIMÉNEZ LIÉBANA, «La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil», cit., p. 715.

³⁹ F. BONET RAMÓN, *Código civil comentado con su apéndice forales*, Madrid, AGUILAR. 1964, p. 719.

⁴⁰ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., pp. 48 ss.

⁴¹ E. PÉREZ-PUJAZÓN – F.J. RODRÍGUEZ RAMOS, «El régimen de sucesión intestada en España. Régimen general», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), nº. 168, 2013, p. 21.

⁴² Por cierto, en la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, Título IV, De la sucesión intestada, arts. 248 - 251, regía lo dispuesto en el Código civil español; como excepción se establecía en el art. 250 que “*El viudo o la viuda a quien su difunto consorte no le hubiese otorgado disposición alguna por*

a los ascendientes, es decir, se antepone la afectividad del matrimonio o pareja conviviente a los padres o progenitores. Así, en el art. 442-3.2 “*Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes, la herencia se defiende al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente. En este caso, los padres del causante conservan el derecho a legítima*”⁴³. La regulación vigente de la sucesión intestada se recoge en el libro IV del Código Civil catalán, en virtud de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que vino a derogar Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Vigente hasta el 01 de Enero de 2009), que en su art. 333 establecía sustancialmente lo mismo: “*De fallecer el causante sin hijos ni descendientes, le sucederá el cónyuge sobreviviente*”. Es decir, el cónyuge viudo era llamado en segundo lugar⁴⁴, se antepone a los padres, a diferencia de lo establecido en el derecho civil común. En paralelo al CSCat., la LUEP (ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja) en su art. 34 recogía los derechos sucesorios *ab intestato* del miembro superviviente de una pareja homosexual, el cual tenía derecho a una cuarta parte del valor de la herencia si concurría con descendientes o ascendientes, o a la mitad si es con otros colaterales, o a toda la herencia si no hay descendientes, ni ascendientes ni colaterales hasta el tercer y cuarto grado. En este caso, el orden sucesorio intestado, cuando el causante convive maritalmente con una persona de su mismo sexo, se altera, pasando a ocupar el cuarto lugar o el tercero si es llamado con colaterales hasta el segundo grado por consanguinidad o adopción (hermanos) o si han premuerto, los hijos de estos (sobrinos)⁴⁵. Sin embargo, en el CCCat. en vigor, esta posición ha cambiado y la novedad reside en incorporar y equiparar a la pareja de hecho en las mismas condiciones que al cónyuge supérstite. Se equiparan completamente los derechos del cónyuge viudo con los atribuidos a una pareja estable, sin distinguir en esta última si se trata de una pareja heterosexual u homosexual⁴⁶.

A los efectos de este trabajo nos interesa destacar, aun tratándose de legislación derogada por la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que las disposiciones que regulaban el nuevo orden sucesorio derivado del Código de Sucesiones de 1991 y las interferencias ocasionadas por la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (LUEP), llevan a la conclusión de que el orden sucesorio intestado regular fue meridianamente modificado. Cuáles fueron los motivos? Difícil conocerlos, pero lo cierto es que dichas modificaciones no tuvieron su origen en vínculos de parentesco ni de matrimonio, sino en la convivencia estable contractualmente o de la relación de pareja establecida contractualmente o de la relación de pareja estable homosexual establecida de acuerdo con la ley⁴⁷. Presumiblemente, el legislador tuvo muy en cuenta el momento histórico que se vivía, así como la afectividad y el cariño entre las personas que conviven con independencia del género de cada cual, sin olvidar el creciente nivel de aceptación que se tiene en el seno de nuestra sociedad. En definitiva, como bien aventuraba Llebaria Samper, “tanto el fundamento de la sucesión intestada como el respecto al art. 33 CE recomiendan que el legislador no se distancie en el orden de llamamientos de lo que hubiera expresado hipotéticamente la voluntad del causante medio, y

causa de muerte en codicilo o en capitulación matrimonial, adquirirá por ministerio de la Ley libre de fianza en la sucesión ab intestato de éste el usufructo de la mitad de la herencia, si los herederos ab intestato son descendientes o ascendientes legítimos del difunto, y el usufructo sobre la totalidad en los demás casos”.

⁴³ M^a YSÀS SOLANES, «La sucesión intestada en Cataluña», en GETE-ALONSO Y CALERA, (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1681 ss.

⁴⁴ Vid. M^a YSÀS SOLANES, «La sucesión intestada en Cataluña: (Estado de la cuestión)», *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 2, Madrid, CENTRO DE ESTUDIOS, 2006, pp. 2051 ss.

⁴⁵ S. NAVAS NAVARRO, «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n^o 3, 2002, pp. 1058 ss.

⁴⁶ Vid. A. HERNÁNDEZ MORENO – F.M. ECHEVERRÍA SUMMERS, «El régimen de la sucesión intestada en Cataluña», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n^o. 168, 2013, pp. 38 ss.

⁴⁷ YSÀS SOLANES, «La sucesión intestada en Cataluña: (Estado de la cuestión)», cit., p. 2093.

esto tiene que ver mucho con los afectos y sentimientos subyacentes en todo proyecto de convivencia familiar”⁴⁸.

En los demás derechos forales o autonómicos con competencia para regular sus derechos sucesorios, Aragón, Baleares, Navarra, País Vasco y Galicia, no han introducido grandes cambios en lo que afecta a nuestro objetivo: el orden de llamamientos en la sucesión intestada o legal, como se denomina en algunos de estos cuerpos legales. Comenzando por Aragón, se observa que en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, art. 517, que ha sustituido al art. 202 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte (Vigente hasta el 23 de abril de 2011)⁴⁹, los herederos son llamados jerárquicamente⁵⁰. El cónyuge supérstite es colocado en el mismo lugar que en el Código Civil español, si bien se le excluye de una parte del patrimonio hereditario, los llamados bienes recobrables o troncales⁵¹. En definitiva, son llamados jerárquicamente y por este orden: los descendientes; los ascendientes; el cónyuge; los parientes colaterales privilegiados (hermanos, hijos y nietos de hermanos); los parientes colaterales ordinarios, y finalmente, la Comunidad Autónoma de Aragón⁵².

Por lo que respecta a Navarra, indicar que continúa procediéndose al llamamiento del cónyuge supérstite de acuerdo a lo establecido en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, también llamado Fuero Nuevo de Navarra, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, en la Ley 304 en la que se establece el orden de suceder para los bienes no troncales⁵³. La posición del cónyuge sobreviviente en este

⁴⁸ S. LLEBARÍA SAMPER, «La sucesión intestada del conviviente homosexual: Comentario a y desde la STSJ Cataluña, 9.3.2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, p. 8 (www.indret.com).

⁴⁹ PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., pp. 157 ss.

⁵⁰ Vid. M.ª C., BAYOD LÓPEZ, «La sucesión intestada en Aragón», en GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1611 ss.

⁵¹ Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón: *Artículo 517 Orden de sucesión legal*

1. En la sucesión legal la herencia se defiende en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente.

2. En defecto de descendientes:

1.º Los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente.

2.º Los bienes no recobrables ni troncales, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

⁵² M.ª A. ARQUED SANZ, «El régimen de sucesión intestada en Aragón», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n.º 168, 2013, pp. 56-61.

⁵³ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Navarra
LEY 304. Orden de suceder

La sucesión legal en bienes no troncales se deferirá por el siguiente orden de llamamientos, cada uno de los cuales será en defecto de todos los anteriores y excluirá a todos los posteriores:

- 1) Los hijos matrimoniales, los adoptados con adopción plena y los no matrimoniales cuya filiación llegue a determinarse legalmente; por partes iguales, y con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes.
- 2) Los hermanos de doble vínculo por partes iguales, y los descendientes de los premuertos, por representación.
- 3) Los hermanos de vínculo sencillo por partes iguales, y los descendientes de los premuertos, por representación.
- 4) Los ascendientes de grado más próximo. Si fuesen de distintas líneas, la herencia se dividirá por mitad entre ambas, y dentro de cada línea, por partes iguales.
- 5) El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la Ley 254.
- 6) Los colaterales no comprendidos en los números 2) y 3) hasta el sexto grado, sin distinción de vínculo doble o sencillo, ni de líneas, excluyendo los de grado más próximo a los de más remoto, sin representación y siempre por partes iguales.
- 7) En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, sucederá la Comunidad Foral de Navarra, la cual, tras proceder a la liquidación de los bienes y derechos de la herencia, la destinará a fines de interés social, incrementando la dotación presupuestaria que para estos fines se prevea en los Presupuestos Generales de Navarra.

ordenamiento resulta muy poco favorecedora en comparación con lo que son las modernas tendencias legislativas, encaminadas todas ellas a fortalecer dicha figura, pues, además, aparece en un lugar de la jerarquía sucesoria que actualmente se considera superado⁵⁴, a pesar de haber sido modificado con actualizaciones que soslayaron la mejora en el orden prelativo de los llamamientos⁵⁵.

A diferencia de Aragón y Navarra, el País Vasco se ha dotado por Ley 5/2015, de 25 de junio, de un nuevo Derecho Civil Vasco, que se aplica en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, salvo aquellos preceptos en que expresamente se declara su vigencia únicamente para un territorio concreto (art. 8). Entre las novedades que introduce la Ley están las referidas a la sucesión intestada⁵⁶. La nueva Ley, que sigue distinguiendo entre la sucesión en los bienes troncales y los no troncales, modifica el orden de suceder establecido en la Ley 3/1992 de “Derecho civil foral” y en el Código Civil para el caso de fallecer sin testamento⁵⁷. El texto aprobado establece que el cónyuge viudo o el superviviente de la pareja de hecho heredarán en defecto de hijos y descendientes del difunto, que heredan en primer lugar, y antes que los padres y ascendientes del mismo⁵⁸. En el orden del llamamiento, el cónyuge o pareja de hecho se antepone a los ascendientes (art. 114), que, además, no son legitimarios (art. 47). Curiosamente, en la exposición de Motivos no se da razón alguna del porqué de este cambio tan radical. Y no distingue la ley entre bienes comunes o privativos, por lo que, en caso de matrimonio o constitución de pareja de hecho, habrá que tener muy en cuenta esta disposición. Así, pues, el orden

⁵⁴ PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, cit., pp. 167 ss. Vid. también, M^a L. Arcos Vieira, «La sucesión intestada en Navarra y el País Vasco», en GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1822 ss.; J. IRIBARREN GOÑI – M. ÚRIZ AYESTARÁN, «El régimen de sucesión intestada en Navarra», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n.º 168, 2013, pp. 62-66.

⁵⁵ - La Ley 304 apartado 5 por el artículo 11.2 de la Ley Foral 6/2000, de 3 julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra.

- La Ley 304 también fue modificada por Ley Foral 5/1987, de 1 abril.

- La Ley 304 apartado 7), asimismo fue modificado por la Ley Foral 10/2016, de 1 de julio, de actualización del régimen regulador de la sucesión legal a favor de la Comunidad Foral de Navarra.

⁵⁶ También es una novedad, aunque referida a la sucesión testamentaria, que el testador puede privar absolutamente de la legítima, reducida ahora a un tercio (1/3) del patrimonio, a los legitimarios: hijos y descendientes, el cónyuge viudo o pareja de hecho del causante, desapareciendo como tales legitimarios los padres y demás ascendientes, y todo ello sin tener que dar ninguna explicación. Consecuentemente, el causante puede disponer libremente de su patrimonio; es lo que se denomina “apartamiento”, contemplado en el art. 51 de la citada Ley 5/2015. En la Exposición de Motivos no se aducen las razones del tenor de dicha regulación, pero no es difícil colegir que el legislador se ha hecho eco de la opinión social y ha dotado a los ciudadanos vascos de un mayor grado de libertad a la hora de testar. Cada vez son más los supuestos en los que las relaciones familiares son muy difíciles e incluso inexistentes. Pongamos por caso los padres e hijos que viven alejados, que no mantienen ningún contacto ni físico ni emocional, o que entre ellos, por diferentes causas, existe una enemistad larvada que les ha llevado a distanciarse, a veces tiene que ver con el alcoholismo, la ludopatía, la drogadicción o problemas similares, y obviamente los padres no quieren dejarles dinero para que se lo gasten en esos vicios; es decir, existen muchísimas situaciones en las que no existe ningún vínculo de afectividad entre el causante y el heredero forzoso legitimario. De nuevo, esta situación pone de manifiesto la trascendencia del afecto, del cariño, de la proximidad, por encima de la relación de consanguinidad, a la hora de nombrar herederos, ya sea por el propio causante en testamento o por la ley supliendo la voluntad del causante en los llamamientos a la herencia *ab intestato*.

⁵⁷ Vid. M. M. KARRERA EGIALDE, «La sucesión intestada en Navarra y el País Vasco», en GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1829 ss.; G.H. GALICIA AIZPURUA, «El régimen de sucesión intestada en el País Vasco», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n.º 168, 2013, pp. 24-31.

⁵⁸ Vid. HEBRERO HERNÁNDEZ, J.A., 2015: *El nuevo Derecho Civil Vasco*, <https://tuguialegal.com/2015/07/20/el-nuevo-derecho-civil-vasco/> (última consulta realizada el 9 de febrero de 2017); GRANADOS DE ASENSIO, D. M., 2015: *Notas sobre la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco*, <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/ley-de-derecho-civil-vasco/> http://www.paisvasco.notariado.org/?do=info&option=derecho_foral (última consulta realizada el 9 de febrero de 2017).

de suceder de acuerdo con lo previsto en el artículo 112, es el siguiente: 1º Hijos o descendientes; 2º Cónyuge viudo no separado legalmente o por mutuo acuerdo que conste de modo fehaciente o el superviviente de la pareja de hecho extinta por fallecimiento de uno de sus miembros; 3º Ascendientes y 4º Colaterales dentro del cuarto grado, por consanguinidad o adopción. Por consiguiente, buscado o no, lo cierto es que en lo que respecta al posicionamiento del cónyuge viudo en el orden de llamamientos la regulación vasca y la catalana son coincidentes. La coincidencia se plasma en la mejoría de la posición del cónyuge a la hora de acceder a la herencia intestada, ya sea frente a lo recogido en el Código Civil ya sea frente a lo establecido en otros ordenamientos de las demás Comunidades Autónomas con derecho propio⁵⁹.

Finalmente, indicar que en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, en su art. 53 (para Mallorca y Menorca), se dice: “*La sucesión ab intestato se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se reconocen al cónyuge viudo en el art. 45 y de lo previsto en el art. 51, ambos de esta Compilación*”, y en el art. 84 (para Ibiza y Formentera) se establece “*La sucesión intestada en Eivissa y Formentera se rige por las normas del Código civil. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el cónyuge viudo adquirirá, libre de fianza, en la sucesión del consorte difunto, el usufructo de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes y de dos terceras partes de la herencia en concurrencia con ascendientes*”⁶⁰. Y de modo similar se manifiesta la Ley de Derecho Civil de Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio), que establece en su art. 267 que “*Si no existieran personas que tengan derecho a heredar de acuerdo con lo establecido en la presente ley y lo dispuesto en las secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del capítulo IV del título III del Código civil, heredará la Comunidad Autónoma de Galicia*”⁶¹. Esto demuestra, a juicio de Nieto Alonso⁶², la poca relevancia que el legislador gallego ha querido concederle a la sucesión *ab intestato*, desechando la posibilidad de una regulación concreta y optando por la técnica de la remisión. Es decir, que tanto en Islas Baleares como en Galicia el orden de llamamientos sigue siendo el del derecho común, si bien en ambos se ha asimilado el conviviente de hecho al cónyuge supérstite⁶³.

⁵⁹ En una dirección muy similar se encamina el Anteproyecto de Ley 2009, de la Generalitat Valenciana de Sucesiones, art. 97.- “*La sucesión intestada a favor del cónyuge viudo o del conviviente estable.*

Si el causante muere sin hijos ni otros descendientes con derecho a sucederle ab intestato conforme al artículo anterior, esta Ley llama a la sucesión intestada de aquél a su cónyuge viudo o a la persona que con él conviviera en unión estable y le sobreviva. Si al difunto le sobrevivieren sus padres o alguno de ellos, aquéllos o éste conservarán su legítima en concurrencia con la atribución intestada al viudo o conviviente estable supérstite”.

<http://www.notariosregistradores.com/PROYECTOS/proyectos%20concretos/Valencia-sucesiones.pdf>

<http://docplayer.es/15597071-Anteproyecto-de-ley-2009-de-la-generalitat-valenciana-de-sucesiones.html> (última consulta realizada el 9 de febrero de 2017).

⁶⁰ F. LLODRÀ GRIMALT, «La sucesión intestada en Baleares», en GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1713 ss.; también en «La sucesión intestada en las Illes Balears», en CUADRADO IGLESIAS Y NÚÑEZ BOLUDA (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, vol. 2, Madrid, LA LEY, 2015, pp. 2027 ss. No obstante, “cuando el jurista se aleja de la realidad social sobre la que se proyecta el derecho, emprende un camino desviado”, a propósito del problema del derecho supletorio en materia de derecho de sucesiones en las Islas Baleares, vid. G. LEÓN PIÑA, «El régimen de sucesión intestada en las Islas Baleares», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n.º 168, 2013, pp. 48-55.

⁶¹ Por lo que respecta a la sucesión del cónyuge viudo y de la pareja de hecho supérstite, A. NIETO ALONSO, «La sucesión intestada en el derecho civil de Galicia», en GETE-ALONSO Y CALERA (dir.), *Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1771 ss.

⁶² Vid. A. NIETO ALONSO, «El régimen de sucesión intestada en Galicia», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n.º 168, 2013, pp. 32-37.

⁶³ La Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Islas Baleares, dice en su art. 13.- “*Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja*

CONCLUSIÓN

A modo de epílogo puede afirmarse que, bien por razón de consanguinidad, como en la antigua Roma, bien por razón de matrimonio, como en el derecho histórico, en el Código Civil o en las leyes forales hasta finales del siglo XX, bien por razón de afectividad, cariño o convivencia sin distinción de género, como dispone la más reciente legislación, tanto el cónyuge supérstite como la pareja conviviente han ido mejorando su posición en el orden de prelación de llamamientos en la sucesión intestada. Esta mejoría ha coincidido en el tiempo con una meridiana evolución en el concepto de familia, de troncal a nuclear, que está siendo relegada en favor de las relaciones de convivencia estables sean o no matrimoniales. Además, la citada mejoría ha evolucionado a la par que las transformaciones sociales, económicas, culturales y morales. Y todo ello ha confluído en que el cónyuge viudo o conviviente estable ocupen un lugar preferente en los llamamientos frente a cualquier otro pariente consanguíneo, salvo que sean descendientes directos en primer grado, cuando los hubiere, de modo tal que no debiera sorprendernos si en un futuro no muy lejano todos ellos, descendientes y cónyuge supérstite o conviviente, fueran llamados de forma conjunta y en el mismo orden, aunque en un porcentaje hereditario diferente.

REFERÊNCIAS

A. BALBÍN DE UNQUERA, «¿Qué lugar deben ocupar los cónyuges en la sucesión intestada?», en **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, vol. 37, nº 74, 1889, pp. 745-753

A. D'ORS, **El Código de Eurico. Edición. Palingenesia. Índices**, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2014, pp. 2 ss.

A. GÓMEZ, **Compendio de los comentarios extendidos a las ochenta y tres leyes de Toro**, Madrid, 1785, reimpresión facsimilar, Valladolid, Lex Nova, 1981, p. 52.

A. HERNÁNDEZ MORENO – F.M. ECHEVERRÍA SUMMERS, «El régimen de la sucesión intestada en Cataluña», en **Economist & Jurist**, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), nº. 168, 2013, pp. 38 ss.

A. MURILLO VILLAR, «El llamamiento sucesorio a favor del estado en ausencia de herederos: de Roma a la actualidad», en **Direito Romano. Poder e Direito, edição especial Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, (Coimbra Editora), Lisboa, 2013, pp. 53-70.

premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil balear prevé al cónyuge viudo”. En principio, en Galicia no existe, a pesar de tener competencias en materia de derecho civil, una ley concreta de parejas estables, como sí ocurre en otras comunidades autónomas. No obstante, en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia se estableció lo siguiente: “1. A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges. 2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. No pueden constituir parejas de hecho: a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción. b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona. 3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos. Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.”.

_____. «De la importancia de recordar que el derecho es un producto histórico», en **Foro Social nº 4, Revista de la Escuela de Relaciones Laborales de Burgos**, Burgos, 2003, pp. 8-12.

A. NIETO ALONSO, «El régimen de sucesión intestada en Galicia», en **Economist & Jurist**, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), nº. 168, 2013, pp. 32-37.

C. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, «La sucesión intestada en la ley de las Doce Tablas», en Murillo Villar (coord.), **Estudios de derecho romano en memoria de Benito M^a Reimundo Yanes**, vol. 1, Burgos, Universidad de Burgos, 2000, pp. 533-568.

Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

D. JIMÉNEZ LIÉBANA, «La mejora de la posición del cónyuge viudo en la sucesión intestada del Código Civil», en Herrero Oviedo (coord.), Domínguez Luelmo y García Rubio (dir.), **Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" T. F. Torres García**, Madrid, LA LEY, 2014, pp. 707 ss.

E. PÉREZ-PUJAZÓN – F.J. RODRÍGUEZ RAMOS, «El régimen de sucesión intestada en España. Régimen general», en **Economist & Jurist**, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), nº. 168, 2013, p. 21.

F. BONET RAMÓN, **Código civil comentado con su apéndices forales**, Madrid, AGUILAR, 1964.

F. GARCÍA GOYENA, **Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español I**, Madrid, 1852, reimpresión, Zaragoza, Cometa S.A., 1974.

F. LLODRÀ GRIMALT, «La sucesión intestada en Baleares», en Gete-Alonso y Calera (dir.), **Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco**, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1713 ss.

_____. «La sucesión intestada en las Illes Balears», en Cuadrado Iglesias y Núñez Boluda (dir.), **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo**, vol. 2, Madrid, La Ley, 2015, pp. 2027 ss.

F. RIVERO HERNÁNDEZ, «Panorama general de la reforma del derecho de familia en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en Ginés Castellet, (coord.) **La familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña**, Barcelona, BOSCH EDITOR, 2011.

F. SÁNCHEZ ROMÁN, **Estudios de Derecho civil**, tomo VI, vol. 3, Madrid, SUCESORES DE RIVADENEYRA, 1910.

G. LEÓN PIÑA, «El régimen de sucesión intestada en las Islas Baleares», en **Economist & Jurist**, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), nº. 168, 2013, pp. 48-55.

HEBRERO HERNÁNDEZ, J.A., 2015: **El nuevo Derecho Civil Vasco**, <https://tuguialegal.com/2015/07/20/el-nuevo-derecho-civil-vasco/> (última consulta realizada el 9 de febrero de 2017).

GRANADOS DE ASENSIO, D. M^a, 2015: **Notas sobre la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco**, <http://www.notariosyregistradores.com/web/cuadros/ley-de-derecho-civil-vasco/>. http://www.paisvasco.notariado.org/?do=info&option=derecho_foral (última consulta realizada el 9 de febrero de 2017).

J. ARIAS RAMOS – J.A. ARIAS BONET, **Derecho romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones**, 18ª ed., 7ª reimpresión, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1997.

J. ESCRICHE, **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**, s.v. “heredero legítimo o *ab intestato*”, 3ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Librería de la Señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, 1847, tomo 2º.

J.F. LASSO GAITE, **Crónica de la codificación española. Codificación civil (Génesis e historia del Código)**, II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970.

M. PÉREZ ESCOLAR, **El cónyuge supérstite en la sucesión intestada**, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 19 ss.

Mª A. ARQUED SANZ, «El régimen de sucesión intestada en Aragón», en **Economist & Jurist**, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), nº. 168, 2013, pp. 56-61.

Mª C. GETE-ALONSO Y CALERA, «La sucesión intestada incorporada al Código Civil de Catalunya (principios-innovaciones)», en **El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa**, Tossa de Mar, 25 i 26 de setembre de 2008, 2009, pp. 209-261.

Mª C. BAYOD LÓPEZ, «La sucesión intestada en Aragón», en Gete-Alonso y Calera (dir.), **Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco**, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1611 ss.

Mª CÁRCABA FERNÁNDEZ, «Derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada tras la reforma del Código Civil operada por Ley 11/1981 de 13 de mayo», en **La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía**, nº 1, 1986, p. 1177 nts.1 y 2. E. De La Iglesia Prados, **Análisis de la sucesión intestada**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 212 ss. nt.1.

_____. **Los derechos sucesorios del cónyuge viudo**, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1993, pp. 57 ss.

Mª YSÀS SOLANES, «La sucesión intestada en Cataluña», en Gete-Alonso y Calera, (dir.), **Tratado de derecho de sucesiones. Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco**, vol. 2, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, pp. 1681 ss.

_____. «La sucesión intestada en Cataluña: (Estado de la cuestión)», **Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola**, vol. 2, Madrid, CENTRO DE ESTUDIOS, 2006, pp. 2051 ss.

PÉREZ ESCOLAR, «Sucesión intestada del cónyuge supérstite», cit., pp. 2770.

PÉREZ ESCOLAR, **El cónyuge supérstite en la sucesión intestada**, cit., p. 27 ss.

S. CÁMARA LAPUENTE, «¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte», en Cámara Lapuente, (coord.), **Derecho Privado Europeo**, Madrid, Colex, 2003.

S. DE LLAMAS Y MOLINA, **Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro**, 2ª ed., Madrid, Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852, p. 67.

S. LLEBARÍA SAMPER, «La sucesión intestada del conviviente homosexual: Comentario a y desde la STSJ Cataluña, 9.3.2009», en **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**, nº. 3, 2009.

S. NAVAS NAVARRO, «La sucesión intestada de la Generalidad de Cataluña», **Anuario de Derecho Civil**, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1058 ss.

S. VALVERDE MARTÍNEZ, «La unificación del derecho sucesorio europeo», en *Economist & Jurist*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L., (21), n.º. 168, 2013.

W. PINTENS, «Die Europäisierung des Erbrechts», en **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)** 3, 2001.

Recebido em: 28 set. 2017.

Aceito em: 30 nov. 2017.

LOS INICIOS DEL IMPUESTO SUCESORIO EN EL DERECHO ROMANO

Maria Eugénia Ortuño Pérez

Doutora em Direito. Professora Titular de Direito Romano
da Universidade de Barcelona (Espanha).

RESUMEN: Teniendo en cuenta el contexto político-jurídico de finales de la República romana, se trata de determinar el origen y los motivos que llevaron al poder público de esta época a crear y aplicar, sin conseguirlo, una tasa que gravara las herencias.

PALABRAS CLAVE: Poder político; Inflación; Gastos militares; Impuestos indirectos; Egipto.

Os inícios do imposto sucessório no Direito Romano

RESUMO: Tendo em conta o contexto político-legal do fim da República Romana, trata-se de determinar a origem e os motivos que levaram o poder público deste período a criar e aplicar, sem sucesso, um imposto sobre a herança.

PALAVRAS-CHAVE: Poder político; Inflação; Despesas militares; Impostos indiretos; Egito.

Early beginnings of the inheritance tax in the Roman Law

ABSTRACT: Referred to the political and legal context of the late Roman Republic, the aim of this research is to determine the origins and reasons which act the public power to the creation and further failed application of a fee taxing inheritance.

KEYWORDS: Political context; Inflation; Military outlay; Indirect duties; Egypt.

INTRODUCCIÓN

La propuesta (año 5 d.C.), y la posterior aplicación (año 13 d.C.), de la *Lex Iulia de Vice-sima Hereditatium* por parte de Augusto, con la que estableció una tasa del 5% sobre las herencias y los legados otorgados a ciudadanos romanos¹, no fue más que el final de un largo recorrido que se había iniciado mucho tiempo antes. Se había planteado por César, al que siguieron sus sucesores, los triunviros Octaviano, Antonio y Lépido, consiguiendo idénticos resultados. En ninguno de los dos casos se logró su imposición, aunque por motivos distintos. En el primero, el dictador no pudo llevar a cabo su proyecto antes de ser asesinado. En el segundo, aunque se logró plantear su imposición, no llegó a aplicarse por la fuerte oposición popular.

El desarrollo de estos acontecimientos nos ha llevado a plantearnos cuáles fueron los motivos o las circunstancias que pudieron conducir al poder político romano de finales del S. I a.C., en plena crisis de la República, a plantear la creación e intentar la aplicación de este impuesto indirecto que debería gravar las transmisiones patrimoniales por causa de muerte. Y cuál pudo ser la fuente de su configuración.

Así, pues, nos hemos propuesto tratar de dejar al descubierto el origen y los motivos que llevaron a intentar la creación de esta tasa. Y para ello hemos llevado a cabo un estudio del

¹ Gai 3,125; Coll. XVI, 9,3. Dion Casio 55,25. Cfr.: ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*. (Hildesheim- Zürich – New York, 1990), p. 457.

contexto político-jurídico en el que se desarrollaron los acontecimientos, sirviéndonos, sobre todo, de las noticias históricas basadas en fuentes de esta misma naturaleza².

1 EL SEGUNDO TRIUNVIRATO Y LA APLICACIÓN DEL MEMORANDUM DE JULIO CÉSAR: EL ACTA CAESARIANA

Con el asesinato de Julio César³ finalizó también el breve período de paz conseguido con su dictadura⁴ tras el primer triunvirato⁵. Con su muerte, se interrumpió, también, la reorganización política y administrativa del Estado que estaba llevando a cabo paralelamente a la asunción de poderes personales⁶, a la vez que vaciaba de contenido las competencias de algunos órganos constitucionales republicanos⁷. Se ha dicho que “organizó una verdadera y propia reestructuración de las relaciones de poder en la ciudad”⁸. Su particular visión política, aparentemente basada en ideales democráticos, se centraba, de hecho, en un gobierno absolutista de corte helenístico, que él mismo pretendía ejercer mediante la dictadura político-militar⁹, de carácter constituyente

² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Perspectivas de estudio en temática de Derecho Administrativo romano surgidas a tenor del pensamiento y de la obra de Giambattista Impallomeni”, en *INDEX* 26 (1998), pp. 464 ss. ID., “Hacia un tratado de Derecho Administrativo y Fiscal Romano”, en *SDHI* 77 (2011), pp. 441-478 = *RGDR* 24 (2010).

³ El asesinato tuvo lugar el 17 de marzo del año 44 a.C. *Cfr.*: WARDE FOWLER, W., *Jules César et la fondation du régime impérial romain*. Trad. francesa (París, 1958), pp. 250 ss., entre otros.

⁴ DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*. Vol. IV. Parte prima. (Napoli, 1962), pp. 43 ss. BECERRA OLIVA, G., *La República romana: organización política, luchas sociales y guerras civiles*. (Buenos Aires, 1944), pp. 195 ss. ARBIZU, J. M., *Res Publica Opresa. Política popular en la crisis de la República (133-44 a.C.)*. (Madrid, 2000), pp. 305 ss. KAMM, A., *Iulius Caesar* (London-New York, 2006), pp. 101 ss. El período de paz se vio temporalmente interrumpido porque César tuvo que luchar contra los pompeyanos en España. Esta contienda se inició por el hijo de Pompeyo y por Labieno y finalizó en el año 45aC. con la victoria de César que, siendo ya cónsul, logró convertirse en dictador. *Cfr.*: PARIBENI, R., *L'età di Cesare e di Augusto*. (Bologna, 1950), pp. 196 y 201, respectivamente. Desde otra perspectiva, *cfr.*, también, CASCIONE, C., *Studi di Diritto Pubblico Romano*. (Napoli, 2010), p. 21 y nota 49. MASI DORIA, C., *Spretum Imperium*. (Napoli, 2000), pp. 207 ss.

⁵ PAIS, E., “L’aspirazione di Cesare al trono e l’opposizione tribunicia durante gli anni 45-44 aC”, en *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt. Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republik*. Vol. I, (Walter de Gruyter-Berlin-New York, 1973), pp. 313 ss. BECERRA OLIVA, G., *op.cit.*, pp. 179 ss.

⁶ PACCHIONI, G., *Breve Historia del Imperio Romano*. (Madrid, 1944), pp. 143 ss. PARIBENI, R., *op. cit.*, pp. 198 ss y, en especial, 201 ss. PAIS, E., *op. cit.*, pp. 346 ss. CÀSSOLA, F., - LABRUNA, L., *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*. 2ª ed. (Napoli, 1979), pp. 374 ss. CARCOPINO, J., *Julio César. El proceso clásico de la concentración del poder*. Trad. esp. 2ª ed. (Madrid, 2004), pp. 521 ss. KAMM, A., *op. cit.*, pp. 101 ss. ARBIZU, J. M., *op. cit.*, pp. 307 ss. CERAMI, P., “Cesare dictador e il suo progetto costituzionale: dal consociativismo al potere personale”, en *AUPA* 43 (1995), pp. 427 ss.

⁷ La relación de César con los magistrados ordinarios puede consultarse en MASI DORIA, C., *op. cit.*, pp. 207 ss.

⁸ MASI DORIA, C., *op. cit.*, p. 211 y nota 270.

⁹ Desde Sila se venía utilizando la dictadura como instrumento de dominio personal. Cicerón, *Phil.* I, I, 3; Apiano 3, 25; Dion Casio, 45, 51. *Cfr.*: DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.*, p. 47. Sobre el nombramiento del dictador y, en concreto, el de César, *cfr.*: CASCIONE, C., *op. cit.*, pp. 94 ss y, en especial, p. 21. Sobre la relación de César con los demás magistrados, *cfr.*: MASI DORIA, C., *op. cit.*, p. 209 y las fuentes bibliográficas que allí se citan.

que alcanzó carácter vitalicio¹⁰. Así César gobernó Roma, las provincias, los ejércitos y la política exterior¹¹. La magnitud de su poder fue tal que algunos han querido equipararlo al *imperium proconsulare maius et infinitum* del Principado.¹²

El dictador estaba planteando, de manera incipiente, una visión imperialista¹³. En aras de la misma, siguió un proceso de unificación política que, en cierta forma, ya se había iniciado durante las guerras sociales con la integración de los latinos y había continuado con la de los itálicos¹⁴. Faltaba dar un paso para llegar a que ambas, Roma e Italia, se fusionaran con las provincias, con lo que se evitaría la situación de privilegio de la primera; pero la fusión no llegó hasta el Principado¹⁵.

La política de César evidenciaba la progresiva disgregación de las instituciones republicanas y dejaba entrever la crisis interna de la *civitas*, que vio superado el fundamento de su convivencia basado hasta entonces en la relación *civitas-res publica*¹⁶. El modelo de Ciudad-Estado ya había iniciado su decadencia¹⁷.

La república aristocrática tradicional configurada por la *nobilitas* dejó paso a una aristocracia de base económica, los *equites*¹⁸, cuya riqueza les llevó a alcanzar grandes cotas de poder. Lo cual fue propiciado por el propio dictador al ampliar la clase política romana, incrementando el número de senadores con miembros de clases sociales y procedencias diversas siempre afines,

¹⁰ Dion Casio 44,8,4; 46,17,5; Apiano, 2,106; Cicerón, *Phil.* 2,34,87; César 57,1;76,1. Además de la dictadura y del consiguiente imperio *proconsular*, mediante un plebiscito, se le concedió la facultad de poderse presentar candidato al consulado durante cinco años consecutivos y otros atributos todos ellos tendentes al absolutismo. Dion Casio 42,20,3; 44,4,2;44,50,1, entre otras fuentes. Cfr. BETTI, E., *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*. A cura di G. CRIFÓ (Roma, 1982), p. 433. CÀSSOLA, F., - LABRUNA, L., *op. cit.*, pp. 320 ss. Sobre la naturaleza constituyente de Sila y de César, cfr.: MASI DORIA, C., *op. cit.*, p. 184, nota 176, y p. 207. DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.* Vol. IV, p. 47. BECERRA OLIVA, *op. cit.*, pp. 195 ARBIZU, J. M., *op. cit.*, pp. 307 ss. CASCIONE, C., *op. cit.*, pp. 21 22., entre otros.

¹¹ El acuerdo inicial se adoptó en Lucca en el año 56 a.C. Cfr.: Apiano 2,17; Cicerón, *Att.* 4, 8 b (a) 2 y 4,5,3. Después le siguieron otros acuerdos, hasta llegar a ostentar la dictadura perpetua en el año 44 a.C. La magnitud de los poderes de esta dictadura son absolutos porque el dictador había asumido todas las facultades que hasta entonces habían estado en manos del pueblo, las facultades de las magistraturas ordinarias y las del Senado. Sus competencias comprendían tanto el ámbito civil como el militar. Para una exhaustiva relación de las mismas. Cfr.: BETTI, E., *op. cit.*, p. 431 ss. PACCHIONI, G., *op. cit.*, pp. 144 ss. CÀSSOLA, F., - LABRUNA, L., *op. cit.*, pp. 370 ss. GIUFFRÈ, V., *Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda "respublica"*. (Napoli, 1973), pp. 63 ss. y, en especial, p. 72.

¹² BETTI, E., *op. cit.*, p. 431.

¹³ En relación a su pensamiento político, cfr.: GELZER, M., *Caesar, Der Politiker und Staatsmann*. (Wiesbaden, 1960), pp. 101 ss. Sobre la política de César, cfr.: DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.* Vol. IV. p. 365. WEISSMÜLLER, N. W., *Caesars Vorstellung von seiner Regierungsform*. (Muenster, 1969). MEIER, C., *Die Obnmacht des allmächtigen Diktator Caesar* (Munich, 1978).

¹⁴ *Lex Iulia de Civitate Latinis et Sociis Danda* (año 90aC) por la que se concedió la ciudadanía romana a *latinii* y *socii italicii* que no hubieran tomado parte en la guerra social. Después, la *Lex Papiria de Civitate Sociis Danda* (año 89 a.C.) amplió la concesión de la ciudadanía a los itálicos que en el término prescrito entregaran las armas. Cfr.: TORRENT, A., voz: *Lex Iulia de Civitate Latinis et Sociis Danda*, en *Diccionario de Derecho Romano*. (Madrid, 2005), p. 607.

¹⁵ PACCHIONI, G., *op. cit.*, p. 143. CÀSSOLA, F., - LABRUNA, L., *op. cit.*, pp. 377. AA. VV., *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*. (Coord. M. Talamanca), 2ª ed. (Milano, 1989), pp. 355 ss. CIZEK, E., *Mentalités et institutions politiques romaines*. (s/l, 1990), pp. 147 ss.

¹⁶ CICERÓN, M. T., *Tres discursos jurídicos*. Ed. y trad. de J. M. ROYO ARPÓN. (Madrid, 2004), pp. 21 ss. En relación a la situación concreta de las clases sociales, cfr.: ALFÖLDY, G., *Historia social de Roma*. Trad. esp. (Madrid, 1987), pp. 120 ss.

¹⁷ DE MARTINO, F., "Il modello della città stato", en *Diritto, Economia e Società nel mondo romano*. Vol. I. Diritto Pubblico. (Napoli, 1996), pp. 473 ss. TORRENT, A., *La constitutio antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I*. (Madrid, 2012), pp. 33 ss.

¹⁸ MASI DORIA, C., *op. cit.* p. 137 ss. Sobre la historia de los equites romanos, cfr.: ALFÖLDY, G., *Der frühromische Reiteradel und seine Ebnabzeichen*. (Roma, 1979), citada también por DE MARTINO, F., "Sulla Storia dell'equitatus romano", en *Diritto, Economia, op. cit.*, p. 281, en especial, nota 1, entre otros.

de algún modo, a su persona¹⁹. Este fue uno de los hechos que contribuyó a la creación del modelo político del Estado imperialista.

Julio César quería la unidad del imperio y gobernar a todos por igual. Y, para la consecución de sus objetivos políticos, programó la realización de una serie de medidas que afectaron a diversos ámbitos, entre las que se encuentran, la de una nueva organización administrativa y la elaboración de una compilación del derecho civil que sería aplicable a todos los habitantes²⁰.

Con la muerte del *imperator*²¹, los tiranicidas lograron trancar, momentáneamente, su política, su forma de gobierno y sus planes reformadores; pero no proveyeron quién iba a asumir el poder tras su muerte, posiblemente porque creyeron que, una vez eliminada la persona perturbadora de los principios republicanos, las instituciones retomarían su función original y que podría producirse la restauración oligárquica²². La realidad no fue exactamente así porque las instituciones por sí mismas no recobrarían sus antiguas competencias, ni los órganos extraordinarios creados por el *imperator* harían dejación de sus facultades si no había ningún poder político que los dirigiera expresamente hacia aquel fin. Este fue uno de los errores del plan tramado por los asesinos, quienes, lejos de conseguir sus objetivos, tuvieron que velar por su propia vida ante la situación de confusión, de desorden, de miedo y de anarquía que generó su proceder²³.

Tras algún intento de hacerse con el poder de manera individual y después de tratar de solucionar sin lograrlo toda la conflictividad existente, los propios tiranicidas, que, como se puntualizará más adelante, fueron amnistiados por el Senado a propuesta de Marco Antonio, Planco y Cicerón²⁴, le pidieron al propio cónsul Marco Antonio y a Lépido, nombrado por César *magister equitum*, que restauraran la República²⁵. Los planes del dictador pronto tuvieron continuación al asumir Marco Antonio el poder, apoyado militarmente por Lépido, a quien le prometió el pontificado máximo²⁶. Se hizo con el erario público²⁷ y centró su interés, especialmente, en los proyectos futuros que tenía previstos Julio César y que figuraban en un memorandum²⁸. Estos

¹⁹ PARIBENI, R., *op. cit.*, p. 356. CIZEK, E., *op. cit.*, pp. 147.

²⁰ *Ibid.*; D.1.2.44 (Pomp., *lib. sing. Ench*). Cfr.: PARIBENI, R., *op. cit.*, p. 199. La elaboración de la compilación, pudo encargarse al jurista Aulo Ofilio, que contó con gran prestigio, no sólo por ser amigo personal de César y *auditor* de Servio Sulpicio Rufo, sino por su *auctoritas* personal y por su formación helenística todo lo cual quedó reflejado en su trabajo, en especial, el realizado sobre el orden del edicto del pretor. Cfr.: DOMINGO, R., “La jurisprudencia romana, cuna del Derecho”, en *Revista Jurídica*. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Santiago de Guayaquil. Ecuador. [Revista Jurídica on line]. 2013, p. 5 y 7. CERAMI, P., “Il sistema Ofiliano”, en *La Codificazione nel Diritto dall'antico al Moderno*. (Coord. E. Dove). (Napoli, 1998), pp. 83 ss.. Sobre la referencia a las vigésimas en la obra de Ofilio, cfr.: ORTUÑO PEREZ, M. E., “Aulo Ofilio: *De legibus vicensimae primus conscribit*”, pendiente de publicación. Sobre las reformas efectuadas por César, cfr.: CARCOPINO, J., *op. cit.*, pp. 520 ss. ROLDÁN, J. M., *Historia de Roma*. T. I. *La República Romana*. 5ª ed. (Madrid, 1999), pp. 625 ss.

²¹ Hasta entonces, el título de *Imperator* sólo había sido utilizado por los Jefes militares victoriosos. Entre otros, cfr.: TORRENT, A., *voz: Imperator*, en *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 433.

²² BETTI, E., *op. cit.*, 456 ss. ARANGIO RUIZ, V., *Historia del Derecho de Roma*. 4ª ed. Trad. esp. (Madrid 1980), pp. 249 ss.

²³ Apiano describe de manera pormenorizada los acontecimientos, cfr.: Apiano 3,2-3; 3,4 y 3,5.

²⁴ Plutarco, *Brut.* 19; *Ant.* 14,2. Cic. 42,2.

²⁵ Cicerón, *Phil.* 2,89. Cfr.: BETTI, E., *op. cit.*, p. 457.

²⁶ Dion Casio 44,53,6. Cfr.: TONDO, S., *Profilo di storia costituzionale romana*. (Milano, 2010), p. 214.

²⁷ Cicerón, *Phil.* 2,93; 5,11.15; 8,26,12,13. Apiano 3,52,215 (14-15); 54-224; Vell. 2,60,4. Todo ello citado en: BETTI, E., *op. cit.*, p. 457, nota 8.

²⁸ Sin perjuicio de lo expresado, hay que considerar también que Cicerón pronunció un discurso en el Senado contra Marco Antonio en el que decía que debían derogarse todas las leyes porque habían sido aprobadas con violencia; entre ellas, la ley de *dictadura in perpetuum tollenda*, que entendía que debía votarse de nuevo. Cfr.: Cicerón, *Phil.* 5,4,10. La oposición de Cicerón se refería a la dictadura y todo lo aprobado por ella debía derogarse por haberlo aprobado un órgano ilegal. Sobre esta problemática, cfr.: DE MARTINO, F., “Sugli aspetti giuridici...”, *op. cit.*, pp. 515 ss.

escritos se conocen también como *Acta Caesariana*²⁹ y le fueron entregados por su viuda junto al patrimonio privado de aquél³⁰.

A imagen del dictador, Marco Antonio realizó algunas reformas; una parte de ellas estaban amparadas en lo que constaba efectivamente en el *Acta* y otras eran de su propia iniciativa, pero falsamente atribuidas a César. En realidad, la mayor parte de las mismas, las llevaba a cabo para ganarse voluntades³¹. Promulgó también una serie de leyes tendentes a hacer recaer en su persona el poder que le permitiera ejercer la dirección y el gobierno de las provincias más estratégicas³².

Marco Antonio logró un acuerdo político con el Senado en virtud del cual se aprobó la conformidad del *Acta Caesariana* y la amnistía de los asesinos del dictador.³³ Todo ello se hizo en aras de mantener una paz más aparente que real. Marco Antonio no cesó en su empeño e hizo ratificar por el pueblo el senadoconsulto por el que se había confirmado el *Acta* citada, mediante una *lex data*, la *Lex de Actis Caesaris Confirmandis*³⁴ (17 de marzo del año 44 aC), en la que se obvió el trámite del *trinundinum*, y, por consiguiente, no se respetó el plazo de tiempo que debe mediar entre la propuesta pública formal de la ley y su aprobación³⁵. En la confirmación se hizo especial mención a las leyes coloniales agrarias³⁶ y se incluyó en el *Acta* no sólo lo que César había dejado escrito, sino también las disposiciones no publicadas³⁷. La condición que había ostentado el dictador permitía que su voluntad bastara por sí misma, sin necesidad de tener que

²⁹ Apiano 2,125. César recogió por escrito su plan estratégico de actuación, que se ha conocido como *Acta Caesariana*. La doctrina, apoyándose en las noticias aportadas por Cicerón, Apiano y Dion Casio y en atención a los hechos acontecidos, postula una interpretación amplia de dicho escrito, en el sentido de considerar incluida en ella, no sólo lo realmente escrito sino todas aquellas disposiciones y decisiones adoptadas por César aunque no se hallaran en el texto. La legitimidad de todo ello vendría dada por las facultades del dictador, que tenía pleno control del ejército y, de ahí, que se le atribuyera el calificativo de *Imperator*. Hasta entonces, este término se había utilizado para designar al magistrado que estaba al frente del ejército vencedor. Podía también decidir por sí mismo si se entraba en guerra; y tenía el poder absoluto sobre el erario público. Su *potestas censoria* le permitía, no sólo el control de las finanzas públicas, sino también la imposición fiscal. Cfr.: BETTI, E., *op. cit.*, p. 460 y, en especial, las fuentes literarias citadas en las notas 32 y 33. CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Storia di Roma, tra diritto e potere*. (s/l, 2009), pp. 272 ss.

³⁰ En relación al erario público, cfr.: Apiano, 3,52,215 (14-15); 3,54,224; Dion Casio 45,24,1. En relación a la documentación y el patrimonio de César, cfr.: Apiano, 2,125,524; 3,5,16 (4-5), 17,63; Dion Casio, 44,53,2-3; 46,23,1-2; Plutarco, *Ant.* 15; Cicerón, *Phil.* 2,35; 3,30. Cfr.: PACCHIONI, G., *op. cit.*, p. 150. BETTI, E., *op. cit.*, p. 457.

³¹ Apiano 3,5. Cfr.: por ejemplo, la *Lex Iulia de Exilibus Revocandis*, que fue promulgada por Marco Antonio en aplicación del *Acta Caesariana*, con la que hizo regresar a Roma a diversos exiliados. Cicerón, *Phil.* 2,38,98; 5,4,11. Dion Casio 45,25,2; 46,15,2.

³² De entre la estas *leges* pueden resaltarse, entre otras, la *Lex Antonia de Permutatione Provinciarum* que se votó con oposición del Senado en los *comitia tributa* y que dejó de aplicarse después de su consulado. En ella se asignaron a Marco Antonio los territorios de la Galia Cesalpina y una parte de la Transalpina. Cfr.: Cicerón, *Phil.* 1,10, 25-26. GUTIERREZ ALVIZ, F., voz: *Lex Antonia Iudiciaria*, en *Diccionario de Derecho Romano*. (Madrid, 1982), p. 326. La *Lex Antonia Iudiciaria*, por la que Marco Antonio estableció que se reclutaran entre excenturiones la tercera decuria de jueces. Cfr.: ROTONDI, G., *op. cit.*, p. 431. La *Lex Iulia de Civitate Siculis Danda*, publicada también por Marco Antonio, por la que se concedía la ciudadanía a los sicilianos. Todas estas leyes fueron promulgadas en el año 44 a.C., y se plantearon como ejecución del *Acta Caesariana*. Cfr.: ROTONDI, G., *op. cit.*, pp. 429 ss.

³³ Apiano 2, 133-134,135,563. Dion Casio 44,34,1; 45,23,4. Cicerón, *Phil.* 1,2,16. Cfr. TONDO, S., *op. cit.*, p. 216. BETTI, E., *op. cit.*, p. 460. DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.* Vol.IV. pp. 46 ss.

³⁴ Apiano 2,135; 3,5 y 22; Dion Casio 44,53,2; 45,23. Cicerón, *Phil.* 5,10; 1,25,2,6. Cicerón, *Phil.* 5,3,8; 5,4,10; 1,7,16; 1,10,24; 2,39,100; 6,2,3; 10,8,17; 13,15,31; Cicerón, *ad fam.*, 12,14,6. Cicerón, *ad att.*, 14,9,2; 14,12,1. Cfr.: ROTONDI, G., *op. cit.*, pp. 429-430.

³⁵ ROTONDI, G., *op. cit.*, pp. 123 ss. Cosa distinta al caso que contemplamos es el *trinundinum* referido en las XII Tab. a los casos de insolvencia del deudor en los procesos civiles. Cfr.: TORRENT, A., voz: *Trinundinum*, en *Diccionario*, *op. cit.*, p. 1392.

³⁶ Apiano 2,135. Cfr.: BETTI, E., *op. cit.*, p. 458.

³⁷ Apiano 2,134,562 (18-19); Apiano 2, 135,563 (4-5); Apiano 3,5,16 (3-4); Dion Casio 44,53,2.

recurrir al cumplimiento de requisito formal alguno³⁸. El propio Marco Antonio mandó que una serie de *leges* fueran consideradas como parte integrante del *Acta Caesariana*³⁹.

Urgía a Marco Antonio la confirmación del *Acta* para poder legitimar su conducta en base a la misma. Pero pese haber obtenido la legitimación formal no logró evitar las suspicacias y desconfianzas generadas en relación a su particular aplicación. Marco Antonio necesitaba ganarse la confianza del Senado y para ello, tres meses después de su confirmación (el 3 de junio), él mismo promovió que algunos tribunos propusieran y aprobaran un plebiscito -*Plebiscitum de Caesaris Actis cognoscendis cum consilio*⁴⁰- con el objeto de confiar el examen del *Acta Caesariana* a los dos cónsules, que actuarían asistidos por una comisión, dado que el *Acta* aún no había sido publicada⁴¹. Pero todo ello no fue más que una estrategia para privar al Senado de un control efectivo.

La apertura del testamento de César provocó que apareciera en la escena política Octavio, que había sido adoptado por el dictador⁴² -y, más tarde, cuando accedió al consulado adoptó su propia onomástica, *C. Iulius Caesar Octavianus*⁴³-, y a quien designó también como su heredero. Octavio, a partir de entonces, no se conformó con adquirir simplemente su patrimonio, que en principio le fue negado por Marco Antonio, sino que quiso hacerse con el poder, sin importarle que, para ello, tuviera que incurrir en la ilegalidad y correr el riesgo de que pudieran acusarle de alta traición, por haber constituido un ejército privado que estaba exclusivamente bajo su mando, a cambio de recibir una remuneración económica⁴⁴.

No es este el lugar para detallar la actuación que llevaron a cabo Marco Antonio y Octaviano. Éstos gozaban del apoyo del sector político de los cesarianos o populares, quienes les ayudaron a hacer frente a los opositores -los republicanos o partido senatorial- entre los que se encontraban los tiranicidas. Fueron muchas las estrategias y las alianzas adoptadas por Marco Antonio y por Octaviano, el primero para mantenerse en el poder y el segundo para hacerse con él⁴⁵. Los méritos que podían alegar radicaban en sus propias habilidades y en el apoyo del ejército. Se trataba de una lucha personal, en la que cada uno pretendía continuar el régimen político de César, haciéndose con el poder personal, tiránico y de carácter revolucionario que éste tuvo. Era el preludio de una nueva guerra civil que no llegó a iniciarse de inmediato, por una aparente reconciliación que no se mantuvo mucho tiempo⁴⁶. Momentáneamente se optó por recurrir al pacto.

³⁸ BETTI, E., *op. cit.*, p. 460.

³⁹ Esta *lex* fueron: *Lex Iulia de insula Creta*; *Lex Iulia de Exilibus Revocandis*; *Lex Iulia de Civitate Siculis Danda*; *Lex Iulia de Rege Deiotaro*; entre otras, todas ellas del año 44 a.C., y pueden consultarse en: ROTONDI, G., *op. cit.*, pp. 430 ss.

⁴⁰ Apiano 3,5,16 (2-4); 22,81 (17-18); Dion Casio 44,53,2;45,23,5.

⁴¹ Dion Casio 44,53,4; Cicerón, *ad att.* 16,16,11. *Cfr.*: ROTONDI, G., *op. cit.*, p. 432-433 y las fuentes literarias que allí se citan.

⁴² Apiano 3,14; Suetonio, *Caes.* 83. Se dió así una continuación al nombre familiar, a la vez que se conseguía el apoyo de la clientela del adoptante en favor del adoptado.

⁴³ *Cfr.*: Apiano 3,94; Dion Casio 46,47,4. En adelante Octaviano. Era una *adoptio in familiam nomenque*. Al tratarse de una adopción testamentaria, por sí misma no implicaba una sucesión *per universitatem*, sino que para la transmisión del patrimonio era necesario, como ocurrió en este caso, que el causante, a saber César, le dejara su patrimonio. La eficacia de esta adopción se centraba en el *nomen*. *Cfr.*: Entre otros, ALBERTARIO, E., "In tema di adozione romana", en *Studi Albertario* 1 (1953), pp. 131 ss. LEMOSSE, M., "L'adoption d'Octave et ses rapports avec les regles traditionnelles du droit civil", en *Studi Albertario* I (1953), pp. 369 ss. TONDO, S., *op. cit.*, p. 219, nota 38. *Cfr.*: También: Apiano 3,29. Pone en cuestión este tipo de adopción, DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.*, p. 90. SHOTTER, D., *The Fallo f the Roman Republic*. (London-New York, 1994), p. 87.

⁴⁴ GIUFFRÈ, V., *Homines militares e status rei publicae*. Torsioni di una costituzione. (Napoli, 2013), p. 90.

⁴⁵ BETTI, E., *op. cit.*, pp. 474 ss.

⁴⁶ La exposición pormenorizada de los hechos puede consultarse en BETTI, E., *op. cit.*, pp. 498 ss. y PARIBENI, R., *op. cit.*, pp. 268 ss.

El acuerdo generó de nuevo un poder excepcional, al que legalmente se le confirió una duración limitada⁴⁷, imitando lo que, en un principio, había hecho su antecesor César. Y, a la vez, se mantenía, aunque sólo fuera como estrategia, un elemento propio y significativo de la República ordinaria⁴⁸; se creó el segundo triunvirato, en el que los triunviros, Marco Antonio, Octaviano y Lépido, se hicieron con poderes absolutos, tanto en el ámbito de gobierno como en el militar (*imperium proconsulare maius*), que deberían ejercer de manera consensuada, concentrando en sus manos la obligación de reordenar la *res publica* y restaurar el orden republicano, sin limitación alguna⁴⁹. No obstante ello, los triunviros no pretendían realmente dicha restauración. Como César, tuvieron claro que debían contar con el ejército, porque el mismo estaba al servicio de la política, y ésta dependía para todo de aquél.

La constitución del triunvirato no conllevó el cese de las confrontaciones políticas. Se libró una nueva guerra civil⁵⁰, la guerra de Perusia (años 41aC.-40 a.C.), en la que el cónsul Lucio Antonio, hermano de Marco Antonio, apoyado por la esposa de éste último, Fulvia, con quien se acababa de casar, reclutaron unas legiones para enfrentarse al enemigo político de su marido y hermano, Octaviano.

Esta guerra escondía su auténtica finalidad. El cónsul manifestaba abiertamente que el triunvirato había cumplido ya su cometido y que debía restaurarse el funcionamiento normal de la República. Pero la realidad era muy distinta; su verdadero propósito era levantar a la población contra Octaviano para que su hermano se hiciera con el poder absoluto. En realidad, querían acabar con su colega que a la vez era su enemigo político. Venció Octaviano y tras la muerte de Fulvia en el exilio, el mismo año 40 a.C., Marco Antonio y Octaviano firmaron el tratado de Brindisi, que puso fin a esta contienda.

En este mismo año, ambos triunviros retomaron la confrontación contra Sexto Pompeyo, cuyo posicionamiento político a favor de la clase senatorial y su control sobre el ejército naval, le habían llevado ya a enfrentarse con César. Los triunviros precisaban hacerse con dicho control para garantizar el abastecimiento de Roma y para poder detentar la defensa naval. Sus contiendas duraron varios años en los que del tratado de paz (paz de Miseno año 39 a.C.)⁵¹, pasaron a nuevas guerras en las que las victorias se iban alternando con las derrotas. Los acontecimientos se fueron sucediendo hasta llegar a la derrota de Pompeyo y a la expulsión de Lépido del triunvirato⁵².

En definitiva, desde el asesinato de César se instauró un régimen militarizado, en el que la fuerza armada estaba en manos de los triunviros, como lo estaba también cualquier acto propio del régimen constitucional ordinario, que por las características de su poder quedaban exclusivamente sometidas a su voluntad. Planteamiento que tuvo solución de continuidad cuando Octaviano y Marco Antonio desarrollaron una acción conjunta para repartirse el poder⁵³.

⁴⁷ D'ORS, A., "Cicerón, sobre el Estado de excepción", en *Ensayos de Teoría Política* (Pamplona, 1979), p. 168.

⁴⁸ LAFFI, V., "Poderes triunvirales y órganos republicanos", en *Sociedad y política en la Roma republicana. (Siglos III a I a.C.)*. (Pisa, 2000), pp. 297 ss. ID., "Il triumvirato costituente alla fine della repubblica romana", en *Scritti in onore di M. A. Levi* (Como, 1993), pp. 37 ss. SHOTTER, D., *op. cit.*, pp. 93 ss.

⁴⁹ La legitimación de dicho acuerdo provino de la *Lex Titia de Triunviris Rei Publicae Constituendae*, de 27 de noviembre de 43 a.C., que les reconoció el *status* de *triumviri rei publicae constituendae* por 5 años. Se pretendía conquistar el poder en contra de la aristocracia senatorial, que apoyaba a los asesinos de César y que quería hacerse con el gobierno de Roma. Cfr.: DE MARTINO, F., "Sugli aspetti giuridici...", *op. cit.*, pp. 515 ss.

⁵⁰ Destaca la guerra como un potente motor económico romano: MASI DORIA, C., *Modelli giuridici, prassi di cambio e "medium" linguistico. Un itinerario dell'espansionismo romano*. (Napoli, 2012), pp. 53 ss.

⁵¹ En el año 38, Octaviano asumió el *praenomen* de *imperator*. Fue sancionado por el Senado en el 29 a.C., cf.: GIUFFRÈ, V., *Homines...*, *op. cit.*, p. 92, entre otros.

⁵² Un resumen pormenorizado de los acontecimientos puede consultarse en GIUFFRÈ, V., *Homines...*, *op. cit.*, p. 92 ss. Para un tratamiento más amplio, cfr.: DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.*, pp. 71 ss.

⁵³ DE MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, *op. cit.* Vol. IV. pp. 73 ss.

Los acuerdos basados en criterios de oportunidad e interés político estaban a la orden del día. No es pues de extrañar, que quien en algún momento hubiera pactado con una corriente política, después luchara contra ella. Se inició un período de los más convulsos y complejos de la historia de Roma⁵⁴ en el que intentaban convivir los principios republicanos con las luchas por hacerse con el poder personal, libradas entre los partidarios de las diversas corrientes políticas, que pactaban y se aliaban con quien mejor les pudiera facilitar el acceso al poder o les pudiera mantener en él, sin ningún tipo de escrúpulo ni moral ni ideológico. Las luchas eran políticas y se ponían todos los medios de la Republica, incluso los económicos, al servicio de las mismas⁵⁵. Fue un período de confrontación de intereses y de guerras civiles, en el que el poder se ejercía de hecho, ya que se trataba de un poder militar.

La lucha contra Sexto Pompeyo ocasionó grandes gastos militares y, a la vez, constituyó un grave peligro para el abastecimiento de alimentos a la población, porque su posición estratégica le permitía controlar y, normalmente, saquear, las flotas que transportaban alimentos procedentes de Egipto y de las provincias orientales⁵⁶. Se llegó a padecer hambruna.

La situación financiera era ruinosa. El ejército tenía una implicación directa en la política y resultaba imprescindible, y los gastos de su mantenimiento eran muy elevados y difíciles de sufragar. Los gastos del Estado sobrepasaban con creces a sus ingresos por lo que se vivía una situación inflacionaria grave y la población no podía soportar más cargas⁵⁷.

La República vivía sus últimos momentos; la situación era límite. La sociedad estaba sometida a la tiranía y al despotismo de quienes ejercían el poder político que, en estos momentos, estaba vinculado al poder militar. Dominaba la arbitrariedad y la fuerza.

El triunvirato no se disolvió hasta entrado el año 33 a.C.

2 LA SITUACIÓN INFLACIONARIA Y EL EMPEÑO POR SUPERARLA

El avituallamiento de las ciudades se vio interrumpido porqué la mayor parte de alimentos llegaban a Roma por vía marítima. Los mercaderes, tanto de Oriente como de Occidente, no se atrevían a navegar por miedo a las tropas de Pompeyo que dominaban los litorales de ambas costas. La población romana estaba azotada por la hambruna; los alimentos escaseaban y su precio se había incrementado desmesuradamente.

La población estaba exaltada ante esta situación a la que se había llegado como consecuencia de los enfrentamientos de Octaviano y Marco Antonio con Pompeyo. Marco Antonio era proclive a solucionar las contiendas; pero no así Octaviano que no cedió ante las presiones del primero. Se le pidió que pusiera fin cuanto antes a la guerra, ya que no había dinero para mantenerla. Una manera de proveer al erario fue la promulgación de un edicto en el que se impuso la obligación a los propietarios de los esclavos que aportaran por cada uno de ellos la mitad de las veinticinco dracmas fijadas para la guerra de Casio y Bruto⁵⁸.

⁵⁴ *Ibid*, pp. 43 ss.

⁵⁵ DE MARTINO, F., "Motivi economici nelle lotte dei popolari", en *Diritto. Economia...*, *op. cit.*, pp. 299 ss., en especial p. 300.

⁵⁶ Los triunviros decidieron acabar la guerra por los riesgos que comportaba la misma y, al año siguiente de iniciarse, se firmó el Pacto de Misenio (39 a.C.).

⁵⁷ La situación inflacionaria provenía ya del gobierno de César. *Cfr.*: TORRENT, A., "Inflación y proceso en la legislación municipal", en *RIDA* 29 (1972), p. 465.

⁵⁸ Dion Casio 47,17,4. NICOLET, C., *Tributum. Recherches sur la fiscalité directe sous la République romaine*. (Bonn,1976), p. 89.

Incidía en esta crisis económica el gran desequilibrio existente entre las clases sociales. La aristocracia y en especial la nueva aristocracia constituida por los *equites*, poseedores de cuantiosas fortunas, se beneficiaron ampliamente de las riquezas obtenidas por Roma como consecuencia de la anexión imperialista de los nuevos territorios. Se extendieron las propiedades latifundistas que los terratenientes explotaban con sus esclavos. Frente a ellos una masa de población empobrecida era víctima de las luchas políticas y de las guerras civiles⁵⁹. Se produjo una emigración hacia la ciudad por parte de los campesinos perjudicados por el latifundismo y, una vez allí, fueron utilizados como grupos de presión por las diferentes tendencias políticas.

La economía era totalmente inestable y desequilibrada; mucho de ello fue heredado de la política de César cuyas medidas llevaron a una situación de completa inflación⁶⁰.

Las confrontaciones generaron gastos en exceso que las arcas públicas no podían sufragar; en muchas ocasiones se saquearon los patrimonios de muchos ciudadanos para llenar las cajas de los jefes militares o para repartirlos entre los soldados victoriosos y veteranos del ejército. La venta en pública subasta del sobrante del botín una vez honrado el cónsul o el general victorioso⁶¹ se hacía de manera fraudulenta, por cantidades irrisorias para favorecer a los sujetos proclives al poder⁶².

Se generó un auténtico conflicto de intereses entre los veteranos del ejército y los pequeños y medianos propietarios rurales, porque caía sobre ellos las asignaciones de tierras a dichos veteranos por haberse agotado prácticamente el *ager publicus*. Estas asignaciones se convirtieron en auténticas confiscaciones⁶³.

Desde la reforma de Mario del año 107 a.C.⁶⁴, el ejército dejó de identificarse con el *populus romano* y también dejó de ser un honor de los *cives* el formar parte del mismo. Ya no tenía el carácter ciudadano que le había significado hasta entonces y ya no se luchaba por la *res publica*. El tipo de ejército compuesto por campesinos y por propietarios itálicos fue dejando paso a un ejército integrado por mercenarios profesionales movidos por sus propios intereses y que rendían tributo a quienes les habían contratado⁶⁵. Estaban al mando los generales, también profesionales, quienes, poco a poco, además del mando militar, fueron asumiendo el mando político, perjudicando con ello la posición del Senado y de los Comicios. Los militares eran conscientes de la importancia de la labor que debía cumplir el ejército, tanto desde el punto de vista interno, con su participación en las diferentes guerras civiles, como externo, ya que también debían contribuir a crear y mantener el Imperio que se estaba formando.

⁵⁹ POLVERINI, L., "L'aspetto sociale del passaggio dalla repubblica al principato", en *Aevum* 38 (1964); 39 (1965).

⁶⁰ Las guerras constantes, las numerosas obras públicas y el incremento de las pagas de los soldados a cargo del erario del Estado fueron factores determinantes para llegar a esta situación. Cfr.: TORRENT, A., "Inflación...", *op. cit.*, pp. 449 ss, y en especial, p. 465.

⁶¹ ROSTOVITZ, M., *Historia Social y Económica del Imperio Romano*. I. Trad. esp. (Madrid, 1937), pp. 66 ss. DI RENZO, F., *La finanza antica*. (Milano, 1955), pp. 97 ss.

⁶² Una prueba de ello se encuentra en César, que aunque quiso corregir los desmanes que se producían en este sentido, estableciendo que los bienes se vendieran según su valor real, él mismo favoreció que Marco Antonio, su favorito, adquiriera todos los bienes de Pompeyo. Cfr.: DI RENZO, F., *op. cit.*, p. 151.

⁶³ NEUMANN, A., voz: "Veterani", en *PW. Supl.* 9 (Stuttgart, 1962), pp. 1597 ss. TALAMANCA, M., *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*. (Milano, 1989), pp. 367.

⁶⁴ Mario realizó la reforma en el año 107 a.C. En relación a la misma, puede consultarse, entre otros, MARIN Y PEÑA, M., *Instituciones Militares Romanas*. (Madrid, 1956), pp. 47 ss. GABBA, E., "El consenso popular a la política expansionista romana (siglo III-II a.C.)", en GABBA, E & LAFFI, V., *Sociedad política en la Roma republicana* (Pisa, 2000), pp. 209 ss. GIUFFRÈ, V., *Homines (...)*, *op. cit.*, pp. 29 ss. BLANCH NOUGUÉS, J. Mª., "Una visión histórico-jurídica sobre el ejército romano", en *RGDR* 17 (2011), pp. 1 ss.

⁶⁵ Giuffrè puntualiza que aunque el ejército fuera profesional, no por ello tenía que ser mercenario. Cfr.: GIUFFRÈ, V., *Homines...*, *op. cit.*, p. 43.

A partir de César, el ejército era permanente y estaba constituido, normalmente, por personas sin bienes a los que se les pagaba una remuneración ordinaria⁶⁶. La pertenencia al ejército era su *modus vivendi* y luchaban movidos por la compensación que iban a recibir, en dinero y en asignación de tierras, cuando finalizara la contienda. Surgió lo que Guiffre denomina patronato, por haberse creado situaciones de dependencia vital entre el jefe militar y su ejército⁶⁷. Se generó el clientelismo militar que se incorporó al de carácter civil ya existente⁶⁸. Apareció también el caudillaje⁶⁹ y las fuentes literarias dan cuenta de la existencia de ejércitos privados y del temor que éstos generaban a la propia constitución republicana⁷⁰.

El ejército aún siendo permanente, no era unitario, ya que cada triunviro tenía bajo su autoridad un número de legiones. Se identificaba con el personaje público que lo había formado⁷¹. Y fue también una actividad altamente rentable para sus miembros, ya que tenían en sus manos la fuerza que utilizaba cada sector para hacer valer sus pretensiones.

La individualización y la autonomía fue tal que la proclamación de los triunfos del ejército dejó de seguir el cauce constitucional ordinario y ser declarado por el Senado, para pasar a ser por la aclamación del respectivo ejército⁷².

El poder militar fue creciendo a lo largo de los años, a la vez que se incrementó su relación con el poder político hasta pasar a ser un elemento fundamental del mismo. Los jefes militares se convirtieron en un poder fáctico y la satisfacción de sus necesidades y de su lealtad se tradujo en un problema de Estado. En definitiva, el ejército se convirtió en un grupo privilegiado a quien el poder político era consciente de que debía contentar y la prueba de ello se encuentra en algunas de las medidas adoptadas⁷³.

Entre estas medidas están el reparto y la asignación de tierras a los veteranos⁷⁴. Los triunviros y, más en concreto, Octaviano, en el año 41 a.C., fijó las reglas de reparto y centralizó la dirección del mismo en Roma⁷⁵. Siguiendo la política iniciada por César⁷⁶, Octaviano dividió todo el territorio que tenía que ser objeto de adjudicación, de tal manera que le permitía, por un lado, saber dónde ubicar las instalaciones militares y, por otro, la porción de tierra que podría asignarse a cada soldado; tierras, que eran elegidas entre las más fértiles⁷⁷. Esta división formaba parte de una estrategia política con la que los triunviros se aseguraban la fidelidad del ejército, al poder prometer exactamente lo que podría recibir cada soldado.

En todo caso, se favoreció al ejército en detrimento de la población. Y así, en caso de interesar alguna tierra de propiedad privada, no existía inconveniente alguno en expropiar a sus titulares.

⁶⁶ GIUFFRÈ, V., *Aspetti...*, pp 21 ss. Más tarde, con Augusto, se creó el *peculium castrense* para retribuir a los *filius familiae* que formaran parte de las legiones.

⁶⁷ GIUFFRÈ, V., *Aspetti...*, op. cit., pp. 23 ss. ID., *Homines...*, op. cit., pp. 40 ss.

⁶⁸ MOMMSEN, T., *Compendio del Derecho Público Romano*. 1ª ed. Argentina (Buenos Aires, 1942), pp. 27 ss. DENIAUX, E., *Clientèles et pouvoir à l'époque de Cicerón*. (Roma, 1993), pp. 287 ss.

⁶⁹ FUENTESECA, P., *Historia del Derecho Romano*. (Madrid, 1987), p. 235.

⁷⁰ Cfr.: Cicerón, *Phil.* 10,5,12; Apiano, 1,2,7; 1,34,151; 4,93,39, entre otras.

⁷¹ GIUFFRÈ, V., *Homines...*, op. cit., p. 67.

⁷² GIUFFRÈ, V., *Aspetti...*, op. cit., pp. 43 ss.

⁷³ Alude a estas medidas de los triunviros: Apiano 4,5.

⁷⁴ ROSTOVITZ, M., op. cit., pp. 70 ss.

⁷⁵ Apiano, 5,16,66

⁷⁶ *Lex Iulia Agraria* (59 aC), además de la *Lex Iulia Municipalis* (49-44 a.C.), que se discute si fue de César o de Augusto. Cfr.: Entre otros, TORRENT, A., Voz: *Lex Iulia (Caesaris) Agraria*, en *Diccionario*, op. cit., p. 607. ID., *Lex Iulia (Caesaris) Municipalis*, p. 609.

⁷⁷ HINRICHS, F. T., *Histoire des Institutions Gromaticques*. (París, 1989), pp. 66 ss.

El carácter político del reparto era indudable y no importó que los titulares de las fincas rústicas habitaran en Roma. La asignación de las tierras creaba con los beneficiarios de las mismas una especie de relación de protección.

Estas medidas estaban orquestadas por el poder político en aras de la obtención de un mayor apoyo de quien era el elemento fundamental para hacer valer sus pretensiones, con el empleo de la fuerza si era necesario.

De esta suerte, los gastos de mantenimiento del ejército no sólo azotaron fuertemente al erario del Estado, sino que también afectaron a los patrimonios de los ciudadanos. Pero el ejército era imprescindible y para intentar sufragar su coste se acudió a la exacción fiscal⁷⁸ y a la adopción de medidas de carácter político como la confiscación de la totalidad de los bienes de los proscritos.

El poder constituyente de los triunviros estaba fuera del orden constitucional ordinario de la República, y por ello su actuación era completamente libre, sin ataduras propias del régimen, a pesar de que mantuvieron el funcionamiento de los órganos constitucionales republicanos, aunque sometidos a su control. Su particular situación no sólo les legitimaba para dirigir todo tipo de actividad política, sino que también podían actuar, de igual modo, sobre las finanzas públicas, a la vez que ostentaban facultades legislativas⁷⁹.

Desde la perspectiva fiscal, utilizaron dichas facultades para adoptar las medidas que en este orden que fueran necesarias para poder hacer frente a los ingentes gastos militares⁸⁰. El sistema financiero tenía su fundamento en la tributación, y ante la precariedad de la situación en la que se encontraban, se optó, como había sido hasta entonces, por la imposición de gravámenes sobre elementos patrimoniales concretos y sobre las actividades privadas en las que la administración pudiera ejercer algún tipo de control. La fiscalidad estaba concebida como un instrumento de política financiera⁸¹ y estaba prevista para hacer frente a dichos gastos y para satisfacer las necesidades extraordinarias del Estado, ya que su imposición estaba en función de aquellos menesteres⁸².

Precisamente fue la necesidad económica la que llevó a recuperar la imposición del tributo del que se habían servido en otro tiempo de la República, en todos aquellos casos en los que

⁷⁸ GABBA, E., “Esercito e fiscalità a Roma in età repubblicana”, en *Armées et fiscalité dans le monde antique*. (París, 1976-1977). Y también, ID., *Esercito e società nella tarda repubblica romana*. (Firenze, 1973).

⁷⁹ MOMMSEN, T., *op. cit.*, pp. 257 ss., entre otros.

⁸⁰ En circunstancias normales, durante la República la imposición fiscal era competencia de las asambleas populares, que procedían a su aprobación previa propuesta del magistrado competente, después de haberlo sometido a información pública. *Cfr.*: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*. 17ª ed. (Madrid, 2014), pp. 335. En relación a la situación concreta del segundo triunvirato, *cfr.*: BETTI, E., *op. cit.*, pp. 502 ss. *Vid.*, HUMBERT, G., *Saggio sulle finanze e sulla contabilità pubblica presso i romani*. Trad. Ital. (s/l, reed. 1886), pp. 13 ss. Una visión general de la fiscalidad republicana, *cfr.*: SPAGNUOLO VIGORITA, T.- MERCOGLIANO, F., voz: “Tributi (dir. rom.)”, en *ED* 45 (1992), pp. 88 ss.

⁸¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, *op. cit.*, p. 326. ID., “*Ius fiscale*: Principios informadores del sistema tributario romano”, en *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*. Coord. F. Reinoso Barbero. (Madrid, 2014), pp. 113 ss.

⁸² HUMBERT, G., *op. cit.*, p. 14. APARICIO PÉREZ, A., “Aportaciones del Derecho romano a la fiscalidad moderna. I.”, en *RGDR* 12 (2009), p. 13, citado también por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Ius fiscale*: Instrumentos de política financiera”, en *Iura* 58 (2010), p. 14 nota 34. ID., “*Ius fiscale*: Principios...”, *op. cit.*, pp. 109-130.

la guerra había generado gastos extraordinarios⁸³. Se trata del *tributum ex censu*⁸⁴, que no se había aplicado desde el año 167 a.C.⁸⁵. Se reinstauró por el Senado a instancia de Cicerón durante la guerra civil contra Marco Antonio (junio del año 43 a.C.)⁸⁶.

Era un impuesto extraordinario de carácter directo, de imposición no regular, ya que se creaba en relación a hechos concretos, y de naturaleza patrimonial, que gravaba de manera proporcional el capital declarado por los ciudadanos. El cálculo se hacía en base a la valoración obtenida del patrimonio dado a conocer por los propios ciudadanos en la *professio censualis*⁸⁷. Se trataba de una contribución de guerra, impuesta en base a los gastos del ejército y de su mantenimiento, determinados con toda precisión. Y también podía aplicarse en situaciones extraordinarias⁸⁸. Era un impuesto que gravaba la fortuna de los ciudadanos; nunca fue una “*capitatio*”, porque ello hubiera implicado un signo de servidumbre que escapaba de los postulados de la concepción romana de ciudadanía⁸⁹.

Como se ha dicho, se calculaba sobre la evaluación del patrimonio declarado. La proporcionalidad de las cargas estaba unida a la proporcionalidad de los privilegios de quienes debían sufragarlo, al estar determinado en función de la cuantía patrimonial⁹⁰.

La doctrina no coincide a la hora de precisar si el pago de dicho tributo estaba o no sujeto a devolución por parte del Estado. Basándose en algunas fuentes literarias de diferentes épocas⁹¹, hay quienes consideran que era reembolsable, en el sentido de que, una vez satisfechos los gastos reales, si había algún excedente debía retornarse a los contribuyentes, teniendo prioridad los que más habían pagado, es decir, los más ricos⁹². En contra de esta interpretación se argumenta que

⁸³ El tributo de por sí, como no era un impuesto permanente, se gestionaba como una cuestión de orden administrativo que entraba dentro de las competencias de las magistraturas y del Senado. Cfr.: GUIRAUD, P., “L’impôt sur le capital sous la République romaine”, en *NRHDFE* 20 (1904). (Reimpr. 1985), pp. 455-456.

⁸⁴ *Tributum civium romanorum ex censu*. Cfr.: HUMBERT, G., *op. cit.*, p. 14. BLANCH NOUGUÉS, J. MANUEL, “Reflexiones en torno al interés jurídico del tributo y del derecho fiscal”, en *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*. (Madrid, 2011), pp. 130 ss. CICCOTTI, E., “Lineamenti dell’evoluzione tributaria nel mondo antico”, en *I Tributi e L’Amministrazione Finanziaria nel Mondo Antico*. (Padova, 1960), pp. 1-222, en especial, p. 82. = Vol.V della Biblioteca di Storia Economica. Dirett. Prof. V. Pareto. (Milano, 1921), pp. 7-220. NICOLET, C., *Tributum. Recherches sur la fiscalité directe sous la république romaine*. (Bonn, 1976), pp. 27 ss. DI RENZO, *op. cit.*, p. 131.

⁸⁵ A partir de esta fecha hasta el año 43 a.C. no se volvió a exigir dicho tributo porque la victoria de la guerra contra Macedonia dejó repletas las arcas del erario. Cfr.: NICOLET, C., *Censeurs et publicains. Économie et fiscalité dans la Rome antique*. (s/l, 2000), pp. 99 y la bibliografía que allí se cita.

⁸⁶ Cicerón, *ad fam.* 12,30,4; Dion Casio 46,31,3-4. Cfr.: NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, p. 88.

⁸⁷ Sobre la determinación del impuesto, los requisitos de la *professio censualis* y los bienes comprendidos en el censo, cfr.: COLI, U., voz: *census*, en *NNDI* 3 (1959), p. 107. GUIRAUD, P., *op. cit.*, pp. 440 ss. FUENTESECA, M., “*Ius Publicum* y pago de impuestos”, en *Derecho Romano. Poder e Derecho*. (Coimbra, 2013), pp. 861-862. En relación al carácter excepcional del tributo, cfr.: Tito Livio, 6,14,12; 6,12; 6,27; 6,32. Dionisio Halicarnaso, 5,20; Cicerón, *De officiis*, 2,21. Cfr.: HUMBERT, G., *op. cit.*, p. 14, en especial nota 2. FERNANDEZ DE BUJÁN, A., “*Ius fiscale: Instrumentos...*”, *op. cit.*, pp. 6 ss.

⁸⁸ DI RENZO, F., *op. cit.*, pp. 127 ss. NICOLET, C., *Tributum*, *op. cit.*, pp. 20 ss. LUZZATTO, G., “*Tributum*”, en *NNDI* 19, p. 852.

⁸⁹ NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

⁹⁰ Se aprecia, en este caso, la aplicación del principio de proporcionalidad y de capacidad económica, propio e informador del ordenamiento jurídico romano. Cfr.: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*. *op. cit.*, p. 329. ID., “*Ius fiscale: Principios...*”, *op. cit.*, pp. 113 ss. ID., “*Ius fiscale: Instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano*”, en *Estudios Homenaje al Prof. Rodríguez Bereijo*. (Madrid, 2000)). Desde otra perspectiva, cfr.: NICOLET, C., *Rendre à César. Économie et Société dans la Rome Antique*. (Paris, 1988), pp.196 ss.

⁹¹ Cfr.: NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, pp. 22 ss.

⁹² Tito Livio, 28,39. DI RENZO, F., *op. cit.*, p. 104 y pp. 127 ss. CICCOTTI, E., *op. cit.*, pp. 82 ss, entre otros.

la misma conllevaba una confusión entre lo que es verdaderamente un tributo y los préstamos públicos forzosos⁹³.

El tratamiento de esta problemática es propia de otro foro. No obstante y, en relación con la época que se pretende contextualizar, parece más acorde la consideración de un tributo que gravara a los ciudadanos, sin ninguna obligación de retorno, ya que, como señala Cerami⁹⁴, la devolución es propia de los préstamos y no de los tributos. En todo caso, en este momento, el Estado romano no tenía liquidez para devolución alguna, ya que carecía por completo de fondos para hacer frente a los gastos militares, y todo lo que pudiera recaudar sería para cubrir sus necesidades. La gravedad de las circunstancias hizo que, durante un tiempo, dicho tributo adquiriera prácticamente carácter anual, pero no por ello se convirtió en permanente, ni perdió su condición de imposición extraordinaria.

Se gravó también con impuestos a los ciudadanos excluidos del censo ordinario, a saber, las viudas y los *sui iuris* impúberes, de ambos sexos, los huérfanos, que figuraban en una lista especial a petición de sus tutores⁹⁵. Ellos debían contribuir con el *aes equestre* y el *aes hordearium* destinados, respectivamente, a la adquisición de los caballos de las unidades de caballería de las legiones y a sufragar los gastos de forraje de los mismos⁹⁶.

La situación se veía agravada por el hecho de que los latifundios⁹⁷ estuvieran en manos de unos pocos y, además, que la tierra en Italia estuviera ordinariamente libre de impuestos.

Todas las ciudades de Italia tenían un régimen fiscal uniforme como consecuencia de la obtención de la ciudadanía, en cambio, no puede decirse lo mismo de las provincias, sobre las que recayeron las mayores cargas fiscales⁹⁸.

Las provincias eran las que sostenían los gastos de funcionamiento de la República y estaban sometidas a una gran presión fiscal. Su régimen nunca fue homogéneo porque el mismo dependía de connotaciones diversas, generalmente de carácter político y, sobretodo, de la forma como se habían incorporado a Roma. En general, estaban sometidas a una presión fiscal muy fuerte, en especial las provincias de Oriente⁹⁹.

En este sentido, se ha podido constatar que el ámbito de las provincias estaba sujeto a una imposición ordinaria, basada en la contribución fundaria que, según los casos, gravaba la porción de terreno cultivado a pagar en dinero -provincias *stipendiariae*- y, en otros, lo que era objeto de imposición era el valor de los productos recolectados anualmente y se pagaba en especie -provincias *decumae*-¹⁰⁰. Aunque se trata de una cuestión controvertida, se ha considerado que el *tributum ex censu*, a partir del año 167 a.C., una vez dejó de exigirse a los ciudadanos romanos,

⁹³ Di Renzo considera que se ha hecho una interpretación equivocada de las fuentes literarias que sirven de base a la opinión que defiende la naturaleza de préstamo, además afirma que los romanos no conocían aún la figura de este tipo de préstamo. Cfr.: DI RENZO, op. cit., pp. 128 y 132. Se pronuncia también en contra de la catalogación como de préstamo: CERAMI, P., Rec. Critic. de NICOLET, C., *Tributum ...*, op.cit., en IVRA 27 (1976), p. 162.

⁹⁴ CERAMI, P., *Ibid.*, p. 162.

⁹⁵ A petición de sus tutores, los huérfanos de ambos sexos y las viudas se inscribirán en una lista especial del censo. Cfr.: Cicerón, *De legibus*, 3,3,7. *Lex Iulia Municipalis* I,142-158 (=Tabula Heracleensis, 45 aC). GUIRAUD, P., op. cit., p. 446.

⁹⁶ Cfr.: NICOLET, C., *L'Ordre Équestre a l'Époque Républicaine*. (312-43 av. J.-C.). T. I. (París, 1974), pp. 36 ss., y las fuentes que allí se citan. Y también, CICCOTTI, E., op. cit., p. 85. DI RENZO, F., op. cit., p. 127 ss. En relación al *aes hordearium* y la discusión acerca de su origen, cfr.: PEPPE, L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*. (Milano, 1984), pp. 138 ss. Y, en especial, las fuentes y la bibliografía de la nota 178. GABBA, E., "Esercito e fiscalità...", op. cit., pp. 24 ss.

⁹⁷ Cicerón, *de leg. agr.* 2,78. Varrón, *re rústica*, 1,2,3 y 1,2,6.

⁹⁸ DI RENZO, F., op. cit., pp. 107 ss. DI MARTINO, F., *Storia della costituzione...*, op. cit. Vol. IV. p. 280.

⁹⁹ DI RENZO, F., op. cit., pp. 152 ss.

¹⁰⁰ Gai 2,21. Cfr.: DI RENZO, F., op. cit., pp. 128 ss

pasó a engrosar la imposición ordinaria de las provincias, de manera permanente, anual y con la finalidad de satisfacer necesidades militares¹⁰¹. Si dicho *tributum* hubiera adquirido carácter permanente no podría seguir denominándose así porque este nombre estaba reservado para indicar el gravamen extraordinario¹⁰². Sin embargo, sí pudo derivar en un impuesto directo que gravara el patrimonio de los habitantes provinciales.

Como ingreso del Estado, y con independencia de si se considera como una carga fiscal o un pago de un arrendamiento, existía el *vectigal* que era la renta impuesta a los detentadores del *ager publicus*¹⁰³, entre los que podían encontrarse también ciudadanos romanos, cuya condición no les representaba ninguna exención fiscal¹⁰⁴.

Al no ser suficiente la imposición directa para hacer frente a los enormes gastos militares, los triunviros recurrieron a la imposición indirecta, y, en muchos casos, tuvieron presente planteamientos propios del derecho greco-helenístico¹⁰⁵.

Con la imposición indirecta se gravaba la realización de determinados actos, y recaía sobre las cosas y no sobre las personas¹⁰⁶. Se trataba de actos en los que de alguna forma el particular requería la intervención del Estado, dando lugar a la aplicación de impuestos indirectos como el *portorium*¹⁰⁷. Se retomó la imposición de esta tasa con la que se gravaba el paso de los mercaderes y de sus mercancías por las fronteras del Estado, a la que estaba sujeto tanto el tráfico terrestre como el marítimo; de ahí las referencias al *portorium maritimum* y al *portorium terrestre*¹⁰⁸, incluyendo dentro de este último las fronteras del territorio provincial. La doctrina no es unánime a la hora de determinar quién volvió a imponer dicho impuesto después de que fuera suprimido por el pretor Q.C. Metellus (año 60 a.C.), al menos para el territorio de Italia¹⁰⁹. Algunos se decantan por César y otros lo atribuyen a los triunviros quienes se habrían encargado de reorganizarlo¹¹⁰. Sea como fuere, el hecho es que en la época que nos ocupa se exigía esta tasa.

Dion Casio y Apiano nos han dado a conocer que, entre los años 43 y 40 a.C., se establecieron por parte de los triunviros una serie de impuestos¹¹¹. Se reinstauró la tasa que gravaba a

¹⁰¹ En este sentido, LUZZATTO, G., *op. cit.*, p. 852. Di Renzo destaca con razón que dicho tributo no podía ser el mismo que el tributo *ex censu*, porque el elemento significativo de éste último era su carácter extraordinario. DI RENZO, F., *op. cit.*, p. 135 ss.

¹⁰² Sobre los diversos sentidos que puede atribuirse a la palabra *tributum*, *cfr.*: LUZZATTO, G., *op. cit.*, p. 852. NICOLET, C., *Tributum*, *op. cit.*, p. 10. BLANCH NOUGUÉS, J. M^a., *op. cit.*, p. 131. FERNANDEZ DE BUJÁN, A., “*Ius fiscale*. Principios...”, *op. cit.*, pp. 112 ss.

¹⁰³ NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, pp. 79 ss., entre otros.

¹⁰⁴ Sólo estaban sujetos a exención fiscal las tierras privadas que poseían los ciudadanos romanos en Italia. *Cfr.*: NICOLET, C., *Rendre...*, *op. cit.*, p. 199.

¹⁰⁵ En este sentido, *cfr.*: SÁINZ DE BUJANDA, F., *Ordenamiento financiero de la antigua Grecia y el período helenístico*. (Madrid, 2013).

¹⁰⁶ CAGNAT, M. R., *Étude historique sur les impôts indirects chez les romains jusqu’aux invasions des barbares*. (Roma, 1966), p. 6.

¹⁰⁷ Impuesto que gravaba la importación de productos en puertos romanos. Fue un impuesto utilizado para corregir la inflación. *Cfr.*: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Ius fiscali*. Instrumentos...” , *op. cit.*, p. 15. ZAMORA MANZANO, J. L., *Algunos aspectos sobre el régimen fiscal aduanero en el derecho romano: reglamentación jurídica del “portorium”*, *control de mercaderías y comiso por fraude fiscal*. (Madrid, 2009). CAGNAT, M. R., *op. cit.*, pp. 6 y ss., pp. 153 ss. NAQUET, H., *Des impôts indirects chez les romains sous la République et sous l’Empire*. (Paris, 1875), pp. 6 ss. SPAGNVOLO VIGORITA, T., - MERCOGLIANO, F., *op. cit.*, p. 90. TORRENT, A., *Voz: Portoria*, en *Diccionario*, *op. cit.*, p. 930.

¹⁰⁸ *Lex Antonia de Termessibus*. C.I.L. I, 204.I. 31 ss. Tito Livio, 38,44. *Cfr.*: CAGNAT, M. R., *op. cit.*, p. 2 y, en especial nota 3 y p. 143, nota 1.

¹⁰⁹ CAGNAT, M. R., *op. cit.*, pp. 6 ss. NAQUET, H., *op. cit.*, pp. 10 ss. CICCOTTI, E., *op. cit.*, pp. 116 ss. DI RENZO, F., *op. cit.*, pp. 118 ss.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 9.

¹¹¹ NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, pp. 88 ss.

los esclavos, *vicesima libertatis*¹¹², que obligaba a sus dueños a pagar por cada uno de ellos¹¹³, además de imponerles la obligación de dotar de esclavos a la flota¹¹⁴.

Se fijaron también contribuciones sobre los inmuebles tanto si estaban alquilados (se impuso una tasa equivalente al importe de un año de alquiler), como si estaban habitados por sus propietarios¹¹⁵. A todo ello se unían los impuestos sobre las propiedades de los fundos tanto rústicos como urbanos¹¹⁶ y los impuestos sobre las ventas¹¹⁷, que, en estos momentos, sólo afectaban a las realizadas en pública subasta. A los senadores se les obligó pagar la reparación de los caminos¹¹⁸. Se trató también de gravar con una tasa la herencia testamentaria, extremo sobre el que volveremos más adelante.

Con una finalidad política y a la vez recaudatoria, se adoptaron otro tipo de medidas distintas de las puramente fiscales. Basándose en las facultades que les otorgó la *Lex Titia de rei publicae constituendae*, los triunviros podían ordenar que se diera muerte a un ciudadano romano sin que hubiera mediado ningún proceso, ni ningún motivo legal¹¹⁹. Y, siguiendo lo que, unos años antes, había hecho Sila¹²⁰, recurrieron a las proscripciones, que resultaron ser otra fuente recaudatoria.

Promulgaron un edicto triunviral de cuya existencia y contenido nos ha informado Apiano¹²¹. En él, se legitimaba su actuación en el precedente silano, a la vez que se justificaba su promulgación en la necesidad de vengar el asesinato de César y de hacer desaparecer a los enemigos. Se hicieron constar, además, otros argumentos, alegaciones y frases laudatorias para Julio César y su política y, finalmente, afloró la verdadera realidad. Se dijo que las proscripciones y las asignaciones de tierras a los soldados constituían un medio para contentar al ejército¹²².

Según los triunviros, los proscritos serían las personas que podían perjudicar la causa de la monarquía cesariana, incluyéndose en ellos los que hubieren violado el honor de César, entre los que figuraban, evidentemente sus asesinos¹²³ y el propio Cicerón. En realidad, como describe Apiano, en la lista constaban todos aquellos que no apoyaban la legitimación y el poder del triunvirato y los enemigos personales de los triunviros¹²⁴ y sus familias. Sobre todo se incidía en las personas de la *nobilitas* senatorial, simpatizantes de los tiranícidas. A todos ellos se les declaraba *hostes rei publicae* y, con ello, destinados a morir.

¹¹² SPAGNVOLO VIGORITA, T., - MERCOGLIANO, F., *op. cit.*, p. 90

¹¹³ Dion Casio 47,16, 3. Dicha tasa se había suprimido tres años antes.

¹¹⁴ Dion Casio, 47,17,4; Apiano 5,67,282. *Cfr.*: NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, p. 89. Se trata de un impuesto distinto del de la *vicesima manumissionum o libertatis*, que se estableció unos años más tarde por Augusto (año 7 dC). Apiano, 5,67 y 68. Dion Cassio, 47,17,4; 48,31,1. *Cfr.*: TORRENT, A., *Voz: Vicesima manumissionum*, *op. cit.*, p. 1473. CAGNAT, M. R., *op. cit.*, pp. 153 ss. y p. 227 y 232. CICOTTI, E., *op. cit.*, pp. 116.

¹¹⁵ Apiano, 4,5, Dion Cassio 47,14. *Cfr.*: NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

¹¹⁶ Apiano 4, 34; Dion Cassio 47,14,3. *Cfr.*: NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁷ Apiano 4,5. *Cfr.*: NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, p. 90. Este gravamen era distinto de la *centesima rerum venalium*, referido a las ventas realizadas en subasta pública, que se estableció por Augusto. CAGNAT, M. R., *op. cit.*, pp.113.

¹¹⁸ Dion Casio, 46,31,3 y 47,17,4. *Ibid.*

¹¹⁹ DE MARTINO, F., “Sugli aspetti giuridici...”, *op. cit.*, pp. 520 ss.

¹²⁰ BECERRA OLIVA, G., *op. cit.*, pp. 174 ss.

¹²¹ Apiano 4,31-44.

¹²² GABBA, E., “Miscelánea Triunviral”, en *Sociedad y política en la Roma Republicana (siglos III-I a.C.)*. Ed. E. Gabba-V. Laffi. (Pisa, 2000), pp. 289 ss, en especial, p. 290. Sobre las proscripciones puede consultarse también: CANFORA, L., “Proscrizioni e dissesto sociale nella repubblica romana”, en *Modelli étici, diritto e trasformazioni sociali. Società romana e produzione schiavistica*. Vol. III. Ed. A. Giardina y A. Schiavone. (Bari, 1981), pp. 207 ss. HINARD, F., *Les proscriptions de la Rome Républicaine*. (París, 1985), pp. 227 ss.

¹²³ Apiano 4,8,32-35. *Cfr.*: HINARD, F., *op. cit.*, pp. 231 ss.

¹²⁴ Apiano 4, 5 y 6.

En esta época, la declaración de *hostes* no se circunscribía a situaciones de guerra, ni se refería a extranjeros, sino que se aplicaba también a los ciudadanos romanos. Se trataba de una declaración que, en principio, podía realizar el Senado, a cuyo tenor, la persona afectada perdía sus derechos¹²⁵, se le confiscaban sus bienes¹²⁶ y podían ser ejecutados sumariamente¹²⁷ y, una vez muertos, debía olvidárseles, *damnatio memoriae*¹²⁸.

Tras el asesinato de César se elaboró una primera lista oficiosa¹²⁹, a la que le siguió otra oficial, contenida en el edicto de *proscriptiones*¹³⁰. A ésta le sucedieron otras listas cada vez más largas¹³¹. Con ello se perseguía la doble finalidad indicada anteriormente: deshacerse de sus enemigos, matándolos, amparados por la legalidad, y obtener un objetivo recaudatorio, procediéndose a la confiscación de todos sus bienes para su posterior venta en pública subasta; y, con lo obtenido, contribuir a hacer frente a los gastos del ejército y de las nuevas guerras¹³². En el propio edicto triunviral se hicieron constar los castigos para quienes ayudaran a los proscritos y las recompensas para los delatores¹³³. Fue una auténtica masacre y se vivió una situación de terror¹³⁴.

Las propiedades de los proscritos ejecutados se organizaban en lotes y se ponían a la venta. Dadas las circunstancias, la concurrencia de compradores, en general, fue muy escasa, ya que unos temían que la adquisición les generara infortunio y otros no querían beneficiarse de la mala suerte de sus titulares. Sólo acudieron los más arrojados y lograron comprar a muy bajo precio¹³⁵.

Las ventas de los bienes de los proscritos resultaron insuficientes para hacer frente a los gastos que producían los enfrentamientos bélicos. Hubo que arbitrar nuevas medidas para obtener los recursos que se precisaban. Éstas se centraron en el patrimonio de las mujeres.

Apiano explica que los triunviros confeccionaron una lista pública de las mil cuatrocientas mujeres más ricas y promulgaron un edicto en el que se les exigía que realizaran una valoración de sus bienes, que serviría de base para que se pudiera fijar la aportación con la que cada una de ellas debería contribuir a los gastos bélicos. Todo ello bajo castigo a las que realizaran alguna ocultación de bienes o una estimación falsa, y recompensando a los delatores¹³⁶, cualquiera que fuere su condición, libre o esclavo (año 42 a.C.)¹³⁷.

¹²⁵ Apiano, 1,60. Plutarco, *Sulla* 10.

¹²⁶ Apiano, 1,60; Cicerón, *ad fam.* 10,21,4.

¹²⁷ Cicerón, *Cat.* 4,10; Phil., 8,4,13.

¹²⁸ JAL, P., “<Hostis publicus> dans la littérature latine de la fin de la République”, en *REA* 65 (1963), pp. 53 ss. DUPLÁ ANSUATEGUI, A., *Videant Consules. Las medidas de excepción en la crisis de la república romana*. (Zaragoza, 1990), pp. 155 ss.

¹²⁹ La realizó el cónsul *Pedius* en el año 43aC. (Apiano 4, 5 y 6). Cfr.: BETTI, E, *op. cit.*, p. 504.

¹³⁰ El edicto de *proscriptines* se publicó el 28 de noviembre del año 43 a.C. Cfr.: TORRENT, Voz: *Proscriptio*, en *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 1006.

¹³¹ Apiano 4,7. En relación al texto y a la justificación de las listas de los proscritos, cfr.: Apiano 4,8 y 9. Las primeras víctimas entre los proscritos, cfr.: Apiano 4,12. Cfr.: HINARD, F., *op. cit.*, p. 231.

¹³² BETTI, E., *op. cit.*, p. 503 y, en especial, las fuentes que se citan en la nota 25. NICOLET, C., *Censeurs...*, *op. cit.*, p. 88. La confiscación de bienes era una práctica habitual en los regímenes de la antigüedad, no sólo romanos, como fue el caso de Egipto bajo los Tolomeos. Cfr.: *Inscripción de Rosette* l.19,20; Polibio, 21,19,1, todo ello citado por LUMBROSO, G., *op. cit.*, p. 284.

¹³³ Sobre las recompensas, cfr.: LURASCHI, G., “Il <praemium> nell’esperienza giuridica romana”, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*. Vol. IV. (Milán, 1983), pp. 239 ss.

¹³⁴ Apiano 4,14.

¹³⁵ Apiano 4,31.

¹³⁶ Para los diferentes sentidos de la palabra y las diversas funciones del delator, cfr.: GARCÍA CAMIÑAS, J., *Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas*. (Santiago de Compostela, 1983).

¹³⁷ Apiano 4,32

Las mujeres se sintieron muy ofendidas por dicha imposición y se opusieron activamente a la misma, lo cual las llevó a enfrentarse verbalmente a los triunviros logrando reducir el número de mujeres que debían presentar la valoración de sus bienes a cuatrocientas. Y se determinó también que, todos los hombres, tanto los ciudadanos, como los peregrinos y los libertos, sin exclusión de nadie, que poseyeran más de 100.000 dracmas deberían prestar de inmediato, bajo pena de multa y de recompensa a los delatores, una cincuentava parte de su patrimonio y contribuir a los gastos de la guerra con un año de sus rentas¹³⁸.

3 LA LEGISLACIÓN ORIENTADA A OBTENER UNA MAYOR EFICACIA EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y LAS INICIATIVAS PARA GRAVAR LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA

La transformación de la economía y de la sociedad de la época favoreció la tendencia a considerar el patrimonio como un conjunto de bienes que podían ser objeto de tráfico comercial y que eran transmisibles hereditariamente. Se destacó el carácter económico de los elementos patrimoniales. La *hereditas* había adquirido carácter patrimonial: “*hereditas est pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure nec ea aut legata testamento aut possessione retenta*”¹³⁹.

En este contexto, la herencia estaba en pleno proceso de configuración como una entidad incorporal jurídicamente relevante¹⁴⁰. Se contempló como una unidad pecuniaria divisible en fracciones, el *as hereditario*¹⁴¹, y el heredero se convirtió en sucesor de los bienes del causante y no tan sólo en continuador del grupo familiar, como había sido hasta entonces.

El derecho de sucesiones estaba configurado de forma individualista¹⁴², teniendo profundamente arraigada la idea de la primacía de la sucesión testamentaria que se situaba por encima de la *ab intestato*¹⁴³. Imperaba la libertad de testar que se vio consolidada por la configuración y por la aplicación del *testamentum per aes et libram*, y que sólo se vio limitada por la protección a los *sui heredes (portio debita)*¹⁴⁴, amparada por la *querella inofficiosi testamenti*¹⁴⁵ -que podría utilizarse en los casos en los que el testador hubiera actuado contra *officium pietatis*- y por algunas leyes limitadoras de los legados. No falta quien ha querido interpretar este medio de protección como una medida para preservar los grandes patrimonios, además de asegurar la efectividad del testamento¹⁴⁶.

¹³⁸ Apiano, 4,34; Dion Cassio, 48,6,4-5. Cfr.: HEICHELHEIM, F.M., *Historia Social y Económica de Roma*. Trad. esp. (Madrid, 1982), pp. 78 ss. ORTUÑO PÉREZ, M^a. E., “Hortensia. Su discurso contra la imposición fiscal femenina”, en AA.VV., *Mujeres en tiempos de Augusto. Realidad social e imposición legal*. (En prensa en ed. Dykinson, Colección Monografías de Derecho Romano).

¹³⁹ Cicerón, *Top.*, 6,29.

¹⁴⁰ D. 5,3,50 pr (Pap., lib. 6, *Quaest.*).

¹⁴¹ BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. esp. (Barcelona, 1960), p. 226, y las fuentes y la bibliografía que allí se citan. FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano...*, op. cit., p. 347. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*. Trad. esp. (Barcelona, 1960), pp. 198 ss. KASER, M., *Das Römische Privatrecht*. Erster Abschnitt. (München, 1975), pp. 320 ss. JÖRS, P., - KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*. Trad. esp. (Madrid, 1985), p.435 ss., entre otros.

¹⁴² SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*. (Madrid, 1990), pp. 178 ss.

¹⁴³ VOCI, P., *Diritto ereditario*. Vol. I. (Milano, 1960).

¹⁴⁴ SCHULZ, F., op. cit., p. 198, entre otros.

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 263. KASER, M., op. cit., pp. 515 ss.

¹⁴⁶ KASER, M., op. cit., p. 301.

En este sentido, ha de mencionarse la *Lex Falcidia de Legatis*, propuesta por el Tribuno *Publius Falcidius* en el año 40 a.C.¹⁴⁷, en la que, en su primer capítulo, dejaba sin aplicación las limitaciones a la capacidad de legar impuestas a los ciudadanos por las leyes precedentes, la *Lex Furia* (s/d?)¹⁴⁸ y la *Lex Voconia de Mulierum Hereditatibus* (año 169 a.C.)¹⁴⁹. Y, en el segundo capítulo, establecía que el causante no podía legar más que las tres cuartas partes de la herencia, porque el cuarto restante -la cuarta falcidia- debía reservarse en todo caso al heredero testamentario¹⁵⁰. Los legados que excedieran de dicha disposición, se reducirían proporcionalmente¹⁵¹.

Se trata de una *lex publica rogata*¹⁵² que forma parte del escaso elenco de leyes reguladoras de materias relativas al derecho privado¹⁵³, promulgadas desde inicios de la República y que cumple las mismas connotaciones que las demás¹⁵⁴. El hecho de regular una materia de derecho privado no es óbice para que pueda advertirse en la misma un trasfondo basado en el interés público,¹⁵⁵ que puede encontrarse en las circunstancias del momento. En este sentido, la relación de clientelismo que imperaba tanto en el ámbito civil como en el militar, a la que nos hemos referido anteriormente, hacía proclive la utilización de los legados, con lo que podría producirse una excesiva reducción del caudal hereditario. Esta pudo ser una de las causas que motivaron la promulgación de la *Lex Falcidia de Legatis*, porque al imponer una limitación en la capacidad de disposición del causante en aras del *favor testamenti*, se evitaba que la herencia se convirtiera en *damnosa* para el heredero o que para éste fuera un simple *nomen iuris*.

¹⁴⁷ Apiano 5,67 y Dion Casio 47,31,33;34. Cfr.: NICOLET, C., *op. cit.*, p. 95, en especial nota 142. MÜNZER, en *PW* VI, 1909, col. 1969 nr.3. BRUNS, p.110 nr. 19. ROTONDI, G., *op. cit.*, p. 438. STEINWENTER, en *PW*. XII, 1925, col. 2346. BERGER, Enc. Dict. p. 552. TIBILETTI, G., “Voz: *Lex Falcidia de Legatis*”, en DE RUGGIERO, E., *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, IV. Fasc.2, (Roma, 1956), p.731-732, entre otros.

¹⁴⁸ Gai 2,225: ... *Lex Furia*, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est.

¹⁴⁹ Gai 2,226: ... *Lex Voconia*, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent. Cfr.: ORTUÑO PÉREZ, M. E., “Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: La *Lex Voconia*”, en *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*. Ed. R. Rodríguez López. M^a J. Bravo Bosch (Madrid, 2014) y la bibliografía que allí se cita. Un sector doctrinal ha vinculado el establecimiento de la vicesima hereditatium a la *Lex Voconia*. Cfr.: CAGNAT, M. H., *op. cit.*, pp. 179 ss. CICOTTI, E., *op. cit.*, p. 87, notas 1 y 2, en donde recoge la problemática doctrinal al respecto.

¹⁵⁰ Gai 2,227: ...*Lex Falcidia*, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur. Y también, D.35,2,1 pr (Paul., lib. Sing. ad legem Falcidia) y Dion Casio, 48,33. Cfr.: ROTONDI, G., *op. cit.*, p. 438. BARBIERI, G., Voz: *Lex*, en DE RUGGIERO, E., *Dizionario...*, *op. cit.*. Vol. IV, Fasc. 22, pp. 731-732. BRUNS, K.G., *FIRA*, Parts prior. (Tübingen, 1909-1969), n. 19, p. 110. BUCKLAND, W. W., *A textbook of Roman Law*. (Cambridge, 1921) p. 338. JOLOWICZ, H. F., *Historical introduction to the study of Roman Law*. (Cambridge, 1932), pp. 25 ss. RUDORFF, A. F., *Römische Rechtsgeschichte*. (Leipzig, 1857). BONIFACIO, F., *Ricerche sulla “Lex Falcidia de Legatis”*. (Napoles, 1948); ID., “In tema di *Lex Falcidia*”, en *IVRA*, 3 (1952), pp. 229 ss. ORTUÑO PEREZ, M^a E., “A new perspective on the limitation of legacies. (*Lex Falcidia de Legatis*)”, en *SDHI* 80 (2014), pp. 411 ss.

¹⁵¹ La disposición de la *Lex Falcidia* se extendió más tarde, sobre el año 77 d.C., a los fideicomisos a través del *Senatusconsultum Pegasianum de Fideicommissis*.

¹⁵² Gellio, 10,20,2: *generale iussum populi, rogante magistratu*. Pudo publicarse una *lex rogata* pese a la situación excepcional que se veía porque los órganos constitucionales republicanos continuaron funcionando aunque bajo el control estricto de los triunvires. Cfr.: LAFFI, V., “Poderes triunvires...”, *op. cit.*, pp. 313 ss.

¹⁵³ En el período concreto del segundo triunvirato sólo se promulgaron dos leyes de derecho privado: la *Lex Falcidia de Legatis* y la *Lex Iulia et Titia* (año 31 a.C.), relativa a la *tutela impuberum*.

¹⁵⁴ TALAMANCA, M. (Coord.), *Lineamenti...*, *op. cit.*, pp. 254 ss. ROTONDI, G., “Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato”, en *Scritti*. Vol I. (Milano, 1910), pp. 4 ss. Sobre la intervención normativa del Senado en época republicana, cfr.: CRIFÒ, G., “Attività normativa del Senato in età repubblicana”, en *BIDR* 10 (1968), 3^a serie, pp. 41 ss.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.18. SERRAO, F., Voz: *Legge* (Dir. Rom.), en *ED* 23 (1973), pp. 815 ss. Schulz hace referencia a los supuestos de derecho privado en los que utiliza la ley y, entre ellos, alude a aquellos en los que las normas son muy precisas, como es el caso de la *Lex Falcidia*. Cfr.: SCHULZ, F., *Principios...*, *op. cit.*, pp. 30 ss. FUENTESECA, P., *Historia...*, pp. 202 ss. ORTUÑO PEREZ, M^a E., “A new...”, *op. cit.*, pp. 411 ss.

La protección de los herederos y la voluntad de que los testamentos llegaran a tener eficacia iba acompañada de la intención de los triunviros de gravar con una tasa la transmisión patrimonial que recibiría el sucesor como consecuencia del fallecimiento del causante. Todo ello estaba orquestado en el marco de la política financiera que pretendía corregir la inflación con la imposición indirecta.

Este fue el trasfondo de la ley y es lo que explica que los triunviros se preocuparan de este aspecto del derecho privado en una situación en la que el estado de guerra civil era la constante. El ámbito sucesorio contemplado por los triunviros era más amplio. Se tuvieron en consideración a los militares. En coherencia con la política favorecedora que se había seguido, se arbitró una medida para garantizar la posibilidad de que pudieran transmitir *mortis causa* el patrimonio adquirido. Antes de este segundo triunvirato, César reconoció por primera vez, y a modo de privilegio personal, la eficacia de las disposiciones de última voluntad realizadas por los militares. En aquella época se hablaba del testamento *in procinctu* como un recuerdo histórico¹⁵⁶, quizá porque había quedado muy lejos su carácter público-religioso y el tener que otorgarse tras los auspicios del general y ante el *populus centuriatus*. De la misma manera también era lejana la primigenia configuración del ejército, ya que el que existía en la época del dictador obedecía al modelo surgido como consecuencia de la reforma realizada por Mario y, como se ha visto, se trataba de un ejército profesional compuesto, en su gran parte, por campesinos pobres, proletariado urbano y por mercenarios de cualquier procedencia. Los militares no libraban las batallas ni las guerras como antaño, por Roma, sino que su actuación se debía a las compensaciones que recibirían después de las mismas y que les permitían obtener un patrimonio que de otra forma no habrían tenido posibilidad de conseguir.

En este contexto, Julio César, en su política favorecedora del ejército y de la sucesión testamentaria otorgó, como un privilegio temporal *-temporalis concessio-* la posibilidad al testador de poder expresar su voluntad en cualquier momento y sin ajustarse a formalidad alguna, atribuyéndole a este acto valor jurídico pleno. Y consiguientemente, a la muerte del testador, se debía proceder a la apertura de la sucesión testamentaria¹⁵⁷. La eficacia de tal testamento quedaba así garantizada, en un momento en el que los militares, de no ser por dicha concesión, no habrían tenido la posibilidad de poder testar, porque la realidad bélica que se vivía hacía casi imposible que estuvieran en condiciones de poder otorgar un testamento ordinario válido. A lo que hay que añadir el posible y más que probable desconocimiento del derecho romano por parte de los soldados que hubieran accedido recientemente a la ciudadanía romana¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Cicerón, *de nat. deor.* 2,3,9.

¹⁵⁷ Ulpiano en su comentario al edicto atribuyó a César el primer testamento militar: *Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: se dea concessio temporalis erat* [...]. Cfr.: D.29,1,1 pr. (Ulp., 40 ad ed). Se trató de una concesión temporal, ya que, como figura autónoma, hubo que esperar hasta la dinastía de los Flavios para que el emperador Tito lo creara como tal (81-96 dC). Partimos de la autenticidad del fragmento aunque hay una parte de la doctrina que considera que el texto de Ulpiano esta interpolado en relación a la mención a Julio César. En este sentido, Cfr.: ARANGIO RUIZ, V., “L’origine dei testamentum militis”, en *BIDR* (1906), pp. 157 ss. GUARINO, A., “Sull’origine del testamento dei militari nel diritto romano”, en *RIL* 72 (1938-39), pp. 355 ss. El *status questionis* sobre la materia lo recoge SCHERILLO, G., “D. 1,4,3 (Giavoleno, l.13 EP) e il testamento militare”, en *Studi Volterra*. Vol. III (Milano, 1971), p. 616, nota 9. También aluden a esta problemática, cfr.: HERNANDEZ GIL, A., *El testamento militar*. (Madrid, 1996) y la bibliografía que allí se cita. BRAGE CAMAZANO, J., “El Testamentum militis”, en *Revista Jurídica del Notariado*, (abril-junio, 2007), pp. 43 ss. GOMEZ ROYO, E., “El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas”, en *Estudios de Derecho Romano e Historia del Derecho Comparado. Estudios interdisciplinarios en homenaje a Ferrán Valls i Taberner*. (Madrid, 1991), p. 5351 ss. MARLASCA MARTÍNEZ, O., “Estudio histórico del testamento militar”, en *RGDR* 18 (2012), pp. 1-34, entre otros. Sobre la concesión temporal, cfr.: JOHNSON, J. P., “A note on Caesar’s military Hill. Why was it a *concessio temporalis*?”, en *Labeo* 26 (1989), pp. 335 ss. TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano, 1990), pp. 64 ss., entre otros.

¹⁵⁸ En este sentido, PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*. (Torino, 1991), p. 680 ss.

Como es obvio, en todas las medidas adoptadas en *favor testamenti* se encontraba implícita la finalidad recaudatoria.

4 LA IMPOSICIÓN DE UNA TASA QUE EN ROMA TUVO QUE ESPERAR: LA VICESIMA HEREDITATUM

Las iniciativas jurídicas descritas en relación al ámbito sucesorio pretendían completarse con la imposición de un gravamen sobre la transmisión patrimonial de los bienes hereditarios, lo cual debía interpretarse como una de las medidas previstas para la corrección de la inflación y para superar el déficit.

Para ello se fijó el punto de mira en el derecho extranjero, partiendo de la idea que el propio Julio César manifestó: “Nuestros mayores no eran tan soberbios como para no querer imitar las instituciones extranjeras. Lo que han encontrado útil, tanto en los amigos como en los enemigos lo han adoptado también en la patria con la mayor diligencia; han preferido imitar a los hombres competentes mejor que envidiarles”¹⁵⁹.

La Roma necesitada de fondos tuvo en consideración la antigua fiscalidad de Egipto¹⁶⁰. Las relaciones entre una y otro venían de lejos¹⁶¹. Se basaron en acuerdos de amistad y en cesiones de soberanía por parte de algunos reyes Lágidas quienes, aplicando la concepción patrimonial del Estado propia de las monarquías orientales, transmitieron su soberanía por vía testamentaria en favor del pueblo romano¹⁶². Ni estos hechos ni tampoco los intentos de anexión realizados por Roma¹⁶³, le hicieron perder por completo su autonomía, hasta que Augusto logró convertirlo en provincia romana.

Roma tenía presente a Egipto. No sólo cuando contó con su ayuda en el ámbito bélico, como en el caso del apoyo naval prestado por el rey Ptolomeo Soter II a Sila en la guerra de Mitridate, sino que su anexión estuvo siempre en el punto de mira romano por tratarse de un lugar estratégico, por su peculiar economía y porque podía ser una posible salida de la grave crisis financiera romana¹⁶⁴.

Egipto también se apoyó en Roma en muchas ocasiones, sin que llegara a ser, de momento, una provincia romana sino que sólo era un reino amigo de Roma¹⁶⁵. Los Lágidas mantenían la aplicación de su propia legislación y planearon la administración del reino como si éste fuera un patrimonio privado y así lo gestionaron. La economía del reino se confundía con la

¹⁵⁹ César, *Catil.*, 51, 37-38: neque (maioribus nostris) superbia obstat quo minu. Aliena Instituta, si modo proba erant, imitarentur... quod ubique apud socios aut hostis idoneum videbatur, cum summo studio domi exsequebantur: imitari Quam invidere bonis malebant. Cfr.: SCHULZ, F., *Principios...*, op. cit., p. 149.

¹⁶⁰ Apiano 2,154, afirma que Egipto fue la escuela de César. Cfr.: LUMBROSO, op. cit., p. 308.

¹⁶¹ Un primer contacto partió de Egipto hacia Roma. Y tuvo lugar a requerimiento de Ptolomeo II, Filadelfo (308-246 a.C.), que envió una embajada a Roma con presentes y con el ofrecimiento de amistad y de alianza (año 273 a.C.). Más tarde, se sucedieron diferentes tratados de amistad y de protección e intervenciones de Roma en la política egipcia. Sobre el particular, cfr.: LUZZATTO, G. I., *Appunti di papirologia Giuridica*. (Bologna, s/d), pp. 91 ss. Y también, CIACERI, E., *Processi Politici e Relazioni Internazionali*. (Roma, 1918), pp. 40 ss.

¹⁶² La relación de los diferentes testamentos reales egipcios en favor del pueblo romano, puede consultarse en. LUZZATTO, G. I., op. cit., pp. 97 ss.

¹⁶³ Por ejemplo, la *Rogatio de Aegypto*, que fue una propuesta de plebiscito por el que César, después de ejercer como edil, debía convertir a Egipto en provincia romana, aprovechando que entonces gobernaba Ptolomeo Auletes, en aquellos momentos no reconocido por Roma. Da cuenta de ello Cicerón, de *l. arg.* 2,17,44. Cfr.: ROTONDI, G., op. cit., p. 377.

¹⁶⁴ PIRENNE, J., *Historia del antiguo Egipto*. Vol. III. Trad. esp. (Barcelona, 1983), p. 413.

¹⁶⁵ PRÉAUX, C., “La singularité de l’Égypte dans le monde gréco-romain”, en *Chron. Egypt.* 25 (1950), pp. 110 ss. TORRENT, A., *La Constitutio Antoniniana...*, op. cit., pp. 97 ss. y la bibliografía que allí se cita.

administración regia¹⁶⁶. Y se caracterizaba por su planificación y por su dirigismo. Era totalmente centralizada y giraba en torno al rey y a su primer ministro, el diocete, que era ministro de finanzas, cuyas competencias afectaban a la totalidad de los asuntos del Estado.

En Egipto, la organización financiera y, en concreto, los impuestos eran un medio para sostener al rey y a la estructura administrativa del Estado¹⁶⁷. Como afirma Rostovtzeff¹⁶⁸, la organización económica estaba planteada para hacer al rey más rico y poderoso. El rey se identificaba con el Estado. Y la organización del Estado era enormemente burocrática y estaba sometida al control real, ejercido a través de los altos órganos del que podría denominarse gobierno central¹⁶⁹.

La tributación estaba planteada desde un punto de vista práctico y en función de la configuración propia de Egipto. Se pretendía la obtención del máximo rendimiento fiscal y, por ello, la imposición se hacía extensiva a cualquier actividad económica, lo que generó tal magnitud de tributos que, resulta muy compleja su consideración pormenorizada. En la época de los Ptolomeos la imposición fiscal fue mucho más fuerte que en los períodos precedentes¹⁷⁰. La imposición se basaba en una imposición directa, cuya figura primordial era la imposición fundaria¹⁷¹, si bien también existían impuestos sobre las personas. Todo lo cual no fue óbice para que se gravaran mediante la imposición indirecta gran parte de los actos que realizaban los ciudadanos, como es el caso de las transmisiones patrimoniales que se sometieron a imposición y a inscripción. Primero se gravaron las transmisiones generadas por las ventas, después las hipotecas, y, por último, se gravaron también las herencias.

En relación a la tributación de las herencias, se conoce de su existencia por unas líneas del primer Papiro de Turín¹⁷², en las que se relata una reclamación judicial formulada el 11 de diciembre de 117 a.C., en tiempos del rey Ptolomeo VIII Evergetes II, apodado el Fiscón¹⁷³. La causa se conoce como el proceso de Hermias¹⁷⁴. Al parecer, Hermias fue un oficial de la ciudad

¹⁶⁶ PRÉAUX, C., *L'Économie royale des Lagides*. (Bruselas, 1939), p. 427. WILL, E., -MOSSÉ, C., -GOUKOWSKY, P., *El mundo griego y el oriente*. T. II. *El siglo IV y la época helenística*. Trad. esp. (Madrid, 1998), p. 420 y 467. HUSSON, G., -VALBELLE, D., *Instituciones de Egipto*. Trad. esp. (Madrid, 1998), pp. 290 ss. ROSTOVITZEFF, *Historia social y económica del mundo helenístico*. Vol. I, Trad. esp. (Madrid, 1967), pp. 260 ss. LÊVÊQUE, P., *El mundo helenístico*. Trad. esp. (Barcelona, 2005), pp. 57 ss. SHIPLEY, G., *El mundo griego después de Alejandro* (323-30 a.C.). Trad. esp. (Barcelona, 2001), pp. 248 ss.

¹⁶⁷ MENU, B., *Recherches sur l'histoire juridique, économique et sociale de l'ancienne Égypte*. II (París, 1998), pp. 14 ss. = "Principes fondamentaux du droit égyptien", en *CdE* 70 (1996), pp. 99 ss. BEVAN, E., *Histoire des Lagides*. 323-30 av. J.C. (Paris, 1934), pp. 174 ss. PIRENNE, J., *op. cit.*, Vol. III, pp. 383 ss. WILL, E., MOSSÉ, C., GOUKOWSKY, P., *El mundo griego y el Oriente*. T. II. *El siglo IV y la época helenística*. Trad. esp. (Madrid, 1998), pp. 420 ss. Y también, SEIDL, E., *Ptolemäische Rechtsgeschichte*. (Hamburg, 1962).

¹⁶⁸ ROSTOVITZEFF, M., *op. cit.*, p. 317.

¹⁶⁹ Entre otros, *cfr.*: PIRENNE, J., *op. cit.*, Vol. III, pp. 383 ss. No se conoce la fecha en la que se creó la tasa que grava la herencia, pero se cree que procede del período de la dinastía de los Lágidas. *Cfr.*: LUMBROSO, G., *op. cit.*, p. 307.

¹⁷⁰ SHIPLEY, G., *op. cit.*, pp. 253 ss. Una relación de los impuestos *Cfr.*: WILCKEN, U., *Griechische Ostraka*. Vol. I. (Amsterdam, 1970), p. 199. ID., *Urk. Der Ptolemäerzeit*. T. II, pp. 45-46. A ellos se debe también la introducción del arrendamiento de los impuestos. *Cfr.*: PIRENNE, J., *op. cit.*, Vol. III, pp. 384 ss.

¹⁷¹ SHIPLEY, G., *op. cit.*, pp. 248 ss y, en especial, pp. 253 ss. HUSSON, G., -VALBELLE, D., *op. cit.*, pp. 289 ss. A partir de la 3ª dinastía se transformó la propiedad egipcia y se concentró en manos de unos pocos. La mayoría del territorio era propiedad del rey, aunque también existían tierras que eran propiedad de los templos y de los colegios sacerdotales. Este régimen continuó bajo los Lágidas. *Cfr.*: PIRENNE, J., *op. cit.*, Vol. III, p. 267 ss. VOLTERRA, E., *Diritto Romano e Diritto orientale*. (Bologna, 1937), pp. 142 ss., y la bibliografía allí citada.

¹⁷² *Pap. Tur.* 1, p. 7, l. 10-13. P. Tor (Mitteis, L., *Chrest.* 31) col. X 1 y ss. P. Par 15 (UPZ II 161) *Cfr.*: WILCHEN, Ost., I, IV, 140.

¹⁷³ La situación política egipcia de este momento puede consultarse en WILL, E., *Histoire Politique du Monde Hellénistique* (323-30 av. J.C.). T. II. *Des événements d'antiochos III et de Philippe V à la fin des Lagides*. (Nancy, 1967), pp. 366 ss.

¹⁷⁴ PESTMAN, P. W., *The archive of the Theban Choachytes* (Second Century B.C.). (Leuven, 1993), pp. 163-169.

de Omboi¹⁷⁵, el cual citó ante la justicia a un grupo de *choachytes* -que eran una casta sacerdotal egipcia encargada de la liturgia y de la lectura de las fórmulas en los embalsamamientos de los difuntos- acusándolos de haber ocupado una casa que había heredado de un antepasado, ubicada en el distrito sur de Dióspolis¹⁷⁶. Se trata de la ciudad de Dióspolis Magna, llamada por los griegos, Tebas¹⁷⁷. Al parecer, la casa estaba situada cerca de un río y al lado de un canal, por tanto pudo estar provista de tierras cultivables¹⁷⁸. No se tiene constancia de si la tierra era *katöke*, es decir, tierras cedidas a los soldados por los reyes Lágidas¹⁷⁹, o se trataba de tierra privada, *Ge idioktetos*¹⁸⁰. Lo que sí se conoce es que la casa había pertenecido a un antepasado de Hermias, un soldado griego que hacía el año 200 a.C., durante las insurrecciones indígenas, había abandonado Tebas¹⁸¹. Tras el abandono, la casa fue ocupada por personas desconocidas. Unos años más tarde, tres familias de *choachytes* la compraron y hacía el año 120 a.C., Hermias intentó reiteradamente expulsarlos y recuperar la casa¹⁸².

Todo apunta que el caso se sometió a la jurisdicción griega (*dikasteria*)¹⁸³, que dirimía las controversias sobre el derecho de propiedad decidiendo cuál de los contendientes tenía mejor derecho¹⁸⁴. De ahí que los argumentos de los representantes de las partes se dirigieran a probar dicho extremo¹⁸⁵.

¹⁷⁵ CALDERINI, A., *Dizionario dei nomi geografici e topografici dell'Egitto greco-romano*. (Milan, 1966), pp. 385-386. WÖRPER, K.A. – DIJKSTRA, J. H. F., "The administrative position of Omboi and Syene in Late Antiquity", en *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* (Bonn, 2006), Vol. 155, pp. 183-187.

¹⁷⁶ HEILPORN, P., *Thèbes et ses taxes. Recherches sur la fiscalité en Égypte romaine*. (Ostraca de Strasbourg II). (Paris, 2009), p. 37 y en especial notas 29 y 30.

¹⁷⁷ AA. VV., *Historia de Egipto*. MANETÓN. Ed. de J. Jiménez Fernández y A. Jiménez Serrano. (Madrid, 2008). CORONA BUSTAMANTE, F., *Curso completo de Geografía universal antigua y moderna*. (París, 1858) y ed. Pontificia Università Lateranense, 1961.

¹⁷⁸ Sobre la ubicación de la casa, PESTMAN, P. W., *P. Choach. Survey*, p. 385-400, citado por HEILPORN, P., *op. cit.*, p. 37, notas 34 y 35.

¹⁷⁹ Las tierras *katöke* eran tierras cedidas en posesión a los soldados, la cual debería convertirse con el tiempo en propiedad. Posiblemente estaban sujetas al pago de algún canon al Estado. Cfr.: TELL, G. A., "El registro de la propiedad en Egipto en la época romana", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 602 (1991), p. 181. Artículo basado en la obra de: EGER, O., *Zum Ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit*. (Leipzig- Berlin, 1909).

¹⁸⁰ TELL, G. A., *op. cit.*, p. 181.

¹⁸¹ P. Varsovie 148.288, en PESTMAN, P. W., *The Archive of the Theban Choachytes*. Vol. I. (Leiden, 1977), p. 100.

¹⁸² *Ibid.*, p. 102.

¹⁸³ En este momento, existía aún la duplicidad de jurisdicciones; además de la griega, había la egipcia (*laokritai*) que hasta que no se produjo la intervención de Roma seguían caminos autónomos. Sin perjuicio de que, en relación a la aplicabilidad del derecho, existía la tendencia de abandonar el principio de personalidad para que llegara a primar el principio de territorialidad. La situación descrita era una consecuencia del tipo de Estado creado por la dinastía ptolemaica que, para legitimar y para apoyar su gobierno, incorporó a la legislación y costumbres egipcias provenientes de las épocas de los faraones, el centralismo del Estado y, por ende, el de que la Administración viniese abocada a la aplicación del principio de territorialidad. Cfr.: WILL, E. -MOSSÉ, C. -GOUKOWSKY, P., *op. cit.*, p. 384, nota 444. Sobre la pluralidad de derechos en el Egipto de los Lágidas, cfr.: WOLFF, H. J., "Plurality of Laws in Ptolemaic Egypt", en *RIDA* 7 (1960), pp. 191-223. ID., "Diritto greco-Diritto Tolemaico", en *DIKE* 16 (2013), pp. 121 ss. Sobre el derecho del Egipto, puede consultarse también: TAUBENSCHLAG, R., *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri: 323 BC.-640 AD*. (Warszawa, 1955). WILCKEN, U. – MITTEIS, L., *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* (Teubner, 1912) y (Hildesheim, 1963).

¹⁸⁴ Ha realizado una reconstrucción de la organización judicial: WOLFF, H. J., *Das Justizwesen der Ptolemäer*. (München, 1962). ID., "The origin of Judicial Litigation Among the Greeks", en *Traditio. Studies in Ancient and Medieval History, Thought and Religion*. Vol. IV (New York, 1946), p. 366. ID., "Diritto...", *op. cit.*, pp. 119 ss. MODRZEJEWSKI, J., "Réflexions sur le droit ptolemaïque", en *IURA* 15 (1964), pp. 53 ss. En relación al mantenimiento del derecho griego y del egipcio, cfr.: PRÉAUX, C., "Sur la reception des droits dans L'Egypte greco-romaine", en *RIDA* 5 (1950), pp. 352 ss.

¹⁸⁵ Algún autor ha referido la contienda de Hermias, más que como un proceso, como una reclamación administrativa. En éste sentido, HEILPORN, P., *op. cit.*, p. 38.

La base jurídica de la reclamación pudo apoyarse en unos prostagramas, de Ptolomeo Evergete II, que, al igual que algunos de sus predecesores, cuya referencia figura en las Ordenanzas Ptolomaicas, reconocían un derecho de propiedad a los poseedores actuales de los inmuebles y les garantizaban los títulos de adquisición¹⁸⁶. En base a ello, la contienda iniciada por Hermias se basó sobre la legitimación de la ocupación del inmueble¹⁸⁷.

En el proceso intervinieron los respectivos abogados, Philocles, por la parte de Hermias, y Dinon, por la parte de los sacerdotes. Y este último se opuso a la reclamación formulada demostrando que la casa pertenecía realmente a sus clientes apoyando sus argumentos, entre otros extremos, en que si Hermias hubiera recibido verdaderamente la propiedad de la casa de sus ascendientes, tendría que haberla inscrito en los registros públicos hereditarios y tendría que haber pagado la tasa fijada, ya que, de lo contrario, se le habría impuesto una multa y se habría anulado la gestión realizada por la Administración¹⁸⁸.

Se alude a la inscripción de la transmisión en el registro de herencias¹⁸⁹, lo cual constata la existencia de un control público sobre la legitimación de la disposición *mortis causa*¹⁹⁰ y de la transmisión que a la vez se utilizaría desde la perspectiva fiscal¹⁹¹. Dicha inscripción se realizaba previa declaración de los herederos que se hacía constar en un documento –*apografe*–, el cual se consignaba en el Registro de cambios o transmisiones de derechos¹⁹².

La exigencia de la inscripción provenía del derecho greco-egipcio que consideraba al documento escrito como un elemento probatorio fundamental¹⁹³ y a la inscripción en el registro como un medio eficaz de control de las transmisiones que facilitaba la imposición y la exacción tributaria¹⁹⁴.

¹⁸⁶ P. Par. 15 (= UPZ 161), ll. 57-59 (26 junio 119) y P.Tor. I (= M.Chrest.31 = UPZ 162), col. V ll. 21-24. Todo ello citado en: LENGER, M. T., *Corpus des Ordenances des Ptolémées*. Reimpr. De l'édition princeps (1964) corrigée et mis à jour. (Bruxelles, 1980), p.253, All.59. En relación a otros aspectos del juicio pueden consultarse también All. 70 y All. 74, p. 256 y 257 respectivamente. Estas ordenanzas y unos postragramas del mismo rey Evergete II obedecen a la intención de solucionar las situaciones equívocas creadas como consecuencia de las confiscaciones de tierras realizadas durante las guerras civiles del siglo II. Cfr.: *Ibid.* All. 59, p.253. En relación a la facultad legislativa de los reyes ptolemaicos y a la obligatoriedad de sus normas, cfr.: LENGER, M. T., “Les Ptolémées Législateurs”, en RIDA 50 (1964), pp. 1 ss.

¹⁸⁷ Wolff considera que Hermias pretende la recuperación de la posesión de la casa más que el reconocimiento del título de propiedad. Cfr.: WOLFF, H. J., “The origin of judicial litigation Among the greeks”, en *Traditio. Studies in ancient and medieval history, thought and religion*. Vol. IV. (New York, 1946), p.368, nota 113. Y cita en el mismo sentido a SCHÖNBAUER, E., *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrecht im Altertum*. (Graz, 1924), pp. 33 ss. Cfr.: *Ibid.* p. 368, nota 113.

¹⁸⁸ LUMBROSO, G., *op. cit.*, 307. Hermias perdió el pleito. Cfr.: PESTMAN, P. W., *The archive...*, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁹ Pap. Turin, I, p. 7 l.0-13. Cfr.: *Ibid.* p. 87. Esta sería una prueba más, en contra del criterio que sostiene Wolf al considerar que no se registraban las herencias. Cfr.: WOLF, H. J., “Registration of Conveyances in Ptolemaic Egypt”, en *Aegyptes* 28 (1948), p. 63. Cita otras evidencias en contra de esta opinión: RAMOS FOLQUÉS, R., “El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica egipcia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 38 (1962), p. 373.

¹⁹⁰ Existió un prohibición específica referida a las transcripciones de las ventas, en el sentido de que no podía realizarse la misma si el vendedor no había podido probar que él era el propietario. Cfr.: BGU 1213; ll. 9-10 y LENGER, M.T., *op.cit.*, p. 247, All.35. Y, del mismo modo que la tasa de las transmisiones por ventas se hizo extensiva después a las herencias, también pudo haber ocurrido lo mismo en el caso de las inscripciones.

¹⁹¹ WOLFF, H. J., “Control público de la legitimación de disposición en Egipto en la época ptolemaicoromana”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 348(1962), pp. 289 ss. El autor, tras destacar el origen griego y no egipcio de la publicidad inmobiliaria, centra especialmente su estudio en la época romana. Cfr.: p. 292 ss.

¹⁹² TELL, A., *op. cit.*, p. 185.

¹⁹³ RAMOS FOLQUES, R., *op. cit.*, p. 331.

¹⁹⁴ WOLFF, H. J., *op. cit.*, pp. 289 ss.

Se alega como argumento en favor de Hermias que la casa la había recibido en herencia de sus ascendientes, sin puntualizar si la sucesión había sido *ab intestato* o testamentaria¹⁹⁵, lo cual podría ser irrelevante desde el punto de vista fiscal, porque eran los sucesores en general los obligados al pago de la tasa y a realizar la inscripción, por cuanto lo que era de interés para el Estado y lo que estaba realmente gravado, era la transmisión de la propiedad.

La tasa que gravaba la herencia habría sido la misma que se imponía a las transmisiones de la propiedad por venta, que progresivamente se fue extendiendo, primero a las hipotecas, y, más tarde, se amplió, a las transmisiones hereditarias. Una vez satisfecho el impuesto se extendía una carta de pago a modo de recibo y su redacción se incluía en la parte derecha del documento objeto de inscripción. Parece que sin el pago de la tasa no se procedía al registro indicado¹⁹⁶.

Se trataba de una tasa *ad valorem*¹⁹⁷; era el *enkyklion*¹⁹⁸ que más tarde, en el Egipto romano, se sabe que gravó con un 10% el valor de las cosas. Y, como aparece en el propio papiro, en relación a los argumentos de la defensa de los *choachytes*¹⁹⁹, su falta de pago se sancionaba con una multa²⁰⁰ y con la anulación de las gestiones realizadas por la Administración; gestiones que podrían referirse a la redacción del documento de transmisión²⁰¹.

Maspero²⁰² ha creído encontrar el fundamento de esta tasa sucesoria, en la propia consideración del rey. Sus argumentos parten del hecho de que, en Egipto, todo le pertenece y, lógicamente, a la muerte de un sujeto todos sus bienes revierten a él, ya que es él el propietario natural de los mismos. El rey, una vez los ha recibido, hace abandono de su derecho, contentándose con quedarse sólo con una parte de la herencia, que es la que se corresponde con el gravamen sucesorio. Este planteamiento justificaría que no se hubiera previsto ningún caso de exención del mismo.

De ser efectivamente éste el fundamento de dicha imposición no podría hacerse extensivo a Roma porque ésta se apoyaba en pilares completamente distintos. La concepción romana del deber de contribuir al gasto público, tenía carácter ocasional porque se basaba en la satisfacción de las necesidades bélicas y constituía una obligación ciudadana de cooperación²⁰³ nacida de la propia naturaleza de la República y de la vinculación existente entre los ciudadanos; el impuesto regular era contrario a la concepción romana de *libera res publica*²⁰⁴. Este podía considerarse como el fundamento de la imposición directa. Y el aprovechamiento por el erario público de las actuaciones privadas de los ciudadanos en las que tenía algún tipo de participación el Estado romano, era el fundamento de la imposición indirecta²⁰⁵. La carencia de un sistema fiscal, tal como se entiende hoy en día, era evidente. Y en este período de continuas guerras civiles, en el

¹⁹⁵ D'ORS, A., *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*. (Madrid, 1948), p. 128. ARANGIO RUIZ, V., "Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri", en *Rariora*. (Roma, 1946), pp. 131 ss. = *Studi economico-giuridico Della R. Università di Cagliari* V. (1913). Algunos aspectos sobre la herencia y sobre la sucesión *mortis causa*, pueden consultarse, además, en: SCHARFF, A., *Einführung in die Ägyptische Rechtsgeschichte bis zum ende des Neuen Reiches*. I. Juristischer Teil. (Hamburg-New York, 1951), pp. 57 ss. TAUBENSCHLAG, R., *The Law of Greco- Roman Egypt in the light of de papyri* (332 B.C.– 640 A.D.). (New York, 1944), pp. 15 y 16, pp. 138 ss.

¹⁹⁶ WOLFF, H. J., *op. cit.*, p. 300. RAMOS FOLQUES, R., *op. cit.*, p. 367.

¹⁹⁷ HUSSON, G., - VALBELLE, D., *op. cit.*, p. 299 y 306.

¹⁹⁸ WILCKEN, V., *Griechische...*, *op. cit.*, pp. 182-185. SCHNEIDER, H., *Wirtschaft und Politik. Untersuchungen zur Geschichte der späten römischen Republik*. (Erlangen, 1974), pp. 323 ss.

¹⁹⁹ *Pap. Tur.* 1, p. 7, l. 10-13. P. Tor (Mitteis, L., *Chrest.* 31) col. X 1 y ss. P. Par 15 (UPZ II, 161).

²⁰⁰ Según el propio *Pap. Turin* I, p. 7, l. 10-13, la multa por falta de inscripción era de 10.000 dracmas. *Cfr.*: LUMBROSO, G., *op. cit.*, p. 309.

²⁰¹ WOLFF, H. J., *op. cit.*, pp. 300 ss.

²⁰² MASPERO, H., *Les finances de l'Égypte sous les Lagides*. (Paris, 1905), p. 126.

²⁰³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "*Ius Fiscale: Instrumento...*", *op. cit.*, p. 14 y en especial nota 34.

²⁰⁴ NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, p. 62.

²⁰⁵ NAQUET, H., *Des impôts indirects chez les romains sous la république et sous l'empire*. (Paris, 1875), pp. 2 ss.

que en muchos momentos se vivían estados de excepción, la fiscalidad era totalmente arbitraria y se pretendía imponer por la fuerza²⁰⁶.

La necesidad de obtener ingresos hizo que primero César, y más tarde los triunviros, se valieran de esta intensa relación con Egipto²⁰⁷ para tomar en consideración algunos aspectos de su legislación tributaria.

Por lo que respecta al impuesto sucesorio egipcio, un conocimiento profundo del mismo pudo haber llegado a Roma de la mano de un romano, Rabirio Póstumo²⁰⁸, cliente de Cicerón y gran amigo y protegido de César, que ejerció el cargo de ministro de finanzas de Egipto -dioceta- en el reinado de Ptolomeo XII Auletes²⁰⁹. Este reinado fue legitimado por César, en su primer consulado, con lo que se sentaron las bases del protectorado romano sobre Egipto²¹⁰.

La mala gestión de Póstumo provocó que fuera expulsado de Alejandría y encarcelado junto a sus colaboradores²¹¹. Logró fugarse y regresó a Roma, sin ningún medio económico y vivió mantenido por la generosidad de César²¹². De este trato tan directo pudo surgir la idea o, cuanto menos, el conocimiento exhaustivo de la tasa sucesoria ptolomaica y pudo haberse forjado la utilidad de su imposición en la Roma del momento²¹³. Se obviaron las diferencias existentes entre ambos ordenamientos jurídicos en torno a la concepción de la herencia y de los distintos modos de llamar a la sucesión²¹⁴, y se fijó el punto de mira en el aspecto fiscal. La consideración de la imposición de la tasa hereditaria ha de situarse entre las medidas que se quisieron adoptar para incrementar la capacidad recaudatoria del Estado. Con la misma finalidad se procedió a la actualización del censo y de las tasaciones de los bienes, que ya no se limitaron exclusivamente a los bienes de los ciudadanos de Roma, sino que se ampliaron a los de toda Italia, por haber alcanzado éstos la ciudadanía²¹⁵.

A finales de la República y comienzos del Principado, a diferencia de los períodos precedentes, la institución censal romana desarrollaba diversas finalidades. Hacía las veces de censo de población con finalidades electorales y militares, a la vez que se aprovechaba también con intenciones fiscales²¹⁶.

²⁰⁶ NICOLET, C., *Tributum...*, *op. cit.*, pp. 87 ss.

²⁰⁷ CIACERI, E., *Processi Politici e Relazioni Internazionali*. (Roma, 1918), pp. 1 ss.

²⁰⁸ LUMBROSO, G., *op. cit.*, p. 308. ORTUÑO PÉREZ, M. E., “El caso del prestamista Rabirio Postumo”, en *RGDR* 23 (2014), pp. 1-19.

²⁰⁹ LUZZATTO, *Appunti di papirologia giuridica*. (Bologna, 1965), pp. 108 ss. CARCOPINO, J., *Julio César. El proceso clásico de la concentración del poder*. Trad. esp. 2ª ed. (Madrid, 2004), pp. 313 ss.

²¹⁰ Dion Casio, 39,2; Cicerón, *pro C. Rab. Post.* 3,6. Cfr.: CIACERI, E., *op. cit.*, p. 43, en especial nota 4 y p. 199.

²¹¹ Cicerón, *pro Rab. Post.* 22 y 39.

²¹² *Ibid.* 39. Cfr.: ORTUÑO PÉREZ, M. E., “El caso...”, *op. cit.*, p. 13. WILL, E., *Histoire...*, *op. cit.* Vol. II, pp. 439 ss; en especial p. 443.

²¹³ Autores de finales del siglo XIX habían considerado ya la posibilidad de que el impuesto sucesorio romano derivó de Egipto. Cfr.: LUMBROSO, G., *op. cit.*, p. 308. WILCKEN, V., *Griechische...*, *op. cit.*, p. 183. SCHANZ, “Studien zur Geschichte und theorie der Erbschaftsteuer”, en *Finanzarchiv*, XVII, 1 (1900), p. 7. Todo ello citado también en: CICOTTI, E., *op. cit.*, p. 111, nota 1.

²¹⁴ Sobre el derecho sucesorio egipcio, cfr.: PIRENNE, J., *op. cit.*, vol. III, pp. 301 ss. REVILLOUT, E., *Précis de droit égyptien*. (París, 1903). Vol. I y II. ARANGIO RUIZ, V., “Osservazioni sul sistema...”, *op. cit.*, pp. 131 ss. ID., *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii*. (Napoli, 1906). VOLTERRA, E., *Diritto Romano e Diritto orientali* (Bologna, 1937), pp. 135 ss., y la bibliografía allí citada. D’ORS, A., *Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano*. (Madrid, 1948), pp. 128 ss.

²¹⁵ La operación censoria en estas tierras se llevó a cabo en los municipios. Cfr.: TANFANI, L., *Contributo alla storia del Municipio Romano*. (Roma, 1970).

²¹⁶ CAÑAS NAVARRO, P., “Aspectos jurídico-tributarios del censo romano”, en *RGDR* 13 (2009), pp. 1 ss. NICOLET, C., *Rendre à César. Économie et société dans la Rome antique*. (París, 1988), pp. 224 ss.

Su función en este ámbito fue muy relevante. A diferencia de Egipto²¹⁷, en este momento no podía considerarse que en Roma existiera un catastro en donde figurara la titularidad de los bienes inmuebles²¹⁸. Partiendo de la *professio censualis* de los ciudadanos, era en el censo en donde se apoyaba la exacción fiscal²¹⁹, y, a la vez, constituía también el elemento que permitía mantener un equilibrio socio-económico entre los habitantes de la ciudad²²⁰. Todo ello sin perjuicio del gravamen tributario que pesaba también sobre los no ciudadanos, el cual estaba en función de la ciudad o provincia de la que formaran parte²²¹.

A partir del censo se imponía la exacción de los impuestos directos, pero este control censal servía de base también para poder aplicar los impuestos indirectos y, en concreto la tasa que nos ocupa. Cualquier cambio de titularidad en concepto de herencia podría haberse controlado a través de la inscripción en el censo, a la que habría precedido el cumplimiento de las exigencias establecidas para la apertura de la sucesión y la adquisición de la herencia.

Julio César pudo haber utilizado el censo para aplicar la tasa que gravaría las herencias cuya forma y contenido habría tomado de Egipto. Todo apunta a que debió trabajar en ello y que dicho proyecto debió incluirse en el *Acta Caesariana*²²², pero su asesinato, el 15 de marzo del año 44 a.C., truncó todos los proyectos.

Legitimados por la figura del dictador y obligados por la necesidad económica²²³, los triunviros se arriesgaron a intentar aplicar la tasa que gravaría las herencias. Para ello promulgaron un edicto que provocó una oposición tan radical que impidió que la tasa llegara a aplicarse. De todo ello nos ha informado Apiano²²⁴: "... Se publicó un edicto de que los propietarios de esclavos aportaran por cada uno de ellos la mitad de las veinticinco dracmas fijadas para la guerra de Casio y Bruto, y que aquellos que disfrutaran de alguna propiedad por razón de herencia contribuyeran con una parte proporcional.

El pueblo destrozó este edicto con furia salvaje, pues les llenó de cólera que, después de haber dejado exhausto el tesoro público, de haber esquilado las provincias y de oprimir a la misma Italia con tributos y tasas y confiscaciones, no para guerras extranjeras ni para extender el imperio, sino contra enemigos personales y en defensa del poder particular de cada uno -por lo cual precisamente habían acontecido las proscripciones, matanzas y esta penosísima hambre-, todavía trataran los triunviros de quitarles, incluso, lo que les quedaba.

Se unieron en bandadas gritando, y a los que no se les unían les arrojaban piedras y los amenazaban con saquearles sus hogares y prenderles fuego. Finalmente, el pueblo en su totalidad se sublevó [...]".

²¹⁷ Sobre el catastro ptolomaico, *cfr.*: DÉLÉAGE, A., "Les cadastres antiques jusqu'à Dioclétien", en *Études de Papyrologie*. 1934, pp. 79 ss. TALAMANCA, M., "Catastro (storia)", en *ED VI* (1960), p. 480.

²¹⁸ Existe constancia del mismo a través de los agrimensores de los siglos I y II d.C., pero no antes. *Cfr.*: TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 481.

²¹⁹ D.50,15,4 pr (Ulp., 3 de cens.). *Cfr.*: TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 482.

²²⁰ NICOLET, C., *op. cit.* pp. 196-197.

²²¹ CAÑAS NAVARRO, P., *op. cit.*, p. 8.

²²² D. 1,2,2,44. (Pomp., *Lib. sing. ench.*). *Cfr.*: ORTUÑO PÉREZ, M. E., "Aulo Ofilio: *De legibus vicensimae primus conscribit*", *op. cit.*, pp. 1-23. Pendiente de publicación. Confirma también este extremo la narración de Dion Casio en su *Historia de Roma*, que cuando se refiere a Augusto y a la creación del Erario Militar, y a las medidas adoptadas para incrementar la recaudación, indica que se aprobó la vicesima que gravaría las herencias y las donaciones testamentarias. Según el emperador este impuesto lo había encontrado entre los papeles de César. *Cfr.*: Dion Casio 55,25.

²²³ DE MARTINO, F., "Sugli aspetti giuridici del triumvirato", en *Diritto, Economia e Società nel mondo romano*. Vol. II. *Diritto Pubblico*. (Napoli, 1966), pp. 515 ss. [= en *Scritti in onore di Mario Attilio Levi* (Como, 1993), pp. 67 ss.]. HEISCHELHEIM, *Historia social y económica de Roma*. Intrd. J. M. Blázquez. Trad. esp. (Madrid, 1982), pp. 79 ss.

²²⁴ Apiano, 5,67. Traducción: A. Sancho Royo, *Historia Romana III. Biblioteca Clásica Gredos* 84 (Madrid 1985) 290-291.

Para la economía de la época, la aplicación de esta tasa tenía una importancia esencial. Pero tuvo que esperar a que Augusto lograra este fin, no sin antes sortear la oposición del Senado que accedió a su aprobación como un mal menor, para evitar que se aplicara un impuesto directo sobre los fundos²²⁵. Al final, se aprobó la *Lex Iulia de Vicesima Hereditatium*²²⁶, pero la República había dejado ya de existir.

CONCLUSIÓN

En las postrimerías de la República, en tiempos de Julio César, se había llegado al límite de la imposición fiscal, en concreto, de la imposición directa, con la que se pretendía hacer frente, de una manera inmediata, a los ingentes gastos militares, a la vez que se quería corregir la gran inflación existente.

Para afrontar esta situación y para atender a las necesidades indicadas, el dictador se vio abocado a arbitrar una serie de medidas con las que poder incrementar la capacidad recaudatoria del Estado republicano. Y, para ello, recurrió a la imposición indirecta y, en concreto, trató de crear e imponer una tasa que gravaba las herencias.

La idea del impuesto procedía de Egipto, lo que ha dejado en evidencia la afinidad entre aquellos pueblos de la antigüedad. Y su recaudación podría haber resultado altamente rentable porque las diferentes guerras civiles podrían haber incrementado este tipo de tributación.

La intención de César se vio truncada con su asesinato. Pero los triunviros habían ratificado todos sus actos y todos sus planes de futuro²²⁷, por lo que, ante las necesidades completamente insostenibles por la maltrecha economía romana y ante los inminentes gastos militares que generaría la guerra de Octaviano contra Pompeyo, pudieron tener en cuenta las directrices marcadas por su predecesor e intentaron crear este nuevo gravamen, promulgando un edicto, de cuyo contenido nos da cuenta Apiano, en el que se estableció que los propietarios de los esclavos aportaran la mitad de las veinticinco dracmas fijadas para la guerra de Casio y Bruto y que los que hubieran recibido alguna propiedad en concepto de herencia contribuyeran con una parte proporcional de la misma²²⁸. La normativa fiscal, en relación a la herencia, había estado precedida de una normativa reguladora de aspectos de derecho sustantivo, especialmente propiciatoria de la eficacia de la sucesión testamentaria. Y el poder político no tuvo inconveniente en transformar el régimen fiscal imperante hasta entonces –basado en la solidaridad ciudadana y en el carácter extraordinario de los tributos– para dejar paso a los impuestos de carácter permanente, entre ellos, la tasa sobre las herencias.

Pero la excesiva presión fiscal, el hastío y los abusos llevaron a los ciudadanos a oponerse contra la disposición tributaria con la fuerza del que no tiene nada que perder, evitando así la aplicación del nuevo gravamen²²⁹. Las contiendas no cesaron y la situación inflacionaria tampoco.

²²⁵ Nicolet entiende que la razón de la oposición popular estaba en que se consideraba un impuesto de subditos y no de ciudadanos. Cfr.: NICOLET, C., *The World of the citizen in Republican Rome*. (Berkeley, 1980), pp. 184-185.

²²⁶ Dion Casio 56,28 y Plinio el Joven, *Panegiricus de Trajano* 37-40 ed. de D' ORS.A., *Plinio el Joven. Panegirico de Trajano*. (Madrid, 1955). CARDARELLI, S., "Tributi successori", en *ED XLV* (199,2), p.154. LÓPEZ RENDO, C., "De la *vicesima hereditatium* al impuesto sucesorio en el derecho español", en *Dereito Romano. Poder e Direito*. (Lisboa, 2013), pp. 201 ss., entre otros.

²²⁷ Apiano, 3,5. Apiano nos relata que Marco Antonio poseía el *Acta Caesariana*.

²²⁸ Apiano 5,67.

²²⁹ *Ibid.*

La necesidad de incrementar los ingresos del Estado perduró también con Augusto. Y éste, amparado en la legitimidad que le ofrecía el Estado romano y apoyándose en el contenido del *Acta Caesariana*, intentó su aprobación enfrentándose a la oposición del Senado, que supo vencer estratégicamente con la amenaza de la imposición de un impuesto fundario en Italia.

REFERENCIAS

AA. VV., **Historia de Egipto**. MANETÓN. Ed. de J. Jiménez Fernández y A. Jiménez Serrano. (Madrid, 2008).

AA. VV., **Lineamenti di Storia del Diritto Romano**. (Coord. M. Talamanca), 2ª ed. (Milano, 1989), pp. 355 ss. CIZEK, E., **Mentalités et institutions politiques romaines**. (s/l, 1990), pp. 147 ss.

ALFÖLDY, G., **Der frühromische Reiteradel und seine Ebrenabzeichen**. (Roma, 1979), citada también por

_____, **Historia social de Roma**. Trad. esp. (Madrid, 1987), pp. 120 ss.

APARICIO PÉREZ, A., “Aportaciones del Derecho romano a la fiscalidad moderna. I.”, en **RGDR** 12 (2009).

APIANO, 5,67. Traducción: A. Sancho Royo, **Historia Romana III. Biblioteca Clásica Gre-dos** 84 (Madrid 1985) 290-291.

ARANGIO RUIZ, V., **Historia del Derecho de Roma**. 4ª ed. Trad. esp. (Madrid 1980).

_____, “Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri”, en **Rariora**. (Roma, 1946), pp. 131 ss. = **Studi economico-giuridico Della R. Università di Cagliari** V. (1913).

BECERRA OLIVA, G., **La República romana: organización política, luchas sociales y guerras civiles**. (Buenos Aires, 1944)

BETTI, E., **La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma**. A cura di G. CRIFÓ (Roma, 1982),

BIONDI, B., **Sucesión testamentaria y donación**. Trad. esp. (Barcelona, 1960).

BLANCH NOUGUÉS, J. Mª., “Una visión histórico-jurídica sobre el ejército romano”, en **RGDR** 17 (2011).

_____, “Reflexiones en torno al interés jurídico del tributo y del derecho fiscal”, en **Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano**. (Madrid, 2011), pp. 130 ss.

CAGNAT, M. R., **Étude historique sur les impôts indirects chez les romains jusqu’aux invasions des barbares**. (Roma, 1966), p. 6.

CALDERINI, A., **Dizionario dei nomi geografici e topografici dell’Egitto greco-romano**. (Milan, 1966), pp. 385-386.

CAÑAS NAVARRO, P., “Aspectos jurídico-tributarios del censo romano”, en **RGDR** 13 (2009).

CARCOPINO, J., **Julio César. El proceso clásico de la concentración del poder**. Trad. esp. 2ª ed. (Madrid, 2004).

CARDARELLI, S., “Tributi successori”, en **ED XLV** (1992).

CÀSSOLA, F., - LABRUNA, L., **Linee di una storia delle istituzioni repubblicane**. 2ª ed. (Napoli, 1979).

CERAMI, P., “Il sistema Ofiliano”, en **La Codificazione nel Diritto dall’antico al Moderno**. (Coord. E. Dovere). (Napoli, 1998), pp. 83 ss.. Sobre la referencia a las vigésimas en la obra de Ofilio, **cfr.**:

CIACERI, E., **Processi Politici e Relazioni Internazionali**. (Roma, 1918), pp. 1 ss.

CICERÓN, M. T., **Tres discursos jurídicos**. Ed. y trad. de J. M. ROYO ARPÓN. (Madrid, 2004).

CORONA BUSTAMANTE, F., **Curso completo de Geografía universal antigua y moderna**. (París, 1858) y ed. Pontificia Università Lateranense, 1961.

CRIFÒ, G., “Attività normativa del Senato in età repubblicana”, en **BIDR** 10 (1968), 3ª serie.

D’ORS, A., “Cicerón, sobre el Estado de excepción”, en **Ensayos de Teoría Política** (Pamplona, 1979).

_____, **Introducción al estudio de los documentos del Egipto romano**. (Madrid, 1948).

_____, **Plinio el Joven. Panegírico de Trajano**. (Madrid, 1955).

DE MARTINO, F., “Il modello della città stato”, en **Diritto, Economia e Società nel mondo romano**. Vol. I. Diritto Pubblico. (Napoli, 1996).

_____, “Motivi economici nelle lotte dei populares”, en **Diritto. Economia...**, **op. cit.**, pp. 299 ss., en especial p. 300.

_____, “Sugli aspetti giuridici del triumvirato”, en **Diritto, Economia e Società nel mondo romano**. Vol. II. **Diritto Pubblico**. (Napoli, 1966), pp. 515 ss. [= en **Scritti in onore di Mario Attilio Levi** (Como, 1993), pp. 67 ss.].

_____, “Sulla Storia dell’equitatus romano”, en **Diritto, Economia, op. cit.**, p. 281, en especial, nota 1, entre otros.

_____, **Storia della costituzione romana**. Vol. IV. Parte prima. (Napoli, 1962).

DÉLÉAGE, A., “Les cadastres antiques jusqu’à Dioclétien”, en **Études de Papyrologie**. 1934, pp. 79 ss.

DENIAUX, E., **Clientèles et pouvoir à l’époque de Cicerón**. (Roma, 1993), pp. 287 ss.

DI RENZO, F., **La finanza antica**. (Milano, 1955).

DOMINGO, R., “La jurisprudencia romana, cuna del Derecho”, en **Revista Jurídica**. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad de Santiago de Guayaquil. Ecuador. [Revista Jurídica on line]. 2013, p. 5 y 7.

DUPLÁ ANSUATEGUI, A., **Videant Consules. Las medidas de excepción en la crisis de la república romana**. (Zaragoza, 1990), pp. 155 ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “**Ius fiscale**: Instrumentos de política financiera”, en **Iura** 58 (2010).

_____, “Perspectivas de estudio en temática de Derecho Administrativo romano surgidas a tenor del pensamiento y de la obra de Giambattista Impallomeni”, en **INDEX** 26 (1998), pp. 464 ss.

FUENTESECA, P., **Historia del Derecho Romano**. (Madrid, 1987), p. 235.

_____, “Ius Publicum y pago de impuestos”, en **Direito Romano. Poder e Direito**. (Coimbra, 2013), pp. 861-862.

GABBA, E., “Esercito e fiscalità a Roma in età repubblicana”, en **Armées et fiscalité dans le monde antique**. (París, 1976-1977).

_____ & LAFFI, V., **Sociedad política en la Roma republicana** (Pisa, 2000), pp. 209 ss.

GARCÍA CAMIÑAS, J., **Delator: Una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas**. (Santiago de Compostela, 1983).

GIUFFRÈ, V., **Aspetti costituzionali del potere dei militari nella tarda “respublica”**. (Napoli, 1973),

_____, **Homines militares e status rei publicae. Torsioni di una costituzione**. (Napoli, 2013), p. 90.

GOUKOWSKY, P., **El mundo griego y el oriente**. T. II. **El siglo IV y la época helenística**. Trad. esp. (Madrid, 1998), p. 420 y 467.

GUIRAUD, P., “L’impôt sur le capital sous la République romaine”, en **NRHDFE** 20 (1904). (Reimpr. 1985).

HEILPORN, P., **Thèbes et ses taxes. Recherches sur la fiscalité en Égypte romaine. (Ostraca de Strasbourg II)**. (París, 2009).

HEISCHELHEIM, **Historia social y económica de Roma**. Intrd. J. M. Blázquez. Trad. esp. (Madrid, 1982).

HINRICHS, F. T., **Histoire des Institutions Gromaticques**. (París, 1989).

HUMBERT, G., Saggio sulle finanze e sulla contabilità pubblica presso i romani. Trad. Ital. (s/l, reed. 1886)

HUSSON, G., - VALBELLE, D., **Instituciones de Egipto**. Trad. esp. (Madrid, 1998).

KAMM, A., **op. cit.**, pp. 101 ss. ARBIZU, J. M., **op. cit.**, pp. 307 ss. CERAMI, P., “Cesare dictador e il suo progetto costituzionale: dal consociativismo al potere personale”, en **AUPA** 43 (1995), pp. 427 ss.

KUNKEL, W., **Derecho Privado Romano**. Trad. esp. (Madrid, 1985).

LAFFI, V., “Poderes triunvirales y órganos republicanos”, en **Sociedad y política en la Roma republicana. (Siglos III a I a.C.)**. (Pisa, 2000).

LÊVÊQUE, P., **El mundo helenístico**. Trad. esp. (Barcelona, 2005).

LÓPEZ RENDO, C., “De la **vicesima hereditatium** al impuesto sucesorio en el derecho español”, en **Direito Romano. Poder e Direito**. (Lisboa, 2013), pp. 201 ss., entre otros.

LURASCHI, G., “Il <praemium> nell’esperienza giuridica romana”, en **Studi in onore di Arnaldo Biscardi**. Vol. IV. (Milán, 1983).

LUZZATTO, **Appunti di papirologia girudica**. (Bologna, 1965).

MASI DORIA, C., **Modelli giuridici, prassi di cambio e “medium” linguistico. Un itinerario dell’ espansionismo romano.** (Napoli, 2012).

_____, **Spretum Imperium.** (Napoli, 2000)

MASPERO, H., **Les finances de l’Égypte sous les Lagides.** (Paris, 1905), p. 126.

MITTEIS, L., **Grundzüge und Chrestomathic der PapyrusKunde** (Teubner, 1912) y (Hildesheim, 1963).

MODRZEJEWSKI, J., “Réflexions sur le droit ptolemaïque”, en **IURA** 15 (1964), pp. 53 ss.

MOMMSEN, T., **Compendio del Derecho Público Romano.** 1ª ed. Argentina (Buenos Aires, 1942), pp. 27 ss.

NAQUET, H., **Des impôts indirects chez les romains sous la république et sous l’empire.** (París, 1875).

NEUMANN, A., voz: “Veterani”, en **PW.** Supl. 9 (Stuttgar, 1962), pp. 1597 ss.

NICOLET, C., **Censeurs et publicains. Économie et fiscalité dans la Rome antique.** (s/l, 2000).

_____, **L’Ordre Équestre a l’Époque Républicaine.** (312-43 av. J.-C.). T. I. (París, 1974).

_____, **Rendre à César. Économie et Société dans la Rome Antique.** (París, 1988).

_____, **The World of the citizen in Republican Rome.** (Berkeley, 1980).

_____, **Tributum. Recerches sur la fiscalité directe sous la republique romaine.** (Bonn, 1976).

ORTUÑO PEREZ, Mª. E., “A new perspective on the limitation of legacies. (**Lex Falcidia de Legatis**)”, en **SDHI** 80 (2014), pp. 411 ss.

_____, “Aulo Ofilio: **De legibus vicensimae primus conscribit**”, pendiente de publicación.

_____, “El caso del prestamista Rabirio Postumo”, en **RGDR** 23 (2014), pp. 1-19.

_____, “Una limitación de la capacidad patrimonial de la mujer en el ámbito sucesorio: La **Lex Voconia**”, en **Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano.** Ed. R. Rodríguez López. Mª J. Bravo Bosch (Madrid, 2014)

PACCHIONI, G., **Breve Historia del Imperio Romano.** (Madrid, 1944).

PAIS, E., “L’aspirazione di Cesare al trono e l’opposizione tribunicia durante gli anni 45-44 aC”, en **Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt. Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republik.** Vol. I, (Walter de Gruyter- Berlin-New York, 1973).

PARIBENI, R., **L’età di Cesare e di Augusto.** (Bologna, 1950).

PEPPE, L., Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana. (Milano, 1984), pp. 138 ss. Y, en especial, las fuentes y la bibliografía de la nota 178.

PESTMAN, P. W., **The archive of the Theban Choachytes (Second Century B.C.).** (Leuven, 1993).

PIRENNE, J., **Historia del antiguo Egipto.** Vol. III. Trad. esp. (Barcelona, 1983).

POLVERINI, L., “L’aspetto sociale del passaggio dalla repubblica al principato”, en **Aevum** 38 (1964); 39 (1965).

PRÉAUX, C., “La singularité de l’Egypte dans le monde greco-romaine”, en **Chron. Egypt.** 25 (1950)

_____, **L’ Économie royale des Lagides.** (Bruselas, 1939).

_____, “Sur la reception des droits dans L’Egypte greco-romaine”, en **RIDA** 5 (1950), pp. 352 ss.

RAMOS FOLQUÉS, R., “El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica egipcia”, en **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario** 38 (1962).

REVILLOUT, E., **Précis de droit égyptien.** (París, 1903). Vol. I y II.

ROLDÁN, J. M., **Historia de Roma. T. I. La República Romana.** 5ª ed. (Madrid, 1999), pp. 625 ss.

ROSTOVTZEFF, **Historia social y económica del mundo helenístico.** Vol.I, Trad. esp. (Madrid, 1967).

ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani.* (Hildesheim- Zürich – New York, 1990)

_____, “Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato”, en **Scritti.** Vol I. (Milano, 1910), pp. 4 ss.

SÁINZ DE BUJANDA, F., **Ordenamiento financiero de la antigua Grecia y el período helenístico.** (Madrid, 2013).

SCHANZ, “Studien zur Geschichte und theorie der Erbschaftsteuer”, en **Finanzarchiv**, XVII, 1 (1900).

SCHARFF, A., **Einführung in die Ägyptische Rechtsgeschichte bis zum ende des Neuen Reiches.** I. Juristischer Teil. (Hamburg-New York, 1951), pp. 57 ss. TAUBENSCHLAG, R., **The Law of Greco- Roman Egypt in the light of de papyri** (332 B.C.– 640 A.D.). (New York, 1944), pp. 15 y 16, pp. 138 ss.

SCHNEIDER, H., **Wirtschaft und Politik. Untersuchungen zur Geschichte der späten römischen Republik.** (Erlangen, 1974).

SCHULZ, **Derecho Romano Clásico.** Trad. esp. (Barcelona, 1960), pp. 198 ss. KASER, M., **Das Römische Privatrecht.** Erster Abschnitt. (München, 1975), pp. 320 ss. JÖRS, P., -

_____, **Principios del Derecho Romano.** (Madrid, 1990).

SHIPLEY, G., **El mundo griego después de Alejandro (323-30 a.C.).** Trad. esp. (Barcelona, 2001).

SPAGNUOLO VIGORITA, T.- MERCOGLIANO, F., voz: “Tributi (dir. rom.)”, en **ED** 45 (1992).

TALAMANCA, M., “Catastro (storia)”, en **ED** VI (1960), p. 480.

_____, **Istituzioni di Diritto Romano** (Milano, 1990).

_____, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano.* (Milano, 1989).

TELL, G. A., “El registro de la propiedad en Egipto en la época romana”, en **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario** 602 (1991), p. 181. Artículo basado en la obra de: EGER, O., **Zum Ägyptischen Grund buchwesen in römischer Zeit.** (Leipzig- Berlin, 1909).

TONDO, S., **Profilo di storia costituzionale romana.** (Milano, 2010), p. 214.

- TORRENT, A., “Inflación y proceso en la legislación municipal”, en **RIDA** 29 (1972)
- _____, **La constitutio antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I.** (Madrid, 2012), pp. 33 ss.
- _____, voz: **Lex Iulia de Civitate Latinis et Sociis Danda**, en **Diccionario de Derecho Romano.** (Madrid, 2005).
- VOLTERRA, E., **Diritto Romano e Diritto orientali.** (Bologna, 1937).
- WILCKEN, U., **Griechische Ostraka.** Vol. I. (Amsterdam, 1970), p. 199.
- WILL, E., **Histoire..., op. cit.** Vol. II, pp. 439 ss.
- WOLF, H. J., “Control público de la legitimación de disposición en Egipto en la época ptolemaicoromana”, en **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario** 348(1962).
- _____, “Plurality of Laws in Ptolemaic Egypt”, en **RIDA** 7 (1960).
- _____, “Registration of Conveyances in Ptolemaic Egypt”, en **Aegyptes** 28 (1948).
- _____, “The origin of judicial litigation Among the greeks”, en **Traditio. Studies in ancient and medieval history, thought and religion.** Vol. IV. (New York, 1946).
- WORP, K.A. – DIJKSTRA, J. H. F., “The administrative position of Omboi and Syene in Late Antiquity”, en **Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik** (Bonn, 2006), Vol. 155, pp. 183-187.

Recebido em: 26 out. 2017.

Aceito em: 30 nov. 2017.