

REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**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. XV	n. 1	jan./jun.	2018	200 p.
-----------	-------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacqueline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.15, n.1 (jan./jun. 2018) — Fortaleza: UNI7, 2018 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/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 FA7 / FA7 Law Review

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

periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ | revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editora-Chefe

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

Editor-Adjunto

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

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

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

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

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

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

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

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

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

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

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

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

Normalização

Tamires Reis e Danyele Melo

Normalização de Referências

Jacqueline Campelo Jucá

Editoração Eletrônica

Gustavo-Augusto Vieira e Eduardo Mendes de Oliveira

Supervisão Gráfica

Eduardo Mendes de Oliveira

Capa

Bookmaker

Centro Universitário 7 de Setembro

Campus Água Fria

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

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

Campus Imperador

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

Reitor

Ednilton Gomes de Soárez

Vice-Reitor

Ednilo Gomes de Soárez

Pró-Reitor Acadêmico

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

Secretária Geral

Fani Weinschenker de Soárez

Coordenadora do Curso de Direito

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

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Apresentação

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

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da 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 FA7 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*. Também incluímos uma resenha estrangeira, elaborada pelo Prof. Dr. António dos Santos Justo, de obra do Prof. Dr. Alfonso Murillo Villar.

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

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior

Editora-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito 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 a 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 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@uni7.edu.br.

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

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

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XV, n. 1, jan./jun. 2018

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SUA NORMATIVIDADE SIMBÓLICA

Magno Federici Gomes

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho 13

Environmental education and your normative symbology

A RELATIVIZAÇÃO DO *JUS POSTULANDI* COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E SUA REPERCUSSÃO NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

André Ricardo Fonsêca da Silva

Carlos Eduardo Gadelha Pimentel de Moraes 29

The reliability of jus postulandi as a form of protection to the worker and its repercussion in advocating fees

O DANO EXISTENCIAL NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Dennis Verbicaro

Raíza Cruz 47

The existential damage in the consumer society

LOGÍSTICA REVERSA: QUAL É O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NO CENÁRIO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS?

Flávia Maria Gonçalves

Renata Salgado Leme 63

Reverse logistics: what is the role of municipalities in the national solid waste policy scenario?

AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO ROMANO NA REGULAMENTAÇÃO DA HIPOTECA NO BRASIL

Maria Vital da Rocha

Marfisa Oliveira Cacau 89

The influences of the Roman Law on the mortgage regulation in Brazil

O VALOR INDENIZATÓRIO EM DESAPROPRIAÇÕES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA

Romeu Thomé..... 103

The expropriation of permanent preservation area in urban area and the economic compensation

EMPRESA CONTEMPORÂNEA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

João Luis Nogueira Matias

Mônica de Sá Pinto Nogueira..... 115

Contemporary firm and the protection of human rights

AUTONOMIA PRIVADA NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO E VENDA DE MOEDAS VIRTUAIS

Lidiana Costa de Sousa Trovão

Rogério Mollica 127

Private autonomy in the operations of buying and selling virtual currencies

INTERESES DE PRESTAMOS DE DINERO. LIMITACIONES LEGALES Y EFECTOS CIVILES DE SU ABUSIVIDAD EN EL DERECHO ROMANO

Carmen Lopez-Rendo Rodríguez 141

Juros de empréstimo de dinheiro. Limitações legais e efeitos civis da sua abusividade no Direito Romano

Interest of money loans. Legal limitations and civil effects of his abusivity in roman law

BRUTO, QUINTO MUCIO E L'ABORTO PROVOCATO EX LEGE AQUILIA

Maria Virginia Sanna 161

Brutus, Quinto Mucius e o aborto provocado ex lege aquilia

Brutus, Quinto Mucius and the abortion provoked ex lege aquilia

¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO ROMANO? RAZONES QUE JUSTIFICAN SU DOCENCIA E INVESTIGACIÓN EN EL SIGLO XXI, Santiago de Compostela, Andavira Editora S.L., 2018 Da autoria do Prof. Dr. Alfonso Murillo Villar

António dos Santos Justo 195

EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SUA NORMATIVIDADE SIMBÓLICA¹

Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA.
federici@pucminas.br

Vânia Ágda de Oliveira Carvalho

Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior e em Gestão de Recursos Humanos pela Faculdade Estácio de Sá. Bolsista/pesquisadora FAPEMIG. Membro do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos, Meio Ambiente, Epistemologia Ambiental e dos Direitos Humanos e processos esde construção da Sustentabilidade".
vaniaagdaocarvalho@gmail.com

RESUMO: A educação ambiental é instrumento que, por meio de políticas públicas, materializa visão sistêmica de desenvolvimento sustentável. Assim, esse artigo analisará a sua normatividade, instituída pela Constituição da República de 1988 (CR/1988), examinando os principais pontos de sua regulação jurídica com o objetivo de ponderá-la enquanto meio a assegurar efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Concluiu-se pela ausência de efetivação da Lei de Educação Ambiental, que necessita de atitude positiva do Estado que não destina seriedade ao princípio constitucional da educação ambiental. O método usado foi o teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Educação ambiental. Simbologia normativa. Políticas públicas.

¹ Trabalho financiado pelo Edital nº 05/2016 (Projeto nº FIP 2016/11173-S2) do FIP/PUC MINAS, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP e CEDIS (FCT-PT).

Environmental education and your normative symbology

ABSTRACT: Environmental education is an instrument that, through public policies, materializes a systemic vision of sustainable development. Thus, this article will analyze its normativity, established by the Constitution of the Republic of 1988 (CR / 1988), examining the main points of its legal regulation in order to consider it as a means to ensure the effectiveness of the right to an ecologically balanced environment. It was concluded by the lack of implementation of the Environmental Education Law, which requires a positive attitude of the State that does not assign seriousness to the constitutional principle of environmental education. The method used was the theoretical-juridical with deductive reasoning and bibliographical and documentary research technique

KEYWORDS: Environmental education. Normative symbology. Public policy.

INTRODUÇÃO

Devido a busca incessante pelo crescimento econômico, aliado à capacidade humana em acumular riquezas, o meio ambiente atingiu um nível de degradação vultuoso, despertando a necessidade de preservação ambiental.

Não se havia pensado em valorar os recursos advindos da natureza. Parecia longínquo, por exemplo, o dia em que se pensaria esgotável a água e que se aprovesse viável destinar valor econômico a ela em prol de preservá-la.

Nesse prisma, grande desafio enfrentado pelo Direito, em especial pelo Direito ambiental e também pelo Direito econômico, consiste na capacidade em coadunar as atividades humanas aos limites da natureza quanto à esgotabilidade de seus recursos.

Um dos meios a auxiliar as ferramentas para o intento, ou talvez, basilar a estas, é a educação ambiental que, sem o desígnio de torná-la a panaceia de todos os problemas ambientais, pode corroborar para a mudança de paradigmas, no sentido de modificar o comportamento da espécie humana em benefício de sua própria preservação.

Por meio da educação ambiental a sociedade pode formar uma consciência ecológica crítica, atingindo uma valorização do meio ambiente e, conseqüentemente, sua preservação, visando um desenvolvimento sustentável para que se possa desfrutá-lo sem extinguir seus recursos. Ademais, ao tornar obrigatória a promoção da educação ambiental, a Constituição da República de 1988 (CR/1988), orienta-se pela suposição de que para defender e preservar o meio ambiente não basta o uso de mecanismos de sanção e de promoção do direito, sendo necessário promover a educação e a conscientização pública.

Nesse viés, tem-se que o objetivo do presente artigo consiste em efetuar análise da normatividade destinada à educação ambiental, instituída pela CR/1988. Tomou-se por base a Lei Federal nº 9.795/1999, procurando examinar os principais pontos da regulação jurídica com o objetivo primordial de coadunar a educação ambiental enquanto meio para assegurar a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, preconizado pelo art. 225, *caput*, da CR/1988.

Esse artigo seguirá uma linha de exposição em cinco capítulos. No primeiro capítulo, após fase introdutória, será analisada a questão da normatividade simbólica, bem como apresentada a relevância do uso do método interpretativo de Dworkin (2002), em contraponto ao positivismo puro, perpassando pela teoria do transconstitucionalismo de Neves (1999). No

segundo capítulo ocorrerá abordagem quanto ao caráter principiológico da educação ambiental, em análise pautada pela CR/1988.

O terceiro capítulo trará os atos normativos destinados à educação ambiental e a abordagem quanto a sua efetivação, tomando por base o arcabouço apresentado no artigo. Finalmente, no capítulo subsequente, efetuar-se-á uma retomada ao debate contido no problema em tela.

Após o desenrolar dos capítulos, serão apresentadas as considerações finais que se alcançaram com o desenvolver do tema.

Para o desenvolvimento desse artigo será adotado o método teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

1 SIMBOLOGIA NORMATIVA

A Constituição social passou a disciplinar os direitos econômicos e sociais, além dos já abarcados direitos e liberdades civis, de modo que houve, segundo Pimenta (1999, p. 139), um alargamento de matéria constitucional, vindo a apresentar as chamadas normas programáticas.

Pontes de Miranda apresenta conceito para norma programática como sendo uma norma “[...] cujo legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos” (PONTES DE MIRANDA *apud* PIMENTA, 2003, p. 136). Pode-se constatar, assim, que a norma programática apresenta princípios diretivos.

Silva (2001, p. 81-82) apresenta a classificação tradicional quanto às normas constitucionais brasileiras, as separando em normas de eficácia plena (aplicáveis desde sua entrada em vigor, de maneira imediata e integral), as de eficácia contida (possuem aplicação imediata, podendo, porém, serem restringidas por leis infraconstitucionais, sendo, assim, de aplicação não integral) e as normas de eficácia limitada (aquelas que necessitam de outra norma para regulamentar sua aplicabilidade), sendo que as normas programáticas se enquadram exatamente na classificação das normas de eficácia limitada.

A compatibilização de elementos instrumentais de simbolismo caracteriza a força de determinada legislação e o ordenamento jurídico é alicerçado em ambas variáveis. Todavia, quando a eficácia normativa é desconsiderada em favor do efeito simbólico, surgem dificuldades relacionadas à consequência hipertrófica ocasionada pela simbologia da norma.

Ou seja, normas são criadas sem que sejam, de fato, eficazes, sendo que, em algumas vezes, o Poder Legislativo atua em prol unicamente de tender uma situação social emergente. Corroborar com tal entendimento:

Ora, no caso das normas programáticas o sucesso está diretamente relacionado com o encobrimento ideológico, vale dizer, quando se editam tais normas o escopo não é a obediência, a submissão, e sim a satisfação ideológica, traduzida no apaziguamento das consciências políticas, posto que as normas são síntese de interesses contrapostos, antagonicos, de grupos sociais (PIMENTA, 1999, p. 162).

Em consequência, ocorre o fenômeno da existência exacerbada de textos legais, com a criação de leis inaplicáveis, vindo a causar na população um cepticismo nos poderes públicos.

Nesse mesmo viés, pode-se aferir o ingresso, na Constituição, de normas de conteúdo simbólico, resultando na constitucionalização simbólica, conforme preconiza Neves (1999). Tal concepção está relacionada às normas programáticas, de eficácia limitada, referindo-se a

orientação aos órgãos estatais quanto ao fim almejado na norma, que à regulação imediata concernente a interesses específicos, ou, como já dito, apresentado apenas princípios diretivos.

Referente às normas programáticas com finalidade social é mais perceptível a simbologia normativa, no que tange ao conteúdo constitucional, como o direito à educação, vinculado ao tema do presente artigo, qual seja, educação ambiental e que foram abarcados pela Constituição social.

Assim, nota-se negligência quanto à missão jurídico-instrumental em alguns direitos sociais constantes das normas constitucionais programáticas, cuja efetuação almeja do Estado uma ação positiva, explicitando o caráter simbólico constitucional.

Há doutrinadores, como Canotilho (2003, p. 1.176-1.177), que estabelecem que as normas programáticas possuem a mesma estrutura das demais normas jurídicas, as diferenciando no critério de necessidade de leis que as regulamentem. Ou seja, dependem de ações futuras para destinar eficácia às mesmas. Entretanto, tem-se que as normas programáticas são dotadas de eficácia jurídica, “porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 1.177). Não se pode falar, dessa forma, em eficácia programática, mas tão somente em necessidade de regulamentação, sem vinculá-las à ausência de eficácia.

Tal preceito elencando por Canotilho (2003) é seguido por Gomes (2012), que evidencia:

Pode-se concluir, então, que as normas constitucionais programáticas devem ser consideradas como normas aplicáveis, visto que do contrário, abre-se espaço para que a legislação infraconstitucional vá em sentido contrário ao da CR/88, o que não se pode admitir em um Sociedade democrática, pautada pela supremacia da Constituição e pela dignidade da pessoa humana (GOMES, 2012, p. 101).

É também o preconizado nos ensinamentos de Pimenta (1999, p. 152) ao confrontar eficácia programada com eficácia obrigatória, relatando que “[...] qualquer norma constitucional deve desde logo ser obrigatória nos confrontos de qualquer potestade estatal discricionária, compreendida inclusive a potestade legislativa” (PIMENTA, 1999, p. 153).

Coaduna com esse entendimento, Sarlet (2012) ao afirmar que “[...] todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico” (SARLET, 2012, p. 293).

Nesse sentido, a possibilidade de vir a reclamar a plenitude da eficácia de referidas normas no âmbito do Poder Judiciário, com a judicialização de políticas públicas, sem que se fale em ofensa ao princípio da separação de poderes, como explica Sarlet (2012, p. 293).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado recebe relevante atenção do poder constituinte originário quando a CR/1988 o positiva como direito fundamental de terceira geração.

Nesse prisma, para o alcance ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, está inserida a educação ambiental que, mesmo como norma programática, detém relevante função normativa, qual seja, a de atribuir fim ao Estado, desmistificando o liberalismo econômico (SILVA, 2001, p. 155).

Conforme previsão constitucional, para assegurar a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, deve o Poder Público, de todas as esferas da Federação, “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a pre-

servação do meio ambiente” (BRASIL, 1988, art. 225, § 1º, inciso VI). Nesse sentido, a educação ambiental é meio para que se atinja o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, para tal, deve o Poder Público instituir políticas públicas que viabilizem referido instrumento.

Entretanto, pondera-se ser essa determinação constitucional uma norma meramente simbólica e, por tal, ineficaz. Mas ainda há outros pontos de suma importância a serem questionados, tendo em vista que a Lei nº 9.795/1999 veio para regulamentar a norma constitucional programática, destinando-lhe, *a priori*, eficácia.

Face todo exposto, ou seja, da existência de normas simbólicas, destaca-se a relevância dos princípios contidos no ordenamento jurídico brasileiro, os quais, também são diretrizes de aplicação do direito, juntamente com as leis postas.

Ademais, segundo Silva (2001, p. 156), apesar da natureza programática da lei de Educação Ambiental, a destinando caráter simbólico, as normas programáticas “são normas que contêm, além de princípios esquemáticos para a atuação legislativa futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica” (SILVA, 2001, p. 156).

Consiste em afirmar que apesar da dependência de atitudes positivas do Estado, as normas também apresentam princípios gerais norteadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Como muito bem descreve Pimenta (1999, p. 131), a Constituição é um sistema jurídico normativo aberto de regras e princípios, ultrapassando, assim, o jusnaturalismo, desconsiderando a dimensão puramente jurídica da Constituição. “Nesse contexto, a ideia de sistema constitucional denota as formas e as forças políticas inseridas na Constituição jurídica, vale dizer, exprime a constituição real” (PIMENTA, 1999, p. 1.310).

Referido autor (1999, p. 130-131) continua suas explanações afirmando ter restado evidente o acatamento no seio da sociedade da constituição jurídica, destinando-lhe maior eficácia.

Dentro dessa perspectiva, não se pode afirmar que a Constituição se caracteriza apenas por regras, mas também se consubstancia por princípios que, no contexto do presente artigo se fazem relevantes, tendo em vista os princípios da educação ambiental, já conclamados na Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental ocorrida nos Estados Unidos – Tsibilibi, em 1977.

Em contraponto ao positivismo puro, encontra-se o método interpretativo de Dworkin (2002), com a respectiva valorização dos princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, arcabouço do neoconstitucionalismo. O posicionamento positivista clássico de compreender que apenas se existir uma lei específica é possível a aplicação do Direito, é o mesmo que ignorar a existência dos princípios, em uma herança positivista, criticada por Dworkin.

Desse modo, a proposta de interpretação perpetrada por Dworkin (2002), no que tange à questão da política, parece ponderável, pois quando se pretende uma abordagem crítica acerca de questão ambiental, improvável a afastabilidade do problema da esfera da teoria política.

Crítica destinada ao positivismo jurídico feita por Dworkin (2002), em sua teoria, consiste em como os juristas lidam com os enunciados, ao destinar-lhes significado, associando o direito à determinada questão. Nesse viés, o autor busca demonstrar o caráter interpretativo equivocado o qual o meio jurídico utiliza, vez que a sentido de hermenêutica usada pelos juristas não devem se pautar ao sentido presente no texto ou à intenção legislativa ao ocorrer determinada obscuridade.

Assim, Dworkin (2002) busca estabelecer o saber jurídico para além da leitura dos códigos legais, em especial diante das consideráveis dificuldades concernentes às demandas que se referem ao conteúdo ambiental.

Nessa perspectiva, ao aduzir à educação ambiental um caráter principiológico, não há que se falar em ausência de obrigatoriedade prestacional, tendo em vista que, apesar da educação ambiental não ser propriamente um direito fundamental, é meio para alcançar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e está inserido no contexto da educação, que é um direito fundamental. Ademais:

Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas (SARLET, 2012, p. 297).

Nesse contexto, a relevância do método interpretativo de Dworkin (2002). Em sendo assim, mesmo que a legislação acerca da educação ambiental não seja suficiente para tornar a educação voltada ao meio ambiente eficaz, que então, com base nos princípios constitucionais, bem como nos direitos fundamentais da educação e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, se dissemine a necessidade em se preservar o meio ambiente.

Em análise à educação ambiental, realizada em item a seguir, notar-se-á seu caráter principiológico, tendo em vista que a educação ambiental não é direito fundamental, mas princípio e, por tal, deve ser, segundo o filósofo Dworkin, considerado compreendido pelo arcabouço jurídico brasileiro e garantido pelo Poder Público.

2 ESPECIFICIDADES DA LEI DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Com todas as mudanças ocorridas no decorrer da história e com a supervalorização do acúmulo de riquezas, em especial com o advento da Revolução Industrial, o ser humano distanciou-se de questões de suma relevância, como a preservação do meio ambiente.

Com o transcorrer dos anos, a humanidade viu-se diante de novas necessidades oriundas das ocorrências negativas que afetavam o meio ambiente e, conseqüentemente, suas vidas, já que o homem é parte integrante da natureza. E, por pertencer ao meio, o homem teve, pela CR/1988, positivada a proteção ao meio ambiente.

[...] relação do homem com o meio ambiente é objeto de proteção específica pelo sistema positivo brasileiro. A CF/88 I, em seu artigo 225, é taxativa em afirmar que a proteção do meio ambiente, direito das presentes e futuras gerações, insere-se no rol de direitos a serem protegidos pelo Estado [...] (BARRETO; MACHADO, 2016, p. 323).

Diante disso, iniciou-se processo de questionamento e providências no sentido de buscar minimizar os danos e preservar o meio. Uma das maneiras em prol de disseminar a necessidade de preservação da natureza é a educação.

Em um cenário mundial, a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental ocorrida em Tbilisi, 1977, foi um marco revolucionário, no sentido de que recomendou aprofundamento da função, dos objetivos e das características da educação ambiental, vindo a es-

clarecer sua finalidade e princípios, oriundos da Declaração de Estocolmo (1972) e perpetrada na Carta de Belgrado (1975):

A partir da Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental realizada em Tbilisi (EUA), em 1977, inicia-se um amplo processo em nível global orientado para criar as condições que formem uma nova consciência sobre o valor da natureza e para reorientar a produção de conhecimento baseada nos métodos da interdisciplinaridade e nos princípios da complexidade. Esse campo educativo tem sido fertilizado transversalmente, e isso tem possibilitado a realização de experiências concretas de educação ambiental de forma criativa e inovadora por diversos segmentos da população e em diversos níveis de formação (JACOBI, 2003, p. 190).

Diante do que foi preconizado em Tbilisi, observa-se a presença de alguns princípios inerentes à educação ambiental, dentre eles o de se tratar de processo dinâmico, perdurável, com a conscientização da sociedade e dos indivíduos, construindo conhecimento e possibilitando atitudes individuais, bem como de cunho coletivo em prol de solucionar problemas de viés ambiental.

Oportunamente, destaca-se que, no viés de educação ambiental eficaz, de cunho emancipatório, construir conhecimento não implica em desconsiderar saberes, tendo em vista o enunciado por Leff (2010), ao abordar a complexidade ambiental. Ele destacou o escopo do estudo ambiental que é, pois, um objeto socioambiental e, dessa forma, necessário se faz um saber ambiental. Nesse prisma:

O saber ambiental não é contrário ao conhecimento; o que ele repugna é a abordagem (a)crítica. Enfim, esse saber tenta distanciar-se diametralmente dos princípios não holísticos disjuntivos, ao mesmo tempo em que produz princípios de matizes contextuais ecológicas. (BARBOSA; NÓBREGA, 2013, p. 186).

Princípio relevante da educação ambiental consiste também na contextualidade, observando a realidade particular das sociedades, sem negligenciar sua complexidade planetária. Nesse sentido:

A educação ambiental deve visar, no que se refere ao ensino, a transmitir aos alunos uma visão global da realidade em que eles estão inseridos e da qual são protagonistas, bem como fazer deles cidadãos imbuídos de valores humanistas e democráticos a serem colocados a serviço da humanidade e para o bem da coletividade (REIS; BIZAWU, 2014, p. 83).

Incorporada mais recentemente entre as características que a educação ambiental formal deve ter no Brasil, está a imposição de ser transversal, de modo que as questões ambientais não se vinculem a disciplina específica, transpassando demais conteúdos e orientações de cunho didático relacionadas a disciplinas diversas. Aferiu-se, portanto, que a educação ambiental é assunto transversal constante dos Parâmetros Curriculares Nacionais do Ministério da Educação (MEC).

Todavia, apesar desse caráter de transversalidade, e, em que pese a possibilidade de se ver inserida em debates presentes em diversas disciplinas curriculares, questiona-se a real efetividade da educação ambiental caso fosse implementada disciplina específica para a educação ambiental, sem, contudo, lhe retirar a característica de ser transversal. Tal abordagem será mais amplamente discutida em item próprio.

Diante disso, vê-se a abrangência, importância e intenções contidas nos preceitos da Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, de 1977, incorporados na CR/1988, e regulamentados pela Lei nº 9.795/1999.

No mais, em análise mais apurada e crítica ao estabelecido na Conferência de Tbilisi, nota-se, em seus princípios, o caráter de empregar enfoque interdisciplinar, examinando ques-

tões ambientais em escalas locais, regionais, nacionais e internacionais, com foco em situações ambientais atuais e futuras, considerando, inclusive, a perspectiva histórica.

Nessa perspectiva, a integração holística, cada vez mais presente na comunidade mundial originou uma desterritorialização de adversidades jurídicas, de cunho constitucional que, como explica Neves (2009, p. 297), desvincularam-se do Estado. Tal se deve, em especial, ao fato de que o Estado não é mais o lugar inevitável de resolução de adversidades jurídicas-constitucionais atuando apenas como um dos diversos locais em que a colaboração em prol da solução do problema ocorre.

Com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável não poderia ser diferente, ante as alarmantes ocorrências ambientais que tanto vêm preocupando a humanidade. Os resultados nefastos ocorridos pelos danos ao meio ambiente não afetam somente em vias regionais, repercutindo sobre o globo terrestre em toda sua dimensão, ecoando, conforme se pode apurar dos ensinamentos de Neves (2009, p. 297) como problemática de cunho constitucional que afeta toda a sociedade internacional.

Dentro do que preconiza o instituto do transconstitucionalismo, trata-se, pois, de instrumento atuante na conjuntura mundial. Entretanto, na esfera do meio ambiente sustentável, não vislumbrou enfoque. Ressalta-se que, em relação às demandas ambientais solucionadas em caráter internacional deverão servir de parâmetros para decisões nacionais internas, haja vista ser o meio ambiente um só.

Ademais, ainda sob uma visão, mesmo que mais abrangente do transconstitucionalismo, a educação ambiental é instrumento universal de combate à degradação do meio ambiente, haja vista que está “[...] vinculada ao desenvolvimento de mentalidades, comportamentos e costumes baseados na preservação dos recursos naturais da Terra e na busca de um meio ambiente equilibrado a fim de criar um mundo melhor” (REIS; BIZAWU, 2014, p. 81).

Embora a CR/1988 não adote definição expressa de educação ambiental nem específicas conteúdos e formas de educação ambiental, relevantes aspectos podem ser discutidos no plano da análise jurídico-constitucional. E, mesmo que a CR/1988 não apresente definição expressa para educação ambiental, sabe-se que relevante intenção do direito ambiental consiste em educar comportamentos humanos com escopo maior de construir um direito constitucional voltado para a busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Corroborar com essa afirmativa:

A finalidade da norma ambiental é a construção do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado indispensável à sadia qualidade de vida. Portanto, o Direito Ambiental deve, sobretudo, estimular, educar comportamentos humanos conduzindo ao horizonte de sustentabilidade da relação do ser humano com a natureza, coerentemente com o direito fundamental prescrito no capítulo VI da Constituição Brasileira (DERANI; SOUZA, 2013, p. 252).

Ao tornar obrigatória a promoção da educação ambiental, ao lado de outras obrigações para o Poder Público (art. 225, §1º), a CR/1988 orienta-se no sentido de que não basta o uso de mecanismos de sanção e de promoção do direito na defesa e preservação do ambiente. Faz-se necessário promover a educação e a conscientização pública. Para Steinmetz (2009, p. 2), trata-se da suposição de que o Direito pode ser insuficiente para a mudança de hábitos e o estímulo a comportamentos e atitudes comprometidos com a preservação ambiental.

Outro ponto relevante diz respeito à natureza da norma constitucional que impõe ao Poder Público a promoção da educação ambiental. Trata-se, pois, de regra ou de princípio? Partindo do pressuposto que, quanto à estrutura, as normas constitucionais distinguem-se em regras e princípios, adota-se, aqui, a interpretação de que a promoção da educação ambiental é

princípio. Princípio definido conforme a teoria dos princípios de Dworkin, conforme já explicado.

Nesse viés, deve o princípio ser considerado ante a relevância em se preservar o meio ambiente, vindo a funcionar como instrumento eficaz para disseminar a necessidade de preservação da natureza, haja vista ser fonte norteadora de ações legislativas e do Poder Público.

Ao entender tal afirmação como certa, não implica dizer que o Poder Público está livre para promover a educação ambiental em grau mínimo ou limitar-se a programas e projetos tímidos ou insuficientes de educação ambiental. Ao contrário, deve implementar a educação ambiental no máximo grau possível.

Nos ensinamentos de Steinmetz (2009, p. 2), não há um direito fundamental à educação ambiental, compreendido como um direito fundamental autônomo. A CR/1988 institucionaliza o direito fundamental à educação (art. 6º da CR/1988) e situa a educação ambiental no âmbito da regulação constitucional do ambiente.

Nesse prisma, tem-se que há um direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à educação, sendo esses, direitos fundamentais autônomos. A educação ambiental, segundo Steinmetz (2009, p. 2) é um dever objetivo do Poder Público entendido como um meio com o qual o Poder Público promove a efetividade do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, o dever de promover a educação ambiental é um dos deveres imputados ao Poder Público por força do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado e pelo dever de se promover a educação.

Volta-se nesse ponto, à discussão entrelaçada aos princípios constitucionais e sua relevância para o ordenamento jurídico, bem como o método utilizado pelo filósofo Dworkin, já trazido à baila. Ademais, o princípio da promoção da educação ambiental articula-se também com os princípios da informação e da participação no âmbito das questões ambientais.

Por meio da educação, forma-se e informa-se. Com isso, criam-se os pressupostos cognitivos para a democratização das informações sobre o ambiente e, o que é mais importante, estimulam-se a curiosidade e a iniciativa pela busca da informação. Condizente afirmação de que pela informação educa-se. Nesse viés, educação e informação retroalimentam-se.

O conhecimento teórico pode ser adquirido por meio de instrumentos de repasse do conhecimento, inerentes à educação. Tem-se, segundo Jacobi (2003, p. 191-192), que educação não se refere tão somente à educação formal, mas também a meios como educação familiar, práticas sociais educativas de preservação ambiental e programas governamentais de divulgação da importância da preservação.

Nesse contexto, observa-se a importância da informação, que “assume um papel cada vez mais relevante, ciberespaço, multimídia, internet, a educação para a cidadania representam a possibilidade de motivar e sensibilizar as pessoas para transformar as diversas formas de participação na defesa da qualidade de vida” (JACOBI, 2003, p. 192-193).

Ponderação semelhante concernente entre educação e participação, haja vista que pessoas educadas estão mais predispostas à participação, ao exercício de seus direitos voltados para a formação da vontade estatal, contribuindo com ideias e ações na resolução de questões de interesse público, como são as questões ambientais. Há que se ressaltar que a educação qualifica a participação, ocasionando na condução de exigências mais rigorosas de programas e projetos de educação ambiental.

Viu-se a inexistência de conceituação de educação ambiental no texto constitucional. Todavia, a Lei nº 9.795/1999 define educação ambiental como:

Art. 1º da Lei nº 9.795/1999. [...] os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 1999, art. 1º).

Essa definição orienta-se por uma visão dinâmica da educação ambiental. Dessa forma, tem-se que a educação ambiental não é concebida como conjunto estático de conhecimentos e informações sobre o ambiente a serem transmitidos para alguém que os receberá de maneira passiva. São processos que formam a educação ambiental. Sobre referidos processo, apresenta Steinmetz (2009):

Esses processos são instrumentos que compreendem três dimensões: a *axiológica*, porque esses processos devem ser meios para a construção de *valores* sociais favoráveis (“amigos”) da conservação do ambiente; a *epistemológica* (em sentido lato), porque esses processos devem produzir *conhecimentos* voltados para a conservação do ambiente; e *praxeológica*, porque devem desenvolver *habilidades, atitudes e competências* voltadas para a conservação do ambiente. Essas dimensões estão interrelacionadas. Daí por que a lei estipula como um dos princípios básicos da educação ambiental “a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais” (art. 4º, IV, da Lei 9.795/1999) (STEINMETZ, 2009, p. 03).

Reforça a relevância da educação ambiental para assegurar a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado perpetrado no art. 225 da CR/1988, a Lei nº 9.795/1999, ao determinar que: “a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal” (BRASIL, 1999, art. 2º).

Nesse viés percebe-se a relevância dos atos administrativos normativos para a concretude da educação ambiental.

3 EDUCAÇÃO AMBIENTAL: SEUS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS E SUA EFETIVAÇÃO

Nos ensinamentos de Gomes (2012, p. 269), os atos administrativos normativos tornaram-se instrumentos da política educacional. No contexto da educação ambiental, diversos atos normativos, ligados ao Ministério do Meio Ambiente (MMA) e ao MEC devem ser considerados e, para tal, observados os atos que os envolvem. Alguns relatos importantes quanto aos atos administrativos normativos serão aqui abordados.

A educação ambiental no Brasil, segundo Leite e Medina (2001, p. 97) se inicia de maneira oficial a partir da criação da Secretaria de Meio Ambiente (SEMA) no ano de 1973, vinculada ao Ministério do Interior, vindo a responder às exigências internacionais que emergiam à época, no quesito ambiental e suas necessidades.

Em 31 de agosto de 1981 é instituída a Lei nº 6.938/1981, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, sendo que, em seu art. 7º, cria o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

A CR/1988, em seu art. 225 também faz remissão à educação ambiental. Em 1994, é ocasionada a aquiescência do Programa Nacional de Educação Ambiental – PRONEA, com a participação do MMA, MEC e do IBAMA.

Leite e Medina (2001, p. 105) esclarecem que o Ministério do Meio Ambiente, desde seu início, manifestou preocupação com a educação ambiental, vindo a promover inúmeras

iniciativas, como por exemplo, a constituição de uma Comissão de Educação Ambiental do MMA de caráter inter e intra-ministerial, no âmbito da Secretaria de Desenvolvimento Integrado, em 1997, a participação na Câmara Técnica de Educação ambiental do CONAMA, etc. Contudo, somente em 1999, é instituída a Lei nº 9.795/1999, a qual estabeleceu o PRONEA.

O Decreto nº 4.281/2002 veio regulamentar a Lei nº 9.795/1999, e criar o órgão gestor responsável pela coordenação da Política Nacional de Educação Ambiental, previsto no art. 14 da citada Lei nº 9.795/1999, instituindo, em seu art. 1º, que:

Art. 1º do Decreto nº 4.281/2002. A Política Nacional de Educação Ambiental será executada pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, pelas instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, pelos órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, envolvendo entidades não governamentais, entidades de classe, meios de comunicação e demais segmentos da sociedade (BRASIL, 2002, art. 1º).

O MEC constrói, a partir das leis, pareceres e, da organização de atividades, a história da educação ambiental formal no Brasil. Serão relatados, dentre muitos, os principais atos administrativos normativos do MEC quanto à educação ambiental.

Em 1987, segundo Leite e Medina (2001, p. 97-105) o MEC aprova, no que tange à imprescritibilidade em acrescentar a educação ambiental nos currículos escolares de 1º e 2º graus, o parecer 226/87 do conselho Arnaldo Niskier. Em 1988, iniciam-se as atividades da Coordenação de Educação Ambiental do MEC. Em 1991, o MEC lança a portaria 678, instituindo que todos os currículos contemplarão conteúdos de educação ambiental, considerando os variados níveis de ensino. Em 1993 há, com o escopo de originar e propagar metodologias destinadas à educação ambiental, a criação dos centros de educação ambiental do MEC.

Diante dos atos administrativos normativos citados acima, nota-se o Estado exercendo a sua função regulamentar (GOMES, 2012, p. 269) no intuito em estabelecer critérios voltados para a educação ambiental, tanto no âmbito do MMA quanto do MEC. Todavia, pondera-se a respeito da efetivação da educação ambiental em especial o que tange ao estabelecido no art. 225 da CR/1988 e na Lei nº 9.795/1999, a qual institui a Política Nacional de Educação Ambiental após pouco mais de uma década de vigência da CR/1988.

A promoção da educação ambiental é um dever do Poder Público previsto pela CR/1988. Todavia, uma regulação infraconstitucional mais detalhada e abrangente da União entrou em vigor quando pouco tempo faltava para completar uma década de vigência do texto constitucional (Lei nº 9.795/1999).

A lei acima mencionada foi regulamentada três anos após a edição do Decreto nº 4.281/2002, que deu origem ao órgão responsável pela coordenação da Política Nacional de Educação Ambiental, previsto no art. 14 da Lei nº 9.795/1999.

Steinmetz (2009, p. 5) aduz que o problema quanto à real efetividade da Lei de Educação ambiental não está tão somente no quesito da morosidade legislativa, tão evidenciada quando se observa que o Decreto regulamentador de lei foi editado três anos após a mesma. Segundo o autor (2009), também está presente em outros pontos, como por exemplo, na acessibilidade aos sites das secretarias estaduais e municipais do meio ambiente e da educação, que ademais, apresentam informações insuficientes e obsoletas quanto aos projetos de educação ambiental.

Steinmetz (2009, p. 5) afirma ainda que, apesar de ser dever da coletividade defender e preservar o ambiente (art. 225, *caput*, CR/1988), as instituições privadas de ensino não destinam a devida atenção ao tema educação ambiental. Em que pese a Lei nº 9.795/1999 incumbir às instituições educativas, em todos os níveis, de “[...] promover a educação ambiental de

maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem” (BRASIL, 1999, art. 3º, inciso II) e instituir que a aprovação e supervisão para que as instituições de ensino e de seus cursos (tanto nas redes pública e privada) funcionem, devem observar o cumprimento das determinações da Lei nº 9.795/1999, para a educação ambiental no ensino formal (art. 12), tais requisitos não vêm sendo cumpridos.

Cabe aqui a observação de que o poder de polícia, no que tange à fiscalização dos órgãos de educação não está acontecendo, tendo em vista a ausência, segundo Steinmetz (2009, p.6), do cumprimento dos quesitos constantes na Lei.

Concernente a outros pontos da Lei nº 9.795/1999, há, ainda, ponderações a serem realizadas, tendo em vista sua real efetividade. Exemplo plausível consiste no questionamento da opção legislativa de proibir a inserção da educação ambiental como disciplina singular no currículo de ensino, conforme art. 10, § 1º. Leia-se:

É verdade que a educação ambiental é temática transversal. Mas isso não significa que necessariamente se deva proibir a criação de disciplina específica. Sobretudo considerando-se a complexidade científica e técnica das questões ambientais e da gravidade do atual estágio de degradação ambiental e dos riscos ambientais. Nem todos os docentes estão aptos teórica, metodológica e pedagogicamente a trabalhar com os temas ambientais, em sala de aula ou em atividades complementares (STEINMETZ, 2009, p. 6).

Nesse prisma, volta-se à discussão de não se tratar, a Lei de Educação Ambiental, de mera legislação simbólica, tendo em vista que sua função ideológica parece se sobrepor à sua função normativa, gerando a denominada hipertrofia normativa.

Para Steinmetz (2009, p. 7), não é possível afirmar tratar-se de legislação simbólica, tendo em vista seu caráter de lei com normas gerais, a qual veicula mais diretrizes vagas. “Contudo, pode-se afirmar que o grau de efetividade da lei é baixo, muito aquém do razoável, após 10 anos de vigência” (STEINMETZ, 2009, p. 7).

Nas instituições de ensino superior (IES) não são constatadas atividades de pleno exercício quanto à educação ambiental, notando-se a restrita iniciativa de professores e alunos, normalmente, direcionada para “pesquisa sobre educação ambiental como linha de pesquisa ou projeto de pesquisa, seja por meio de programas ou projetos setoriais ou pontuais de educação ambiental” (STEINMETZ, 2009, p. 5).

Ou seja, em relação ao ensino superior, a educação ambiental é pauta apenas de programas específicos, seja como linha ou projetos de pesquisa.

4 FUNDAMENTOS DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL: RETOMANDO O DEBATE CONTIDO NO PROBLEMA

O debate contido no problema escopo do presente artigo consiste em efetuar análise da normatividade destinada à educação ambiental, instituída pela CR/1988. Tomou-se, por base, a Lei Federal nº 9.795/1999, procurando examinar os principais pontos da regulação jurídica com o objetivo primordial de coadunar a educação ambiental enquanto meio para assegurar a efetividade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, preconizado pelo art. 225, *caput*, da CR/1988. Ao se efetuar análise crítica quanto a legislação destinada à educação ambiental, como, por exemplo, a proibição da existência de disciplina específica presente no âmbito curricular das instituições de ensino, acaba por priorizar o empenho individual dos profes-

sionais com interesse a disseminar a educação ambiental, fazendo com que a educação ambiental, no parâmetros adotados por Loureiro (2012, p. 24), perca sua identidade.

Loureiro (2012, p. 24-25) aduz que, no campo do debate ambiental há um senso comum generalizado, de pouca profundidade, voltado para os conceitos, ocasionando o real motivo discursivo com o que se deseja e o que se deve fazer no campo educativo “ecológico, cidadão e crítico” (LOUREIRO, 2012, p. 24).

Não se busca estabelecer um modelo padrão de comportamento pedagógico entre os educadores ambientais, haja vista que:

[...] Educação Ambiental é parte dos planos ou, mais especificamente, de racionalidades de poder que são organizadas, planejadas, pensadas, definidas e materializadas nos currículos escolares, com o objetivo de influenciar e transformar determinadas condutas humanas (OSÓRIO, 2011, p. 404).

Entretanto, é preciso elevar os padrões das atitudes individuais para um patamar mais amplo, no sentido de globalizar as ações, considerando, evidentemente, todo o complexo histórico e social em que está inserido o público alvo do projeto educacional. Nesse diapasão:

Em Educação Ambiental, a negação da homogeneidade simplificadora e o respeito à diferença de ideias e modos de viver são fundamentais e coerentes com a visão de ambiente enquanto complexidade do mundo. Porém, ao se defender o diverso não se pode cair num pluralismo indiferenciado, em que as vivências pessoais e as lutas sociais se deem numa história diluída e desconexa, na qual a negação, a confrontação de teorias e argumentos e a superação transformadora tornam-se impossíveis de se realizarem. Isso seria recair num relativismo absoluto e no atomismo de iniciativas que passam a ser vistas como válidas em si mesmas, posturas que em nada favorecem a consolidação da educação como atividade cidadã, reflexiva [...] (LOUREIRO, 2012, p. 26).

Significa dizer que, não desmerecendo as atitudes individuais, é preciso envolvimento e comprometimento dos órgãos públicos na busca por uma educação ambiental realmente eficaz.

Sem qualquer tipo de negligência quanto às dificuldades existentes para implementação de políticas públicas destinadas a esse fim, considerando que, no que tange à educação formal, sendo aquela instituída dentro das instituições de ensino, afirma-se a necessidade de um processo de execução um tanto quanto complexo, devido à necessidade de equipe multidisciplinar, com capacitação de profissional bem como das instituições.

Outro ponto consiste no fato de que, por depender de quesitos como orçamento e trabalho conjunto de políticas públicas das três esferas governamentais, assim como a ausência de profissionais gabaritados para praticar a educação ambiental formal, sua implantação seja negligenciada.

Não se pode olvidar a característica programática da legislação veiculada à educação ambiental. Entretanto, como salienta Sarlet (2012, p. 292), em que pese tratem-se as normas programáticas de normas que apresentam normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, “[...] porquanto se tratam de normas que estabelecem programas, finalidade e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador” (SARLET, 2012, p. 292), as mesmas devem ser obrigatoriamente instituídas, tendo em vista sua eficácia como autênticas normas jurídicas.

Ademais, como já defendido, por se tratar de princípio, a educação ambiental apresenta extrema relevância no ordenamento jurídico, devendo ser sopesado fatidicamente e interpretado segundo os critérios de Dworkin sem existir qualquer hierarquia entre os demais princípios, convivendo harmonicamente no ordenamento jurídico.

Em suma, o Poder Público e os entes privados não levam a sério o princípio constitucional da educação ambiental enquanto mandamento direcionador das atividades voltadas para o alcance do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A atuação, sobretudo do Poder Público, é insuficiente, sem que haja razões de cunho fático e/ou jurídico que a justifiquem na concretude, apesar dos enfoques tratados nesse artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitir a necessidade em preservar o meio ambiente é questão pacificada. Os meios para disseminar essa necessidade é que ainda são objetos de análise e a educação ambiental é um instrumento hábil para disseminar a demanda de se preservar o meio ambiente, alertando a sociedade dos riscos num futuro não muito distante, acaso esgotados os recursos naturais.

Sabe-se não ser tarefa fácil alterar paradigmas pela ruptura de obstáculos epistemológicos e barreiras institucionais. Todavia, diante da situação de crise ambiental em que vive o planeta, faz-se necessário a busca por novas concepções.

O direito possui papel fundamental nesse processo transformador, pois, enquanto instrumento de organização da sociedade, move a dinâmica social na direção desejada. Mas, como relatado no transcórre do trabalho, o caráter punitivo das sanções por si só não são capazes de moldar comportamentos, pela ausência de transposição do saber. Assim, os instrumentos de gestão de comando e controle, por si só, não são eficientes para a consecução dos objetivos do Direito ambiental.

A educação, por sua vez, possui papel de instrumento de viabilização pelo qual se busca modificar a consciência humana, perpetrando comportamentos desejáveis. Ao se considerar que as normas de proteção ao meio ambiente não se destinam necessariamente a modificações radicais da relação homem natureza, almeja-se que a educação ambiental desempenhe essa função.

Apesar da lei de educação ambiental possuir pouco mais que dezesseis anos, sua efetivação ainda é discutida, tendo em pauta a ausência de sua aplicação, seja consubstanciada em justificativas organizacionais, orçamentárias, de cunho profissionalizante, pela ausência de profissionais gabaritados para a sua prática ou por mero descaso governamental.

Diante disso, trata-se de legislação simbólica, relacionando-a a ineficácia vinculada a necessidade de regulamentação ou aplicação insuficiente. Contudo, pondera-se que, pelo fato de se tratar de norma jurídica, independentemente de se referir a uma norma programática, sua eficácia jurídica é inquestionável, sendo quesito suficiente para exigir sua aplicabilidade junto ao Poder Judiciário, sem, contudo, consubstanciar vedação ao princípio da separação dos poderes.

Em que pese a educação ambiental não ser direito fundamental consagrado no texto da CR/1988, é princípio e, segundo os critérios do filósofo Dworkin (2002), apresenta extrema relevância no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, encontra-se vinculado ao direito fundamental da educação e é instrumento de alcance do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de que se encontra intimamente ligado aos princípios da informação e da participação.

Assim, conclui-se que a ausência de efetivação da lei de educação ambiental caracteriza o descaso do Poder Público, bem como dos entes privados, que não destinam a devida serieda-

de ao postulado constitucional da educação ambiental enquanto mandamento direcionador das atividades voltadas para o alcance do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Erivaldo Moreira; NÓBREGA, Maria de Fátima. O Direito ambiental em perspectiva: da hermenêutica-sistêmica ao saber ambiental. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, nº 20, p. 179-205, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/mestrado>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

BARRETO, Leandro de Marzo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. A construção do diálogo e da solidariedade e a proteção do bem ambiental e da natureza na concepção universal do humano, a partir de uma leitura da Encíclica Laudato Si. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, nº 26, p. 319-336, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/mestrado>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.281, de 25 jun. 2002. Regulamenta a Lei no 9.795, de 27 de abril de 1999, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 26 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4281.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 abr. 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 28 abr. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4281.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERANI, Cristiane; SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. Instrumentos econômicos da política nacional do meio ambiente: por uma economia ecológica. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, nº 19, p. 247-272, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.domholder.edu.br/mestrado>>. Acesso em: 14 maio 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Magno Federici. **Direito educacional superior**: evolução, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. Curitiba: Juruá, 2012.

JACOBI, Pedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, online, nº 118, p. 189-205, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

LEITE, Ana Lúcia Tostes de Aquino; MEDINA, Naná Mininni (Coord.). **Educação ambiental**; curso básico a distância: documentos e legislação da educação ambiental. 2. ed. Brasília: MMA, 2001. v. 5.

LOUREIRO, Carlos Frederico Bernardo. **Trajatória e fundamentos da educação ambiental**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

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

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

OSÓRIO, Mara Rejane Vieira. Professores e educação ambiental: implicações para o currículo. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, Brasília, v. 92, nº 231, p. 399-416, maio/ago. 2011. Disponível em: <<http://rbep.inep.gov.br/index.php/rbep/article/view/554>>. Acesso em: 06 dez. 2017.

REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. Educação ambiental como processo para a construção da cidadania. In: COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur (org.). **Temas essenciais em Direito ambiental: um diálogo internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Cap. 3. p. 67-95. v. 4. Coleção de Direito ambiental e desenvolvimento sustentável. Dom Helder Câmara.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STEINMETZ, Wilson. Educação ambiental, Constituição e legislação: análise jurídica e avaliação crítica após dez anos de vigência da Lei 9.795/1999. **Revista de Direito ambiental**, São Paulo, v. 15, nº 55, p. 189-202, jul./set. 2009.

Recebido em: 17 mar. 2017.

Aceito em: 3 jan. 2018.

A RELATIVIZAÇÃO DO *JUS POSTULANDI* COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR E SUA REPERCUSSÃO NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

André Ricardo Fonsêca da Silva

Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPB. Professor da graduação e pós-graduação do Centro Universitário de João Pessoa-UNIPÊ.

professor.andrefonseca@gmail.com

Carlos Eduardo Gadelha Pimentel de Moraes

Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Constitucional.

cegadelha@gmail.com

RESUMO: O *jus postulandi* é um instituto do Processo do Trabalho, previsto no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual confere às partes a possibilidade de exercer a capacidade postulatória, autorizando-as a litigar em juízo independentemente da presença de um advogado. Em razão do instituto, não há, como regra, condenação em honorários pela mera sucumbência, o que acaba interferindo nas verbas eventualmente auferidas pelo empregado nas condenações, uma vez que destinam parte delas para pagamento do advogado. É importante perceber que, na prática, são poucas as ações ajuizadas através do *jus postulandi*, o que demonstra a importância da presença do profissional do Direito nos processos trabalhistas e a injustiça da inexistência dos honorários sucumbenciais. Diante de tal conjuntura, o objetivo deste trabalho é investigar as relações processuais de trabalho, a fim de verificar a necessidade e efetividade do instituto do *jus postulandi*. Para atingir o referido objetivo, fez-se, do ponto de vista metodológico, uma pesquisa dogmática, dedutiva, bibliográfica e de campo, através da qual se entendeu como possibilidade à solução da problemática a coexistência do *jus postulandi* com a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, por não serem excludentes entre si.

PALAVRAS-CHAVE: *Jus postulandi*. Empregado. Honorários Sucumbenciais.

The reliability of jus postulandi as a form of protection to the worker and its repercussion in advocating fees

ABSTRACT: The *jus postulandi* is an institute of the Labor Process, foreseen in art. 791 of the Consolidation of Labor Laws, which gives the parties the possibility of exercising postulatory capacity, authorizing them to litigate in court regardless of the presence of a lawyer. Because of the institute, there is, as a rule, a condemnation in honor of the mere succumbency, which ends up interfering in the amounts eventually received by the employee in the convictions, since they allocate part of them for payment of the lawyer. It is important to realize that in practice, there are few lawsuits filed through *jus postulandi*, which demonstrates the importance of the presence of the legal professional in labor proceedings and the injustice of the non-existence of succumbencial fees. In view of this situation, the objective of this work is to investigate the procedural relations of work, in order to verify the necessity and effectiveness of the *jus postulandi* institute. In order to reach this objective, a dogmatic, deductive, biblio-

graphical and field research was made from a methodological point of view, through which it was understood as a possibility to solve the problem the coexistence of the *jus postulandi* with the condemnation in sucumbencial legal fees, because they are not mutually exclusive.

KEYWORDS: *Jus postulandi*. Worker. Sucumbencial Fees.

INTRODUÇÃO

É comum que surjam, nas relações entre empregado e empregador, desentendimentos que os levem à Justiça do Trabalho, a fim de solucionar um problema. Nesse ramo do Poder Judiciário, possibilita-se que as partes – via de regra, leigas em conhecimento jurídico – iniciem e conduzam um processo sem a necessidade de contratar um advogado, ou seja, as partes podem exercer o *jus postulandi*. As consequências dessa possibilidade, entretanto, não são sempre vantajosas para o empregado, tampouco para o advogado, o que gera um questionamento sobre a proficuidade do instituto do *jus postulandi*.

Esta pesquisa versa, pois, sobre “a relativização do *jus postulandi* como forma de proteção ao trabalhador e sua repercussão nos honorários advocatícios”. A matéria objeto deste estudo encontra-se na seara no Direito Processual do Trabalho e se relaciona também com o próprio Direito do Trabalho, ramos do direito que disciplinam, respectivamente, as demandas processuais trabalhistas e as relações jurídicas materiais de trabalho, com previsão normativa predominante na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943).

O Direito Processual do Trabalho tem, como um dos institutos de relevo, o *jus postulandi*, que é a conferência da capacidade postulatória – ou seja, de falar nos autos, representando a si ou a outrem –, privativa dos advogados, às partes, como forma de garantir o amplo acesso à justiça, sobretudo àquele que é hipossuficiente, o trabalhador, na busca por seus direitos. Através do instituto, assegurado no art. 791 da CLT, ao reclamante é permitido, pessoalmente, sem a necessidade de advogado, reclamar na Justiça do Trabalho aquilo que entende lhe ser devido, acompanhando seu processo até o final.

O motivo pelo qual surgiu o *jus postulandi* é facilitar o acesso à justiça, em uma das exteriorizações do princípio maior da proteção ao trabalhador, como regra vulnerável e em situação de desigualdade em relação ao empregador. Em virtude do instituto em questão é que se justifica não haver, na seara processualista do trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, por se entender como dispensável a atuação do causídico, excetuados alguns casos que demandam conhecimento acadêmico mais aprofundado, como aqueles que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e alguns procedimentos de maior complexidade.

Entretanto, o que se observa no dia a dia forense, a exemplo do que ocorre na comarca de João Pessoa, conforme pesquisa realizada, é ser irrisório o número de reclamações realizadas via *jus postulandi*, sendo quase total, pois, a presença dos advogados nos processos da Justiça do Trabalho. Porém, em que pese essa atuação considerável dos profissionais referidos, não há a condenação em honorários de sucumbência, o que leva o reclamante trabalhador, na maioria dos casos, a destacar, daquilo que vem a receber da condenação judicial, quantia vultosa (20% a 30%, costumeiramente) para o pagamento de honorários advocatícios.

Ou seja, o reclamante vai em busca de seus direitos; quando o caso, ganha e, via de regra, perde parte deles para pagar o profissional que o auxiliou na demanda. Ora, estaria o *jus postulandi* embasando um tolhimento aos direitos do trabalhador, na medida em que justifica a

ausência de honorários e implica a perda de verbas trabalhistas para o pagamento do advogado?

Diante de tal indagação, este artigo se desenvolve com o objetivo de investigar as relações processuais de trabalho, para verificar a necessidade e efetividade do instituto do *jus postulandi*. Para tanto, algumas etapas são cumpridas: inicialmente, faz-se uma análise introdutória do processo e de sua importância para a solução dos conflitos; posteriormente, analisam-se, doutrinária e legalmente, os institutos do *jus postulandi* e dos honorários advocatícios, fazendo-se, em seguida, análise crítica da disciplina atual dos institutos; na sequência, faz-se análise da prática forense, com um levantamento, junto ao Fórum Trabalhista da Comarca de João Pessoa, do percentual de ações ajuizadas mediante *jus postulandi*, trazendo, após, os problemas provenientes de tal instituto. Por fim, faz-se a análise das teses que surgiram para solucionar a questão da inexistência de honorários sucumbenciais, com a elucidação da tese que entendemos viável para tanto.

Esta pesquisa, quanto à sua natureza, é eminentemente dogmática, com a leitura, análise e interpretação de textos de leis e súmulas; quanto aos métodos de abordagem no desenvolvimento da pesquisa, é utilizado o dedutivo; no que concerne às técnicas de pesquisa utilizadas, tem-se uma pesquisa bibliográfica e de campo: bibliográfica, porquanto elaborada a partir de material publicado, e de campo, posto que traz dados na casuística do Fórum Trabalhista da cidade de João Pessoa, a fim de corroborar o entendimento defendido.

A partir deste trabalho, há a possibilidade de modificações na compreensão do tema, rompendo com lugares-comuns tendenciosos e estagnados no tempo, de maneira a refutar institutos tidos como indefectíveis, para que haja a efetiva concretização da justiça, não só para o trabalhador, mas, do mesmo modo, para o profissional encarregado de sua defesa técnico-processual, o advogado.

1 NOÇÕES INICIAIS DO PROCESSO

À guisa de introdução, para fins de situar o leitor na matéria e na problemática estudada e de facilitar o entendimento de conceitos posteriores, faremos definições não rebuscadas de alguns institutos processuais, sem preocupação com maiores debates doutrinários e jurisprudenciais acerca deles, uma vez que de menor importância e repercussão para o assunto a ser analisado neste trabalho.

Em uma conceituação simples e incipiente, pode-se dizer ser o processo nada mais que um instrumento para resolução de um conflito, através do qual há a provocação do Poder Judiciário, que, por sua vez, deverá resolver uma desavença da vida. Em outras palavras, determinados sujeitos, por não conseguirem chegar a um acordo em relação a alguma situação em que seus interesses se chocam, procuram o Estado, por meio de sua função jurisdicional, para que este diga o direito aplicável àquela dada conjuntura, oferecendo, também, meios para fazer valer o direito. Este seria, assim, o porquê do processo, em linhas gerais: resolver um problema.

Ocorre que, para iniciar um processo, devem ser atendidos alguns pré-requisitos, chamados condições da ação, consistentes no interesse de agir, na legitimidade e na possibilidade jurídica do pedido, conforme os arts. 3º e 267, VI, do atual Código de Processo Civil, que adotou a primeira teoria de Liebman.

O interesse de agir, também chamado de interesse processual, diz respeito à utilidade que tem o provimento jurisdicional, para conseguir obter determinado bem jurídico, ou melhor,

para ter atendido algum interesse. É exteriorizado, conforme a maioria da doutrina, no binômio “necessidade e adequação”. Conforme Dinamarco (2001), há o interesse-necessidade no caso em que, sem o processo e sem a jurisdição, o sujeito estiver impossibilitado de obter o bem almejado; por sua vez, o interesse-adequação diz respeito ao mister de escolher corretamente o procedimento processual apto à tutela de sua pretensão.

A legitimidade relaciona-se à qualidade de quem pode pedir e de quem pode ter algo pedido contra si: é a chamada pertinência subjetiva, que concerne na qualidade que devem ter os sujeitos, para que possam fazer parte dos polos de um processo. Nas palavras de Dinamarco (2001, p. 303):

A legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo como demandante e demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juízo. É a relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direito, seja para favorecê-la ou para restringi-la.

Por fim, há a possibilidade jurídica do pedido, condição retirada por Liebman em sua segunda teoria sobre as condições da ação e que também não fará parte do novo CPC enquanto condição da ação, passando a ser analisada dentro do próprio interesse de agir. Consiste na compatibilidade do pedido pleiteado com o Ordenamento Jurídico, isto é, o pedido não pode colidir com o Direito brasileiro, devendo ser tutelado ou, simplesmente, não vedado por ele.

Antes das condições da ação, devem ser atendidos e analisados, ainda, os pressupostos processuais de validade, que são os requisitos de validade e de existência do processo. A doutrina não é unânime ao definir quais são os pressupostos processuais, havendo uma maioria que os divide em pressupostos de existência (investidura do juiz e demanda regularmente formulada) e em pressupostos de validade (competência material, imparcialidade do juiz, capacidades das partes, inexistência de fatos extintivos da relação jurídica processual e respeito às formalidades do processo) (SCHIAVI, 2013).

O pressuposto mais importante para este estudo são as capacidades das partes. O sujeito precisa ter capacidade para ser parte e para estar em juízo. A capacidade para ser parte se confunde com a capacidade de direito, iniciando com o nascimento com vida, conforme o art. 2º do Código Civil Brasileiro, adepto da teoria natalista: é a aptidão de estar num dos polos do processo, como autor ou réu. A capacidade de estar em juízo, por sua vez, confunde-se com a capacidade de fato, que passa a existir quando o indivíduo se torna absolutamente capaz, quando pode, sozinho, sem assistência ou representação, estar em juízo.

Por fim, há, ainda, a capacidade postulatória, a mais relevante das capacidades para o desenvolvimento deste artigo. A capacidade postulatória é a aptidão de falar em juízo, isto é, de se comunicar com o juiz nos autos, pedindo, requerendo, informando e explicando o que quer que seja. Como regra, o detentor da capacidade postulatória é o advogado, profissional bacharel em Direito e inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, a capacidade postulatória, na maioria das vezes, é privativa do advogado, conforme disposição do próprio Estatuto da Advocacia e da OAB, no art. 1º, inciso I:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

§ 3º É vedada a divulgação de advocacia em conjunto com outra atividade.

Há situações especiais, entretanto, em que o legislador entendeu ser possível a conferência da capacidade postulatória às próprias partes, além de aos advogados, haja vista ser uma competência privativa, e não exclusiva. Por exemplo, as partes podem postular¹, independentemente da representação por meio de patrono, nas ações de *habeas corpus*, conforme o §1º do artigo acima; no rito sumaríssimo dos juizados especiais cíveis, quando o valor da causa for inferior a 20 salários mínimos (art. 9º, Lei 9.099/95); na Justiça de Paz; no caso de falta ou impedimento de advogados no local², entre outras poucas hipóteses.

1.1 Do jus postulandi

Um desses raros casos em que é conferida a capacidade postulatória à parte é, exatamente, o objeto deste estudo, qual seja: o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho. De acordo com Martins (2012, p. 190):

Jus postulandi [ou “*jus postulandi*?”] é uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo. No Direito Romano, o pretor criou três ordens: a uns era proibido advogar; a outros, só em causa própria; a terceiros, em prol de certas pessoas e para si mesmo (Digesto, 3, 1, 1, 2).

No Direito Processual Trabalhista, confere-se às partes, empregado ou empregador, a aptidão de postular em juízo, através da prática de atos processuais, em atendimento aos princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade e da celeridade, que norteiam o Processo do Trabalho, e com o fim de promover o acesso à justiça, sobremaneira ao empregado, parte, na maioria casos, hipossuficiente e não detentora de condições de contratar um advogado para sua defesa.

A CLT, em seu art. 791, não deixa dúvidas acerca dessa possibilidade:

Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§1º Nos dissídios individuais os empregados poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§2º Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.

Desse modo, o dispositivo deixa clara a possibilidade de as partes postularem, por si sós, na Justiça do Trabalho, desde que, no âmbito material, haja ou tenha havido uma relação de emprego. De acordo com a maioria doutrinária, numa interpretação gramatical da norma celetista, para que o sujeito seja detentor da capacidade postulatória, utilizando-se do *jus postulandi*, não basta que esteja inserido em uma relação de trabalho (gênero), mas, necessariamente, em uma relação de emprego (espécie).

¹ Postular. V.t.d. 1. Pedir com instância; implorar. 2. Requerer, documentando a alegação. T. d. e i. 3. Pedir com instância, suplicar, rogar, implorar.

² Código de Processo Civil. Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

Neste ponto, cabe fazer a distinção entre o gênero e a espécie, relação de trabalho e relação de emprego. A relação de trabalho diz respeito a uma relação jurídica mais ampla, que concerne na tomada do serviço de uma pessoa por outra, sem maiores requisitos além de ter, como objeto, a prestação de um serviço.

A relação de emprego, por sua vez, é mais delimitada e exige o atendimento de uma série de requisitos caracterizadores, quais sejam: deve ser prestado necessariamente por uma pessoa física, de maneira não eventual, isto é, de modo habitual; a contratação deve ser *intuitu personae* quanto à pessoa do empregado, de modo que o empregado não pode fazer-se substituir por outrem (caráter personalíssimo); deve haver subordinação jurídica, que é o principal elemento da relação de emprego, o traço que a distingue das demais formas de relação de trabalho; o serviço deve ser feito de maneira onerosa, por ser o contrato de trabalho comutativo e sinalagmático, configurando-se a onerosidade pela contraprestação pelo serviço feito; por fim, a relação de emprego é caracterizada pela alteridade, atributo que impõe ao empregador suportar os riscos pela atividade desenvolvida, não podendo o empregado sofrer as consequências por eventuais insucessos do negócio no qual é empregado. Por exemplo, uma crise financeira na empresa, como regra, não pode provocar a diminuição dos salários dos empregados.

Assim, parte considerável da doutrina entende que, não estando configurada a relação de emprego, com todos os elementos que lhe são inerentes, não se poderá pleitear na Justiça do Trabalho senão com o auxílio de um advogado, que, nesta hipótese, é o único detentor da capacidade postulatória. Portanto, quando o litígio advém de uma relação trabalhista, mas não empregatícia, resta configurada uma conjuntura em que o advogado é imprescindível.

Mas há quem discorde desse posicionamento, sob a alegação de que se deve interpretar o dispositivo de modo ampliativo, à luz da analogia, estendendo a todos os trabalhadores, ainda que não empregados, a capacidade postulatória. Inclusive, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, em seu enunciado nº 67, dispôs assim:

JUS POSTULANDI. ART. 791 DA CLT. RELAÇÃO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. A faculdade de as partes reclamarem, pessoalmente, seus direitos perante a Justiça do Trabalho e de acompanharem suas reclamações até o final, contida no art. 791 da CLT, deve ser aplicada às lides decorrentes da relação de trabalho.

Afora esse posicionamento minoritário, entende-se ainda que, mesmo que no processo se esteja em discussão uma relação de emprego, somente empregado e empregador terão capacidade postulatória, não abrangendo outros sujeitos que venham a intervir no processo. Nesse sentido, Manus e Romar (2006, p. 226):

Note-se, contudo, que a faculdade legal é restrita a empregados e empregadores, o que equivale a dizer que terceiros que ingressem no processo (terceiro embargante, o perito, o litisconsorte e outros que tenham legítimo interesse), que não sejam empregados e empregadores, não têm capacidade postulatória.

Há, ainda, outras limitações ao instituto do *jus postulandi*, relativas ao âmbito de sua aplicação, isto é, concernentes em até que ponto, dentro do processo do trabalho, ou em sua extensão a outros tribunais, pode ser exercida livremente a capacidade postulatória pelas partes.

No que se refere à extensão do *jus postulandi* a processos remetidos a outros ramos do Judiciário – a outros tribunais alheios à justiça especializada trabalhista –, não resta dúvida de que o instituto não subsiste, sendo, pois, limitado à Justiça do Trabalho, de modo que, nessas situações, cessará a capacidade postulatória das partes, tornando-se necessária a constituição de um advogado. É o que ocorre, por exemplo, no caso de interposição de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e nos de conflitos de competência no Superior Tribunal de Justiça.

Já no âmbito da Justiça do Trabalho, temos que, anteriormente, se adotava a tese de que a expressão “até o final”, contida no art. 791 da CLT, implicava que as partes poderiam exercer a capacidade postulatória até a última instância da Justiça do Trabalho, a extraordinária, ou seja, até o esgotamento total dos recursos e instâncias, passando pelos três órgãos da Justiça do Trabalho: Juiz do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho.

Entretanto, o TST, aos poucos, foi abandonando a referida tese, para limitar o exercício do *jus postulandi* às instâncias ordinárias, exaurindo-o a partir daí. Editou, então, no ano de 2010, o enunciado nº 425 de sua Súmula, que diz:

O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho (*JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. AL-CANCE - Res. 165/2010, DeJT, divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010).

Em relação aos recursos ao TST, exige-se advogado por não mais se discutir prova ou fatos, mas somente matérias eminentemente jurídicas e técnicas, conforme o enunciado nº 126 da Súmula do mesmo tribunal³. Torna-se, assim, indispensável a presença de um advogado, profissional apto a discutir, com o devido conhecimento científico, as questões que são objeto dos Recursos de Revista, Embargos no TST (de divergência e infringentes), Recursos Ordinários de decisões em processos de competência originária dos tribunais regionais, e agravos regimentais e de instrumento no âmbito do referido tribunal superior.

Já quanto às ações rescisórias, ações cautelares e mandados de segurança, justifica-se a proibição do *jus postulandi* pela natureza especial de tais procedimentos, razão por que requeiram a presença de um advogado para elaborar as petições com a técnica necessária e para acompanhar o processamento adequadamente.

Assim sendo, para os recursos no TST e para as ações rescisórias, ações cautelares e mandados de segurança, o empregado terá, obrigatoriamente, de contratar um advogado. Caso não tenha condições para tanto, deverá recorrer ao seu sindicato, que tem o dever constitucional de lhe assegurar assistência jurídica. Se não houver sindicato que represente a categoria à qual o empregado pertence, deve o Estado, através de seus órgãos de assistência jurídica, de que é principal exemplo a Defensoria Pública da União, atuar nos processos referidos na súmula 425.

A referida súmula, de uma forma geral, foi aceita pela doutrina sem maiores críticas. Entretanto, nomes como o de Carlos Henrique Bezerra Leite se opuseram à restrição expressa no verbete, no ponto relativo à limitação de recursos no TST, por entenderem como prejudicial ao empregado e desobediente à previsão da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo Leite (2014, p. 477):

As razões que empolgaram o novel verbebo revelam uma nova política judiciária, certamente em decorrência do excesso de recursos em tramitação na mais alta Corte Trabalhista, no sentido de restringir o acesso direto das partes (reserva de mercado aos advogados) não apenas à instância extraordinária (recursos de revista e de embargos), o que se justificaria pela exigência do conhecimento técnico ou científico reconhecido apenas aos causídicos para interposição de recursos de natureza extraordinária, como também à instância ordinária (recursos em mandado de segurança, ação rescisória e dissídios coletivos), o que se revela injustificável, pois o TST também tem competência para julgar recursos de natureza ordinária.

³ Súmula 126. RECURSO. CABIMENTO (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 1 21.11.2003. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, ‘b’, da CLT) para reexame de fatos e provas.

No que diz respeito à ação rescisória e ao mandado de segurança, o autor concorda com a Súmula, por serem ações regulamentadas por legislação específica.

2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O termo “honorário” vem do latim, *honorarius*, tendo significado, inicialmente, a qualidade do serviço que é feito pela simples honra de fazê-lo, sem quaisquer contraprestações, salvo a própria honra conferida a quem o presta. Assim, na acepção incipiente, não se relaciona com pecúnia, mas a uma atividade gratuita, a título honorífico.

Hodiernamente, empregada no plural, a expressão “honorários” refere-se à quantia paga a profissionais liberais pelos serviços prestados, tendo, pois, natureza de contraprestação pecuniária. Não se confundem com salário ou vencimento, pois, na maioria das vezes, são pagos de modo esporádico, pontual e variável.

Os honorários, de acordo com o art. 22 do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, dividem-se em: convencionados (ou contratuais), fixados por arbitramento judicial e sucumbenciais. Os contratuais são aqueles ajustados pelo advogado e seu cliente, a fim de firmar um contrato, em que são partes o advogado e a parte constituinte. Aventá-los em contrato é importante tanto para o advogado como para as partes, uma vez que confere segurança jurídica à relação, elucidando quanto se deve pagar, quanto se deve receber e as condições para tanto.

Os fixados em juízo são os honorários que o juiz arbitra, em virtude da ausência de contrato entre as partes. É forma de garantir o pagamento pelos serviços do advogado, personagem essencial à administração da Justiça.

Os sucumbenciais, por fim, consistem em parcela paga pela parte vencida ao advogado da parte vencedora em um processo, não excluindo, contudo, eventuais honorários contratuais ou arbitrados. Seria uma forma de compensar os gastos que a parte vencedora teve para ajuizar a ação ou defender-se, entretanto, como se disse, não necessariamente exclui os honorários convencionados ou fixados pelo juiz, na maioria das vezes complementando-os.

Os honorários sucumbenciais estão previstos no art. 20 do atual CPC, que diz: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”. São fixados, no mínimo, em 10% e, no máximo, em 20% sobre o valor da condenação.

É de se ter em vista que, na fixação dos honorários profissionais, sejam eles convencionais, sucumbenciais ou arbitrados em juízo, deve o arbitrador (juiz ou advogado) fazê-lo com parcimônia e razoabilidade, devendo-se levar em consideração os seguintes elementos, conforme as definições de Silva (2010, p. 403):

- a) a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; b) o trabalho e o tempo necessários; c) a possibilidade de ficar o advogado impedido de servir em outros casos; ou de se desavir com outros clientes, ou terceiros; d) o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; e) o caráter da intervenção, conforme se trate de cliente avulso, habitual ou permanente; f) o lugar da prestação do serviço, fora ou não do domicílio do advogado; g) a competência e o renome do profissional; h) a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

Deve-se ressaltar, por fim, o caráter alimentar da verba honorária. Os honorários advocatícios dizem respeito àquilo que os profissionais ganham para sobreviver, para alimentar a si e aos seus, para pagamento de contas, transporte, lazer, moradia, saúde, vestimenta, enfim, o conjunto de honorários é o que garante que o advogado tenha seu ganha-pão, daí ser majoritário o entendimento, jurisprudencial e doutrinário, de que os honorários dos advogados possuem caráter alimentar, fazendo com que o crédito a eles referente tenha privilégios em relação a outros créditos.

Com a recente Súmula Vinculante nº 47, editada em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal, não mais sobreparam dúvidas acerca dessa natureza alimentar:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

No Processo do Trabalho, de acordo com o art. 5º da IN 27/2005 do TST, “exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”. Assim, há duas situações principais: nos processos decorrentes da relação empregatícia, via de regra, não há condenação em honorários sucumbenciais; nas demais ações que a Justiça do Trabalho é competente para julgar, há.

Percebe-se que a ausência ou presença de honorários sucumbenciais, em linhas gerais, justifica-se, respectivamente, pela presença ou ausência da possibilidade de *jus postulandi*. Logo, quando este for possível, não haverá honorários pela mera sucumbência; quando não for possível, haverá. Tanto é assim, que só se observa a inexistência de tais honorários quando o objeto do processo é relação de emprego (hipótese em que a capacidade postulatória é exercível pelas partes), ao passo que eles são devidos quando as partes do processo são sujeitos de uma relação trabalhista em sentido amplo (hipótese em que não detêm a capacidade postulatória).

Vê-se, portanto, que não há uma proibição total de condenação em honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho. Inclusive, até mesmo diante de uma lide decorrente de relação de emprego, há situações excepcionalíssimas em que essa condenação é possível, desde que atendidos alguns requisitos.

Assim, de acordo com a S. 219 do TST, que tem por base os arts. 14 e 16 da Lei 5.584/70⁴, para que haja a condenação mencionada, a parte deve estar assistida pelo seu sindicato e ter renda equivalente ou inferior ao dobro do salário mínimo ou estar em situação de pobreza que lhe impeça de demandar; além disso, tal condenação não poderá exceder de 15%. Também é possível, de acordo com a súmula, quando o sindicato figurar como substituto processual e nas ações rescisórias. Veja-se o inteiro teor do verbete supramencionado, que, aliás, corrobora o art. 5º da IN 27/05:

Súmula 219 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (nova redação do item II e inserido o item III à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da su-

⁴ Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. [...]

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

A relativização do *jus postulandi* como forma de proteção ao trabalhador e sua repercussão nos honorários advocatícios

cumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem pré-juízo do próprio sustento ou da respectiva família.

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

Outrossim, através do que dispõe a súmula acima, pode-se chegar à ilação de que os honorários advocatícios também são devidos nos demais processos ressaltados pela Súmula 425, analisada no tópico anterior. Desse modo, não só nas ações rescisórias – como expressamente dispõe a S. 219 –, mas também nos mandados de segurança, nas ações cautelares e nos recursos para o TST, é cabível a condenação em honorários sucumbenciais.

3 ANÁLISE CRÍTICA E PRÁTICA DOS INSTITUTOS

Neste ponto, faremos uma análise dos institutos do *jus postulandi* e dos honorários advocatícios à luz das principais críticas que lhes são feitas; em seguida, através de uma análise prática, com dados colhidos junto ao TRT da 13ª Região, analisaremos a necessidade e as consequências do *jus postulandi*, no dia a dia forense.

3.1 Principais críticas aos institutos

A atual disciplina acerca do *jus postulandi* e dos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho, vista até aqui, não é pacífica na doutrina, desde a promulgação da Constituição de 1988 até hoje, quando muitos doutrinadores criticam quer o instituto do *jus postulandi* por si só, quer sua repercussão nos honorários sucumbenciais.

Quando do advento da CRFB/88, especificamente de seu art. 133, surgiram muitas vozes propalando o fim do *jus postulandi* das partes no processo trabalhista, sob a alegação de que o advogado seria sujeito imprescindível a todo processo judicial e de que o art. 791, CLT, não fora recepcionado pela nova ordem constitucional, por padecer de incompatibilidade material com a CF/88. O referido dispositivo constitucional possui a seguinte redação: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

O TST, entretanto, continuou admitindo o *jus postulandi*, até que alguma lei regulamentasse a norma do art. 133, de eficácia restringível. E o Supremo Tribunal Federal, instado a manifestar-se no MI 295-9⁵, entendeu que “a referência contida no art. 133 aos limites da lei diz respeito à inviolabilidade no exercício profissional e não à regra segundo a qual o advogado é indispensável à administração da Justiça”. Assim, tanto o Supremo Tribunal Federal como outros tribunais pátrios compreenderam que o art. 133 apenas ressaltou a importância do advogado para a administração da justiça, enaltecendo seu interesse público, não tendo o dispositivo determinado a obrigatoriedade da presença do advogado na Justiça do Trabalho.

⁵ MI 295-9/DF, Impetrante: Federação Nacional dos Advogados; Impetrado: congresso Nacional, rel. Min. Marco Aurélio, DJ, 4 jun. 1991, p. 7485-6

As controvérsias e os debates ressurgiram com maior força, quando do advento do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, que, em seu art. 1º, determinou ser privativa do advogado a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a **qualquer** órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. (grifo nosso)

Com a referida lei, novas polêmicas passaram a existir, no sentido de ter-se tornado obrigatória a presença do advogado em todo e qualquer processo, pelo que teria sido extinto o *jus postulandi* das partes no processo trabalhista. Então, a Associação dos Magistrados do Brasil, diante das incertezas quanto à nova lei e ao papel do advogado, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a ADI 1.127-8, a fim de que a Suprema Corte decidisse e pusesse um ponto final nos questionamentos. Assim, ao fim, o STF declarou inconstitucional o termo “qualquer”, contido no inciso I do art. 1º do EAOAB, de modo que o *jus postulandi*, enfim, foi tido como recepcionado pela então novel Constituição Brasileira.

Entretanto, a decisão do STF não foi capaz de calar os vários doutrinadores que, até hoje, defendem o fim do *jus postulandi* das partes, por entender que estas, dada a inexperiência, acabariam atrapalhando o transcorrer do processo, colocando emoção, no lugar da razão, e criando confusões e brigas inapropriadas ao ambiente forense. Segundo estes doutrinadores, o *jus postulandi* cria uma falsa noção de acesso à justiça – uma ilusão –, uma vez que, sem a condução adequada por um advogado, profissional com formação técnica, as partes poderiam acabar perdendo direitos, total ou parcialmente.

Vejamos, pois, alguns posicionamentos sólidos na defesa do fim do *jus postulandi* e da consequente obrigatoriedade da presença do profissional da advocacia nas lides trabalhistas. Inicialmente, apregoa Nascimento (2010, p. 221):

Por outro lado, diversos argumentos favorecem a tese da obrigatoriedade da presença do advogado nos processos trabalhistas. Torna a comunicação com o juiz mais fácil, uma vez que sua capacidade técnica de traduzir o litígio em padrões jurídicos promove a adequada composição da lide e, conseqüentemente, a melhor solução segundo o ordenamento jurídico. A parte que diretamente defende seus direitos não consegue, como quase sempre, dominar os aspectos emocionais que podem comprometer o exame sereno da questão.

No mesmo entendimento caminha o professor Mauro Schiavi, um ferrenho defensor dos advogados e do fim do *jus postulandi*, que rechaça, absolutamente, a manutenção de tal instituto. De suma importância trazer o entendimento deste professor que, aliás, não é advogado, mas Juiz do Trabalho, o que dá ainda mais autoridade ao seu entendimento, tendo em vista que o magistrado é sujeito que lida cotidianamente com processos e audiências e sabe das dificuldades advinentes da ausência de uma representação técnica e profissional das partes. Vejamos o que diz Schiavi (2013, p. 309):

Outros defendem sua extinção, argumentando que, diante da complexidade do Direito Material do Trabalho e do Processo do Trabalho, já não é possível a parte postular sem advogado, havendo uma falsa impressão de acesso à justiça deferir à parte a capacidade postulatória. No nosso sentir, com a EC n. 45/04 e a vinda de outras ações para a JT que não são oriundas da relação de emprego, não mais se justifica a existência do *jus postulandi*, até mesmo pelo fato da complexidade das relações jurídicas que decorrem da relação de emprego. A manutenção do art. 791 da CLT, em razão de que em algumas regiões do país não há número suficiente de advogados, o que inviabilizaria o acesso do trabalhador à Justiça, não se justifica, pois, o próprio Código de Processo Civil já prevê a solução para tal situação [que é o art. 36].

Nesta mesma corrente, está o professor Francisco Antônio de Oliveira, que enxerga o *jus postulandi* como um instituto vetusto, ultrapassado. Para ele, tal como para Amauri Masca-

ro, as partes só tumultuam o processo quando atuam sozinhas, dificultando o adequado deslinde do litígio, o que lancinaria o acesso à Justiça. Segundo Oliveira (2005, p. 667):

Não se pode relegar ao obívio que o processo do trabalho no seu estágio atual recebe sopra benfazejo de ventos atualizantes para que possa cumprir a sua finalidade em consonância com a nova realidade. E desconhecer essa realidade em constante efervescência é calcar-se no vazio e quedar-se em isolamento franciscano. A capacidade postulatória das partes na Justiça do Trabalho é ranço pernicioso originário da fase administrativa e que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual. O Direito do Trabalho constitui hoje, seguramente, um dos mais, senão o mais dinâmico ramo do direito e a presença do advogado especializado já se faz necessária. Exigir-se de leigos que penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem fatos sem transformar a lide em desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente, são exigências que não mais se afinam com a complexidade processual onde o próprio especialista, por vezes, tem dúvidas quanto à medida cabível em determinados momentos. E é a esse mesmo leigo formular perguntas em audiência, fazer sustentação oral de seus recursos perante os tribunais.

Como são institutos intrinsecamente relacionados, também há bastante crítica à forma como são disciplinados os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, justamente em consequência do entendimento acerca do *jus postulandi*. Como se tratou no tópico 2, não há condenação em honorários sucumbenciais nas lides decorrentes das relações de emprego, que são a maioria na Justiça do Trabalho. Só há honorários sucumbenciais nos casos isolados das súmulas 219 e 425.

Apesar das controvérsias que também surgiram quanto aos honorários, quando da promulgação da CF/1988, quando da Lei 8.906/94 e quando da EC 45/04, o TST manteve seu entendimento quanto a não condenação em honorários sucumbenciais, posicionamento que está consolidado no enunciado nº 329 de sua Súmula, confirmatório do entendimento anteriormente adotado: “Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.

Assim, a mesma corrente doutrinária contrária à permanência do *jus postulandi* posiciona-se em defesa da condenação em honorários de sucumbência, por entenderem que como primordial a atuação do advogado, pela natureza alimentar da verba honorária, tendo, como fundamento, o art. 133, da Constituição Federal, já visto anteriormente; o art. 20, do CPC, que diz que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria”; ou o art. 22 do EAOAB, que dispõe que “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Há, também, corrente favorável aos honorários sucumbenciais que adota entendimento muito interessante, advogando a tese da revogação tácita do art. 14 da Lei 5.584/70 pela Lei 10.288/01 que, posteriormente, foi revogada pela Lei 10.537/02, que, por sua vez, não determinou a repristinação da Lei 5.584/70.

O referido art. 14 atribui ao sindicato, com exclusividade, o papel de assistência judiciária. Logo, tendo sido revogado, o monopólio da assistência judiciária deixa de ser somente dos sindicatos, passando a ser conferido, outrossim, aos advogados.

Assim, à luz da S. 219 do TST, também ao advogado autônomo (não vinculado a um sindicato) seriam devidos os honorários sucumbenciais, se estiverem em defesa de parte com insuficiência econômica, nos termos do verbete mencionado, no percentual de 15%. Este é o

posicionamento de autores como Mauro Schiavi (2013) e Dallegrave Neto (2010), adotado por alguns dos tribunais regionais do trabalho, a exemplo do TRT 9ª Região:

Honorários advocatícios. No processo do trabalho são devidos apenas com base, atualmente, na Lei n. 1.060/50, na medida em que a Lei n. 10.537/02 revogou o art. 14 da Lei n. 5.584/70. Assim, quando o trabalhador ou quem o representa, mesmo de forma sintética, declara sua dificuldade econômica para demandar, e tal assertiva não é descontínua, conforme autoriza a Lei n. 7.510/86 que alterou a de n. 1/060/50, são devidos honorários advocatícios, na base de 15% sobre o montante da condenação. (TRT-9 7809200413901 PR 7809-2004-13-9-0-1, Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER, 2A. TURMA, Data de Publicação: 28/10/2005).

Assim, segundo alguns tribunais e autores, atualmente os honorários seriam devidos em razão da sucumbência, quando o autor auferir quantia igual ou inferior ao dobro do salário mínimo ou declarar sua pobreza e for assistido por advogado, não necessariamente do sindicato, razão por que deveria a S. 219 ser reeditada, para adequar-se às leis em vigor.

Ressalte-se, entretanto, ser este um entendimento minoritário e pouco aplicado na prática, de modo que, na verdade, não se condena em honorários sucumbenciais, salvo nas exceções da S. 219.

3.2 *Jus postulandi* e honorários na prática

Em pesquisa realizada junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, especificamente junto à Coordenação da Central de Atendimento do Fórum Maximiano de Figueiredo, na Comarca de João Pessoa, coletaram-se os seguintes dados, conforme certidão do Anexo I: de 19.653 ações ajuizadas no ano de 2015, até o dia 7 de dezembro, apenas 220 foram através do instituto do *jus postulandi*, sendo as demais 19.433 através de advogado. Ou seja: as ações pelo *jus postulandi* representam apenas o irrisório montante de 1,11% de todas as ações ajuizadas no fórum durante um ano contra 98,89% que o são através de advogados. Sintetizamos os dados colhidos na seguinte tabela:

Tabela 1 - Quantitativo do *Jus Postulandi* na Comarca de João Pessoa

TOTAL DE PROCESSOS EM 2015 (até 07/12)	TOTAL DE PROCESSOS COM <i>JUS POSTULANDI</i>	TOTAL DE PROCESSOS COM ADVOGADO
19.653	220	19.433
100%	1,11%	98,89%

Fonte: Pesquisadores (2015)

Os dados referem-se às ações ajuizadas nas Varas de Trabalho da Comarca de João Pessoa, que abrange os municípios de Alhandra, Bayeux, Caaporã, Cabedelo, Conde, João Pessoa e Pitimbu. Entretanto, o dado, sem dúvidas, serve de amostra e reflete o que ocorre nas demais comarcas do Estado e do País, a julgar pela similitude de condições entre os Estados e também em razão das críticas que se repetem ao instituto na doutrina processualista do trabalho.

Assim, na prática, como se suspeitava, a maciça maioria das ações trabalhistas é ajuizada através da assistência de advogado, o que corrobora a importância desse profissional no desenvolvimento regular e salutar do processo trabalhista. Os dados, aliás, confirmam como o *jus postulandi*, hoje em dia, está se tornando cada vez mais dispensável, raro e ineficaz, já que as partes, por não possuírem o conhecimento técnico e acadêmico para atacar e defender-se apropriadamente, acabam recorrendo ao auxílio de um profissional, apto a lançar mão dos melhores meios para cumprir o seu papel de representar as partes e lutar por seus direitos.

Logo, em que pese o ideal de desnecessidade de advogado, de capacidade postulatória das partes e da ilusão do acesso à Justiça, o que se percebe no cotidiano forense é serem escassas, ínfimas as situações em que o trabalhador, por si mesmo, vai sozinho pleitear seus direitos numa reclamação, sendo quase unânime a presença dos patronos na defesa dos direitos trabalhistas, assim como na defesa dos empregadores.

Assim, haja vista que geralmente é representado por um profissional, o reclamante empregado, quando vencedor numa demanda judicial, acaba abrindo mão da integralidade do seu ganho, para pagar os honorários contratuais, já que seu patrono não recebe os honorários sucumbenciais, só possíveis nas situações expressas na S. 219 e na IN 27/2005.

Em média, estima-se que o reclamante perca 20% a 30% do que recebe: por exemplo, o empregado é dispensado arbitrariamente, ingressa na Justiça para pleitear as verbas rescisórias, as quais totalizam R\$ 10.000,00 (dez mil reais); se ele ganhar a causa, R\$ 2.000,00 ou R\$ 3.000,00 (dois ou três mil reais) serão destacados para o pagamento de seu causídico, de modo que aquelas verbas, de caráter eminentemente alimentar, sofrem decréscimo.

Tem-se, então, um sério problema: o tolhimento de direitos trabalhistas pecuniariamente auferidos, para o fim de pagamento de honorários advocatícios, dada a inexistência de condenação em honorários sucumbenciais. Com isso, resta prejudicada a plenitude da condenação, pois a parte vencedora é impedida de usufruir da integralidade do que vier a receber, haja vista que parcela considerável do montante é destinada ao pagamento dos honorários contratuais do advogado que atuou na causa.

Ora, conforme ensina Chiovenda (2002 apud SCHIAVI, 2013, p. 343):

A atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser de interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível, nítido e constante.

E a diminuição patrimonial injusta é exatamente o que ocorre diante dos institutos do *jus postulandi* e da ausência de honorários sucumbenciais, uma vez que lancinada a integralidade do ganho advindo da condenação.

Portanto, tendo em vista a atual disciplina do Processo do Trabalho, o *jus postulandi*, da forma como é hoje, está embasando um tolhimento aos direitos do trabalhador, na medida em que justifica a ausência de honorários e implica a perda de verbas trabalhistas para o pagamento do advogado. E tolhe também os direitos do próprio advogado, que se vê impossibilitado de receber honorários sucumbenciais, apesar de sujeito imprescindível à Justiça do Trabalho.

4 COEXISTÊNCIA DO *JUS POSTULANDI* E DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Diante da situação acima exposta, em que o empregado perde seus direitos para conseguir pagar ao advogado constituído, surgiram algumas teses que visam a sustentar, de forma indireta, o pagamento de honorários sucumbenciais.

Entre elas, destaca-se a tese da reparação de danos, com fundamento nos arts. 389 e 404 do Código Civil, que abonariam um pedido de indenização, com vistas a que a parte perdedora reparasse os gastos despendidos pela parte vencedora com o pagamento de seu advogado.

De acordo com o art. 389, do CC, “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. O art. 404, por sua vez, dispõe que “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

Assim, alicerçados nos dois dispositivos acima, alguns autores vêm defendendo a tese de se pleitear os honorários contratuais de advogado como reparação de danos, de que são exemplos Jorge Neto e Cavalcante (2007, p. 558):

O trabalhador, quando é parte vencedora na demanda trabalhista, deve auferir os seus créditos na sua totalidade, não podendo ser prejudicado por eventual acerto com seu advogado. Essa imposição é uma questão de justiça e se sobrepõe ao texto arcaico da CLT, o que não mais corresponde à realidade das relações trabalhistas, precipuamente, pelas complexidades técnicas do Direito Material e Processual do Trabalho. Diante da violação de seus direitos, não só em eventuais situações extrajudiciais, o trabalhador deve ser indenizado pelas despesas havidas com o seu advogado, sob pena de violação da própria razão de ser do Direito do Trabalho, ou seja, de sua própria origem protetora. A restituição do seu crédito há de ser integral, como bem assevera o disposto no art. 389, do novo CC, ou seja, as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas (*sic*) com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Tamanha a força da tese e a coesão de suas ideias, editou-se o enunciado n. 53, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, que possui o seguinte teor:

REPARAÇÃO DE DANOS – HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO. Os artigos 389 e 404 do Código Civil autorizam o Juiz do Trabalho a condenar o vencido em honorários contratuais de advogado, a fim de assegurar ao vencedor a inteira reparação do dano.

Por três motivos, contudo, não somos adeptos da tese de reparação de danos. Primeiramente, apesar de interessante e de ter o seu valor, tal tese significa um dribble da lei, isto é, um contorno da legalidade, através de uma brecha, o que não nos parece uma solução ideal.

Em segundo lugar, significa, necessariamente, uma delonga processual, uma vez que, para conseguir a reparação, deve-se ajuizar uma nova ação, o que assoberbaria ainda mais um Judiciário já cheio e moroso. Além disso, a parte, já exaurida por uma briga judicial, teria de suportar mais alguns meses, quiçá anos, para conseguir ver-se reparada pelos honorários pagos ao seu causídico.

O terceiro motivo que nos faz enxergar como inadequada tal teoria é por entendermos que, sem dúvidas, mais eficiência e celeridade seriam proporcionadas pela adoção, simplesmente, da condenação em honorários sucumbenciais, porquanto não incompatíveis com o instituto do *jus postulandi*.

No nosso sentir, é possível que coexistam, na Justiça do Trabalho, o *jus postulandi* e a condenação em honorários advocatícios além dos raros casos previstos na CLT, posto que não são institutos excludentes. Não há argumentação válida que torne excludentes tais institutos. Assim, o reclamante trabalhador, quando vitorioso nas demandas judiciais, não seria perdedor em relação ao seu advogado, porquanto estaria livre de pagamento de honorários, preservando-se a integralidade da condenação em seu favor.

O empregado, desse modo, senão livre dos honorários contratuais, estaria em melhores condições de negociá-los em montantes inferiores aos que normalmente se estipulam atualmen-

te, já que seu advogado teria, caso conseguisse vencer a demanda, honorários sucumbenciais a seu favor.

A referida coexistência, além de trazer esse benefício, ainda inibiria demandas ajuizadas incautamente, sem critérios rigorosos, com o objetivo de extorsão do empregador. Os advogados teriam, pois, mais cautela ao analisar os direitos dos trabalhadores e a viabilidade de uma ação, pois o pagamento de honorários sucumbenciais acabaria, também, servindo como punição à parte perdedora que ajuizou uma ação de maneira temerária. Isto ainda teria como consectário desafogar o Judiciário de muitas demandas inúteis, ajuizadas sem uma causa justa.

Com a possibilidade da coexistência, não se extinguiria o tradicional instituto do *jus postulandi*, tido por muitos autores como primordial na garantia do acesso à justiça e ao atendimento dos princípios do processo do trabalho, como celeridade, simplicidade e oralidade; o empregado e o empregador continuariam com a possibilidade de, pessoalmente, defender seus interesses na Justiça do Trabalho.

Por outro lado, o empregado ou empregador que optasse por não exercer o *jus postulandi*, mas por ser auxiliado por um advogado, não teria seus ganhos decorrentes de condenação atingidos, uma vez que os honorários sucumbenciais seriam conferidos ao advogado ganhador da causa.

Assim, da adoção da tese aqui defendida, adviriam múltiplos benefícios. Contudo, para que se sustente essa tese, seria necessária, indubitavelmente, uma guinada interpretativa no Tribunal Superior do Trabalho, a fim de ampliar o rol de possibilidades de condenação em honorários sucumbenciais. Em vez de uma mudança no entendimento do TST, poderia ver-se como viável uma alteração legislativa, através da regulamentação expressa dos honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho.

Entretanto, dada a lentidão característica do Poder Legislativo e dada a maior eficácia do Poder Judiciário com suas súmulas, sobremaneira em um País em que o ativismo judicial é notável e crescente, talvez mais apropriado, pelo menos inicialmente, seria a edição de alguma súmula ou Orientação Jurisprudencial por parte do TST, a fim de alterar imediatamente a disciplina da matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Consolidação das Leis do Trabalho, na parte em que disciplina o processo do trabalho, trouxe uma previsão deveras relevante ao processo do trabalho, com o intento de promover o acesso à justiça de um modo simples, prático e célere. Trata-se do instituto do *jus postulandi*, consistente na conferência da capacidade postulatória à própria parte, que, por isso, pode dispensar a constituição de advogado para pleitear em juízo.

O instituto permanece e sobreviveu às várias críticas que já lhe foram feitas, desde o seu surgimento, passando pela promulgação da CF/88, até hoje. Entretanto, a forma como é interpretado traz repercussões negativas tanto para o empregado que opta por ser assistido por um advogado quanto para o próprio advogado que desenvolve suas atividades perante a Justiça do Trabalho. É que, nos termos da S. 219, do TST, o *jus postulandi* justifica a ausência da condenação em honorários sucumbenciais, razão pela qual a parte vencedora costuma destacar parcela do que ganha, destinando-a ao pagamento do seu advogado. Com isso, resta prejudicada a integralidade da condenação, em virtude da subtração de verbas trabalhistas que lhe foram conferidas em sentença.

Uma tese interessante surgiu, então, em defesa da ideia da reparação de danos, como forma de restituir à parte o dinheiro despendido com o advogado, através de uma ação indenizatória. Ela, porém, não nos parece adequada por implicar um drible da lei e um prolongamento processual para quem já acaba de sair de uma lide.

A tese que entendemos viável ao problema detectado seria a simples possibilidade de coexistência do instituto do *jus postulandi* com os honorários sucumbenciais, ainda mais quando se leva em consideração um dado crucial coletado junto ao Fórum Trabalhista da Comarca de João Pessoa: no ano de 2015, as ações ajuizadas pelo *jus postulandi* representam apenas 1,11% dos processos. Logo, um instituto tão pouco utilizado não deveria ter a força de bloquear a condenação em honorários sucumbenciais, sobretudo em decorrência da natureza alimentar da verba honorária e da verba trabalhista concedida em sentença.

O resultado a que se chegou mostra-se benfazejo tanto ao empregado quanto ao próprio advogado. Ao empregado, pois, quando não livre do pagamento dos honorários, terá condições de fazer melhores ajustes com seu advogado; a este, porque receberá verba complementar como qualquer advogado que atua em outros ramos do Poder Judiciário, sendo observado, pois, o princípio da igualdade. A conclusão, não obstante, não se pretende absoluta e finita, já que a problemática suscita outros questionamentos e a solução pode enfrentar algumas dificuldades, por exigir uma guinada interpretativa do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5584.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, 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: 16 nov. 2017.

A relativização do *jus postulandi* como forma de proteção ao trabalhador e sua repercussão nos honorários advocatícios

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 47**. Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciavam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 329**. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/sumula.asp?idmodelo=1417>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 425**. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425>. Acesso em: 15 nov. 2017.

DELLAGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. I.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito processual do trabalho. T. I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

ENUNCIADOS aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. 2014. Disponível em: <<http://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; ROMAR, Carla Teresa Martins. **CLT e legislação complementar em vigor**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

POSTULAR. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Recebido em: 13 abr. 2017.

Aceito em: 4 jan. 2018.

O DANO EXISTENCIAL NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Dennis Verbicaro

Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA, Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará, Professor Visitante da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. É Procurador do Estado do Pará e Advogado.
dennis@gavl.com.br

Raíza Cruz

Bacharela em Educação Física, Aluna da graduação em Direito da UFPA e integrante do Grupo de Pesquisa "Consumo e cidadania" (CNPQ/UFPA).
raizacsacruz@gmail.com

RESUMO: O presente artigo, pelo método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, tem como objetivo analisar o fenômeno do dano existencial nas relações de consumo. Na sociedade atual, há forte assédio da Indústria Cultural para que o consumidor se submeta a um padrão de consumo voltado para a autossatisfação pessoal, ou mesmo aceitação no meio social. O apelo midiático em torno da aquisição de bens e serviços atinge sobremaneira a psique dos consumidores, em especial os grupos mais vulneráveis, gerando uma liberdade artificial de escolha e uma felicidade artificial, na medida em que sua insatisfação pessoal com a vida, ou mesmo suas carências emocionais e sociais poderiam ser aplacadas pela satisfação e prazer de comprar. A pesquisa, também, enfrenta a novel discussão acerca da vulnerabilidade comportamental do consumidor diante do assédio de consumo no contexto da hipermodernidade.

PALAVRAS-CHAVE: Dano existencial. Sociedade de Consumo. Indústria cultural. Direito do Consumidor.

The existential damage in the consumer society

ABSTRACT: The present article, through the deductive method and through national and foreign bibliographic research, aims to analyze the phenomenon of existential damage in consumer relations. In today's society, there is a strong harassment of the Cultural Industry for the consumer to submit to a consumption pattern aimed at personal self-satisfaction, or even acceptance in the social environment. The media's appeal for the acquisition of goods and services overwhelms the psyche of consumers, especially the most vulnerable groups, generating an artificial freedom of choice and artificial happiness, insofar as their personal dissatisfaction with life, or even their Emotional and social needs could be appeased by the satisfaction and pleasure of buying. The research also addresses the novel discussion of consumer behavioral vulnerability to consumer harassment in the context of hypermodernity.

KEYWORDS: Existential damage. Consumer society. Cultural industry. Consumer Law.

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente ensaio é uma breve análise dos fenômenos que permeiam a perspectiva do dano existencial sofrido pelos consumidores na sociedade atual. A tutela ao consumidor é uma resposta do Direito ao mundo capitalista e às transformações sociais ocorridas ao longo da história, sobretudo com a maior concentração da população na área urbana, o desenvolvimento tecnológico dos bens de produção, o aumento do poder aquisitivo da população, a propagação das técnicas comerciais coercitivas, tudo, levando ao consumo desenfreado de produtos e serviços.

O apelo midiático em torno da aquisição de bens e serviços, através de campanhas publicitárias com forte influência psicológica acabam por forjar novas e transitórias necessidades de consumo a partir de modelos artificiais de felicidade e qualidade de vida, o que leva a uma verdadeira compulsão pelo consumo, seja para satisfazer um sentimento hedonista de autossatisfação, seja para favorecer uma sensação de pertencimento social, em detrimento das necessidades fisiológicas autênticas, ou seja, aquelas relativas à própria subsistência do indivíduo (alimentação, vestuário e etc.).

Assim é que o conceito de bem-estar, para aqueles atingidos pela compulsão do consumo, deixa de ser algo transcendental e passa a ser um bem igualmente consumível. Para esses consumidores, o ato de consumir se transforma em sinônimo de felicidade, de modo que quanto mais prazer no ato de consumo o ser humano é capaz de obter, mais “feliz” ele é. A parte se confunde com o todo, e o prazer, que antes era concebido apenas como um dos fatores propícios à felicidade, é elevado à categoria de verdadeiro arquétipo da felicidade.

O consumo exacerbado nunca fez tanto sentido como na sociedade hipermoderna, porquanto nela encontra o alicerce necessário para se intensificar cada vez mais, alimentado pela permanente insatisfação de seus membros, insatisfação pela certeza de nunca conseguir acompanhar todas a inovação e volatilidade inerente aos símbolos de consumo. Esse comportamento é decorrência lógica dos padrões impostos a todo momento pela indústria cultural de massa, definida como o desenvolvimento de mecanismos de controle das consciências individuais e coletivas, exercido pela imprensa, internet, televisão, rádio e cinema com a finalidade de homogeneizar, adaptar e integrar as massas aos valores capitalistas de consumo.

Importante registrar, também, que a aludida volatilidade dos símbolos de consumo tem na obsolescência programada uma importante ferramenta de convencimento, pois através dela o fornecedor, sob o falso pretexto de garantir a evolução estética ou tecnológica dos bens de consumo, reduz, propositalmente, a projeção de durabilidade dos mesmos, interferindo na expectativa inicial de fruição do consumidor, bem como em sua liberdade de escolha, pois diante das dificuldades técnicas de manter o funcionamento do produto, ou mesmo de fazer uso de novas qualidades incompatíveis com o modelo atual, o consumidor será levado a adquirir o mais novo lançamento do mercado.

A busca frenética pelos bens de consumo é a busca, na verdade, por uma pseudoliberalidade, que mascara uma real infelicidade do indivíduo e seu crescente mal-estar pessoal e social, daí porque o reconhecimento desse diagnóstico social nos leva ao reconhecimento de uma nova categoria de dano: o dano existencial nas relações de consumo.

Diante desse contexto, o presente artigo, através do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, tem por objetivo fazer um diagnóstico sócio-filosófico do consumo na atualidade, para, num segundo momento, demonstrar que a perda de legitimidade do Estado de mal-estar social e o agravamento da vulnerabilidade comportamental do consumidor, aqui compreendido como categoria, estão diretamente relacionados com o crescimento

exponencial das práticas abusivas e fortalecimento da posição jurídica e econômica do fornecedor, dando ensejo ao surgimento de um dano difuso e compartilhado por todos: o dano existencial pela certeza de não se alcançar o idealizado e fantasiado padrão de qualidade de vida proposto pela indústria cultural a serviço do capitalismo predatório.

1 SOLIDARIEDADE E CIDADANIA – A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO CÍVICA NA TUTELA AO CONSUMIDOR.

A Constituição de 1988 surge como um marco de consagração do capitalismo e da economia de mercado no Brasil, além de ensejar o surgimento da disciplina e reconhecimento dos direitos dos consumidores, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, considerado enquanto direito fundamental. A disciplina Direito do Consumidor emerge como um necessário instrumento de manutenção do sistema econômico. (OLIVEIRA, 2017)

A tutela ao consumidor implica inexoravelmente em uma relativa restrição ao exercício da atividade econômica. Um dos princípios utilizados na proteção consumerista é o princípio da harmonia das relações de consumo, com previsão no caput do artigo 170 (trata da livre iniciativa) e do inciso V (tutela ao consumidor), ambos dispositivos presentes na Constituição da República. O Estado, dessa forma, funciona como um mediador de suma importância no processo.

O Estado brasileiro, no âmbito da proteção do consumidor, ao mesmo tempo em que reconhece o exercício da atividade econômica e da livre iniciativa, estabelece padrões éticos de comportamento que irão tornar aquela liberdade relativa, não caracterizando um Estado intervencionista, mas representa uma ruptura com o modelo liberal, que visaintervir no sentido de equalizar as relações consumeristas.

Historicamente, os indivíduos que compunham a sociedade tinham a noção e liberdade atrelada à participação na esfera política da nação, no entanto sem priorizar seus interesses em detrimento das preocupações coletivas da sociedade, já que a liberdade exercida era a positiva. (VERBICARO e VERBICARO, 2016) A liberdade negativa é a liberdade do indivíduo para escolher como administrar sua vida sem coação dos outros, ocupando-se basicamente consigo e com os seus.

Depreende-se da liberdade negativa propagada na história moderna, um convite ao egoísmo e à resignação política. Não obstante, sob a égide do Estado e do Direito, o individualismo e a concepção e liberdade negativa atendia de maneira velada aos interesses burgueses, radicado pelas promessas da modernidade, que encontraram suporte num idealismo vazio da sociedade, elaboradas pelo capitalismo liberal, sob a suposta legitimidade da razão, da ciência e do Direito. (VERBICARO e VERBICARO, 2016)

A idéia de participação política e solidariedade entre os consumidores está ligada também a uma concepção de justiça social. A Política Nacional das Relações de Consumo encontra suporte no conceito de liberdade positiva, pautada na solidariedade e corroborada pela idéia de que a liberdade constitui uma das maiores expressões da justiça. Como consequência dos padrões de comportamento impostos pela indústria cultural, a sociedade de consumo não consegue visualizar a importância a solidariedade como instrumento libertador.

A ruptura com o individualismo das democraciasliberais, marcadas pelos sentimentos de egoísmo, competitividade e indiferença, visando o não comprometimentoda liberdade negativa, visa ao fortalecimento de virtudes do instinto de sociabilidade, único capaz de confrontar para corrigir as mazelas da democracia, a exemplo da falta de compromisso e credibilidade na

representação política, concepções utilitaristas a própria acomodada cidadania, que faz dessa passividade um importante mecanismo de alienação. (OLIVEIRA, 2017)

A questão que permeia essa idéia de solidariedade é uma atuação política plural e concertada, ou seja, é a proposição de uma educação cívica eficiente e bem organizada. Educação essa que seja capaz de gerar modificação na forma de enfrentamento de diversas situações presentes no cotidiano, as quais causam uma felicidade momentânea e conduzem o indivíduo a agir com indiferença em relação ao outro e inerte mediante as ações políticas.

Uma participação política efetiva é fundamental para o próprio sentido de vida, pois não há frustração maior do que desperdiçar a experiência e, ao final da vida, constata-se que, na verdade, deixou-se de viver. É importante resgatar o sentido do prazer solidário, único capaz de modificar estruturas viciadas de poder e opressão. Isso quer dizer que quando se tem medo de exercer a liberdade positiva, a pretexto de proteger a liberdade negativa (comodidade individual dos prazeres materiais), renuncia-se a viver plenamente e passa-se para um estado de morte moral.

O capitalismo preleciona que a competitividade e o individualismo constituem os melhores caminhos para o sucesso. Como consequência, o homem desenvolve uma obsessão para ostentar o poder e o prestígio social, em detrimento dos interesses dos mais débeis e frágeis, que passarão a lhe servir não como algo digno de reprovação moral, mas natural e inerente ao jogo social em que uns, necessariamente, serão mais bem sucedidos que outros e estes, por sua vez, deverão se resignar ao seu estado de servidão e subserviência.

Los placeres de éxito personal, el llegar a ser alguien en la vida, el contar con el reconocimiento público, o, en otro orden de cosas, despertar admiración por la rara habilidad de destacar en las cosas más variadas, desde ser una buena cantante de ópera, una excepcional sex- symbol o un coleccionista de obras de arte, habilidad para marcar goles o estafar al físico, etc., son algunas de las metas. Vivimos en una sociedad realmente curiosa en la que los seres humanos parecen buscar compulsivamente el éxito y el aplauso social. (GUISÁN, 2000, p.67)

O triunfo pessoal na vida se torna a única batalha pública do indivíduo, já que as demais cederam espaço à moral socrática de auto-respeito e êxito de si mesmo. A participação na vida pública se resume a uma meta pífia de satisfação pessoal.

Kant, como muchos, piensa equivocadamente que la felicidad personal sólo se consigue en la persecución de los fines propios, cuando desde Platón a Mill ha sido demostrado fehacientemente que la mejor, más profunda, más honda felicidad privada es la que se deriva de nuestra cooperación generosa en los asuntos públicos. Por lo demás, tener que decirse uno a sí mismo "soy un indigno" es una de las formas más claras de decirse uno a sí mismo que ha fracasado en el nivel más profundo de su personalidad y es, por consiguiente, su conducta causa no tan sólo de horror moral, sino de infelicidad desgarradora. (GUISÁN, 2000, p.68)

De acordo com essa perspectiva, de que a moral está diretamente atrelada à verdadeira felicidade, pode-se concluir que todo aquele que vive convulsionado pelo gigantismo de seu individualismo, aprisionado, ou corrompido de alguma maneira, não é apenas um parasita social que causa dano ao seu entorno, mas, sobretudo, é um ser humano moralmente enfermo com incapacidade para desfrutar dos prazeres verdadeiros e profundos. Leia-se aí a realização pessoal de servir ao próximo e vivenciar o crescimento e harmonia do grupo social.

O autorrespeito, o amar-se, o sentir-se autossatisfeito são alguns dos modos mais apropriados para recuperar a saúde moral e transformar o homem em uma pessoa que goza e produz o gozo na convivência social.

Nesse sentido, a educação cívica desperta o sentimento de empatia social entre os consumidores, culminando com uma nova geração de consumidores, que pensa coletivamente e sabe agir politicamente. A educação para um consumo solidário é uma das principais metas da Política Nacional das Relações de Consumo no Brasil e busca formar cidadãos combativos e atentos às práticas abusivas e conscientes do seu poder de escolha no mercado. (VERBICARO, 2017)

2 A INDÚSTRIA CULTURAL E SUA MALÉFICA INFLUÊNCIA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A expressão indústria cultural foi cunhada inicialmente pelos filósofos e sociólogos alemães Theodor Adorno e Max Horkheimer na obra *Dialética do Esclarecimento*, publicada pela primeira vez em 1944. Rejeitando o termo cultura de massa, Indústria Cultural designa a produção de cultura a partir dos moldes da indústria, cultura essa voltada ao consumismo, oferecendo produtos que promovem uma satisfação transitória e efêmera.

Essa oposição conceitual deve-se ao fato de que a concepção de cultura de massa remonta a uma cultura produzida pela própria massa populacional, contemporaneamente chamada de arte popular. Na indústria cultural, o fenômeno é divergente. A indústria cultural consiste em manifestações produzidas sob a égide do capital.

A Indústria cultural encontra escopo atualmente no desenvolvimento de mecanismos de controle das consciências individuais e coletivas exercidos pelos meios de comunicação em massa, tais como rádios, televisão, cinema, jornais, revistas, redes sociais, sem o cuidado de reproduzir fidedignamente a cultura espontânea produzida e ressignificada na sociedade, mas visando padronizar e adaptar as massas aos valores capitalistas de consumo.

Todo esse aparato culmina por criar de forma explícita ou subliminar necessidades de consumo crescentes, através de um aprimorado processo de racionalização dos meios de produção, padronização, difusão e divulgação de bens de consumo como produtos culturais. A cada dia são criadas novas necessidades, que atendem e agradam aos indivíduos, submetendo-os a seu monopólio e tornando-os acríticos.

Essa aceitação por parte dos consumidores, com pouca ou nenhuma resistência, decorre de uma análise da indústria cultural prévia ao lançamento da mercadoria, sugerindo novas necessidades. Dessa maneira, a autonomia da vontade é substituída por um jogo com final premeditado entre quem conhece as regras e quem as desconhece. “A verdade em tudo isso é que o poder da indústria cultural provém de sua identificação com a necessidade produzida” (ADORNO e HORKHEIMER, 1985).

Tem-se aí uma permanente necessidade de autoafirmação do consumidor, que busca imitar comportamentos e hábitos de consumo de uma realidade criada pela malsinada indústria cultural, que, subliminarmente, funcionaliza as escolhas do consumidor de acordo com o padrão global de consumo do qual ele não participa como fonte indicativa de suas necessidades, mas apenas como integrante da massa subserviente de financiamento desse círculo vicioso de um consumismo inconsciente e irresponsável.

Inicialmente, a premissa de atuação capitalista era pautada na satisfação de necessidades existentes, com as ofertas produzidas em resposta à demanda corrente. Entretanto, com o passar dos anos, uma modificação de fundamental importância na estrutura social ensejou modificações na sistemática comercial. A sociedade evoluiu de produtores a uma sociedade de con-

sumidores, sendo os lucros oriundos sobretudo da exploração dos desejos de consumo. (BAUMAN, 2010)

Atualmente, a finalidade do negócio é evitar que as necessidades sejam satisfeitas e induzir a novas necessidades que clamam por satisfação e novos clientes em potencial. Em relação à filosofia dos negócios, os empréstimos não são exceção: a oferta de empréstimos deve criar e ampliar a necessidade de empréstimos. Outra reviravolta no sistema capitalista foi a introdução dos cartões de crédito, há cerca de 30 anos. O slogan usado foi "Não adie a realização do seu desejo". (BAUMAN, 2010)

De posse do cartão de crédito, o consumidor tem a possibilidade de administrar seus desejos e anseios. Efetivamente, essa é uma oferta que muito seduz. Um mecanismo de satisfação imediata, sem a necessidade de economizar para depois fruir esse sacrifício, a ordem natural. Para impedir que o efeito dos cartões de crédito e do crédito fácil se reduza a um lucro que o emprestador só realiza uma vez com cada cliente, a dívida contraída tinha de ser transformada numa fonte permanente de lucro.

Para os bancos credores, não seria vantajoso que seus devedores pagassem suas dívidas, ao menos não nos prazos previstos. Se eles pagassem com diligência os seus débitos, não seriam mais devedores. E os débitos resultantes de juros configuraram-se na maior fonte de lucros constantes do sistema bancário. (BAUMAN, 2010)

O crescimento da sociedade atual atrelado à sua complexidade culmina com novas espécies de danos à pessoa. O Direito, acompanhando as transformações sociais, necessita de constante atualização e diálogo com essas peculiaridades que vão surgindo com a evolução da sociedade. Nesse sentido, a Responsabilidade Civil se configura como o principal instituto de tutela às violações de Direitos Humanos. (MELLO, 2014)

No mundo atual, que prega tanto o imediatismo, a superficialidade presente nas relações, nos encontros, nas diversões, nas músicas que se ouve, nos livros que se lê, notadamente banais, tampouco evocando o que há de mais nobre, aquilo que faz pensar, tudo preparado pela indústria cultural para os consumidores, sob a égide do comodismo, torna cada vez mais difícil o rompimento e questionamento acerca da realidade em que se vive.

3 O DANO EXISTENCIAL NA PERSPECTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA

A função garantidora da Responsabilidade Civil tutela principalmente os chamados danos não patrimoniais. Pautado na idéia da dignidade da pessoa humana, a dupla função da responsabilidade civil não patrimonial está relacionada com a tutela dos interesses do homem, ao mesmo tempo em que possui um caráter eminentemente preventivo, no sentido de evitar novos danos a esses bens jurídicos. (OLIVEIRA, 2017)

A responsabilidade civil parte do pressuposto de que as violações, as quais ocorrem através de um ato lícito ou ilícito, geram o dever de reparação, considerando o dever jurídico originário de não causar danos a outrem, sob pena de gerar um dever jurídico sucessivo, o de reparação ao dano causado.

O dano pode ser entendido, grosso modo, como uma lesão a um bem jurídico tutelado que potencialmente gere prejuízo na esfera patrimonial ou extrapatrimonial. A responsabilidade civil deve estar atrelada ao dano, sua condição de existência. A concepção de dano é facilmente relacionada a algo quantificável, noção que se aplica aos danos patrimoniais. Os danos

não patrimoniais ou morais, por sua vez, são aqueles que atingem interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária. (CHAMONE, 2008)

A responsabilidade civil vem assumindo novos contornos, em grande parte devido aos avanços sociais, fato que gera modificação dos conflitos, que evoluem deixando de atingir somente a esfera do indivíduo para alcançar a coletividade. Assim, a discussão em torno da responsabilidade civil mediante os novos conflitos alcança maiores projeções, especialmente no que diz respeito ao dano moral coletivo, pois este instituto tutela uma nova modalidade de direitos, a dos direitos ou interesses sociais. (MELLO, 2014)

Por interesses difusos, entendem-se aqueles relacionados a grupos sem vínculo jurídico, ou grupos menos determinados de indivíduos. Referem-se não ao indivíduo especificamente, mas ao sujeito enquanto membro da sociedade. Os interesses coletivos, também chamados de Direitos de terceira dimensão, são resultados das lutas travadas por movimentos sociais, na transição da década de 50 a 60. (MELLO, 2014)

Outra característica dos interesses coletivos é que são transindividuais, ou seja, superam a esfera do indivíduo, e são caracterizados por possuírem objeto indivisível, e por atingirem um número determinável de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. No que tange aos interesses individuais homogêneos, consistem em interesses de grupos com sujeitos determináveis que possuem pretensões comuns. Representa um único fato gerador de diversas pretensões indenizatórias. (MELLO, 2014)

No Código civil, o legislador mantém a distinção entre o caráter punitivo da sanção penal e o caráter reparatório da sanção civil. Dessa forma, a indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito para quem a recebesse e pena para quem a pagasse. Ressalta que o objetivo da indenização é reparar o prejuízo experimentado pela vítima, visando reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. (CHAMONE, 2008)

A dupla função da responsabilidade civil nos danos não patrimoniais (compensar e punir) está intrinsecamente relacionada à noção de centralidade da pessoa, já que, no caso concreto, há a necessidade de se fixar e quantificar uma indenização que não só satisfaça as pretensões do lesado, mas que previna a ocorrência de novos danos a esse bem jurídico.

Em relação ao o dano imaterial ou extrapatrimonial, este não está ligado ao patrimônio da vítima, mas refere-se a todos os direitos de personalidade inerentes ao indivíduo e presentes na Carta Magna, em seu art. 5º, V e X, como a honra, a imagem, a liberdade. Conforme dito anteriormente, trata-se de um dano cujo conteúdo não é pecuniário, pois não está relacionado ao patrimônio da vítima, mas à forma como ela é vista na sociedade e o que as pessoas pensam sobre ela (GAGLIANO, 2011, p.86)

3.1 O dano existencial

O dano existencial, por sua característica notadamente subjetiva, gera dificuldade tanto na quantificação quanto na qualificação. Essa dificuldade não se dá em relação ao bem jurídico a ser tutelado, mas à impossibilidade de se efetuar uma avaliação objetiva do dano. O dano existencial está inserido na categoria dos danos extrapatrimoniais, ou seja, aqueles que superam a esfera do Ter, atingindo a esfera do Ser. Dessa forma, o dano existencial, considerado em uma análise mais subjetiva, necessita de interlocução com outras áreas do saber para que seja compreendido em toda a sua magnitude.

O dano moral não deve ser confundido com o existencial, já que o dano moral tange aos direitos de personalidade, trazendo lesão à esfera subjetiva, limitado a um aspecto físico e moral. A pretensão indenizatória relativa ao dano existencial tem como objetivo reparar a lesão ou mesmo uma expectativa de algo, indo além dos limites do dano moral. O entendimento na doutrina e jurisprudência pátria é de que o dano existencial seria um dano distinto, qual caberia inclusive cumulação ao dano moral.

Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. O dano existencial se configura pela lesão a direitos existenciais e por isso fere a dignidade da pessoa humana, resultando em um vazio existencial.

Esse vazio caracterizado pelo dano existencial estará materializado por meio da lesão a um projeto de vida que compromete a liberdade de escolha da vítima, sua individualidade, ou por meio da lesão à vida em relações que impedem seu desenvolvimento social. Em ambos a dignidade da vítima será ferida, deixando a vítima do dano em situação de inferioridade e com prejuízo à sua felicidade e bem-estar.

O dano existencial pode ser caracterizado como a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo tanto a ordem pessoal, como a ordem social. Seria uma afetação negativa de atividade que a vítima realizava em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar ou mesmo suprimir de sua rotina. (SOARES, 2009)

Há uma tendência de constitucionalização do Direito Civil, com preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais. É latente a necessidade de sistematização e distinção dessas situações, e a superioridade normativa da constituição aponta para uma valorização da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade. A base axiológico-normativa do dano extrapatrimonial está na dignidade da pessoa humana. (KONDER, 2015)

Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2003):

[...] Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

Via de regra, a doutrina aborda o dano existencial na perspectiva das relações trabalhistas, em geral associado à fragilidade do trabalhador diante do empregador, ou a situações de assédio moral, as quais ferem a dignidade do indivíduo sobremaneira.

De fato, há uma aproximação no objeto a ser estudado, no entanto, a disciplina Direito do Consumidor traz uma abordagem calcada na liberdade artificial de escolha, na perda da individualidade e capacidade de discernimento, além de aspectos emocionais relacionados à aceitação no meio social, que prescindem de análise mais profunda.

A esse respeito, o sociólogo Zygmund Bauman (2000) traz importantes reflexões, quando preleciona que a individualidade está relacionada com o imperativo de consumo, pela primazia do querer, no imediatismo, gerando perda de identidade. Em virtude dessas questões serem trazidas à tona recentemente no ordenamento jurídico pátrio, há dificuldade de adequa-

ção dos mecanismos jurídicos de análise e resolução desse tipo de litígio. De fato, resta discutir qual seria o parâmetro objetivo que daria ao direito as condições necessárias para normatizar esse dano.

Ainda de acordo com os ensinamentos e Maria Celina Bodin de Moraes (2003), serão considerados os aspectos componentes dos substratos ou postulados materiais do princípio da dignidade da pessoa humana. Os quatro principais corolários desse princípio são igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. A integridade psíquica pode ser entendida como violação à saúde, ao bem-estar físico. O dano que compromete a integridade psíquica pode ser atestado pelo médico, mas também pela prova testemunhal.

A igualdade visa para restabelecer o equilíbrio nas relações sociais, prelecionando que as diferenças não inferiorizem os desiguais, mas que seja considerada quando eventualmente se pense em discriminação. A liberdade é mais associada ao campo do Direito Penal. Na esfera civil, liberdade é autodeterminação, a capacidade de fazer escolhas, com limites e exercida dentro de determinados patamares.

No âmbito da integridade psicofísica há genericamente a saúde e o bem-estar. A solidariedade é a idéia de pertencimento a determinado grupo, considerada como um princípio esquecido, e nesse contexto há que se reafirmar a importância da participação cívica no enfrentamento às violações presentes nas relações de consumo.

A jurisprudência brasileira em relação ao dano existencial na relação de consumo ainda é tímida, mas, ainda assim, é possível encontrar julgados bem fundamentados:

EMENTA: Caso conhecido como das "pílulas de farinha", sendo de se anotar que o fato de o STJ admitir a indenização em ação civil pública promovida pelos danos decorrentes da ingestão do anticoncepcional Microvlar, da Schering [Resp. 866.636 SP], referendando-a em ação individual [Resp. 1.096.325 SP], constrói modalidade de sentença de efeito erga omnes quanto ao tema jurídico, desautorizando decisões diversas quando as situações fáticas se assemelham - Hipótese em que a autora, com a juntada de carteira e duas drágeas restantes que não possuíam os princípios ativos a que se destinavam, prova ter engravidado pela falha da indústria em não destruir os produtos manufaturados para testes [placebos] da máquina empacotadora recém adquirida e pela culpa quanto à guarda desse material que, infelizmente, foi inserido no comércio como produto regular - Dever de compensar a mulher pela concepção indesejada ou inesperada, como espécie de dano existencial, conforme já admitido pelo Tribunal Superior, inclusive em lide ajuizada por defeito de outro anticoncepcional produzido pela Schering [Resp. 918.257 SP] e de pagar pensão à filha, aceita essa fórmula de indenizar como reparação pela perda de chance de cumprir o princípio do cuidado previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Agravo retido não provido e provimento em parte dos recursos [apenas para consignar que a correção monetária do dano moral tem início a partir da sentença que arbitrou o quantum e para elevar a verba honorária para 10% do valor atualizado das condenações]. (TJ-SP - APL: 4820374000 SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 29/01/2009, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2009)

EMENTA: SUMÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DEMORA NA ENTREGA. FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA. O fornecedor de serviço não cumprindo o disposto no artigo 14, § 3º, do CDC e do artigo 333, II, do CPC, torna verossímil as alegações do consumidor, ensejando a aplicação do artigo 14, caput, do CDC no julgamento da presente lide e o dever de indenizar o dano moral in re ipsa. No caso sub judice, se aplica a Teoria do dano existencial, qual seja, a espécie de dano extrapatrimonial ou imaterial, que pode ser identificado como a perda da qualidade de vida do indivíduo, ora consumidor, que, a partir da lesão sofrida, altera ou até mesmo perde a possibilidade de manter as suas atividades cotidianas. Desprovisionamento ao recurso. (TJ-RJ - APL: 00194167620108190202 RJ 001941676.2010.8.19.0202, Relator: DES. ANDREA FORTUNA TEIXEIRA, Data de Jul-

Nesse sentido, é preciso um maior esforço argumentativo no âmbito dos Tribunais para se infirmar o reconhecimento do dano existencial do consumidor como uma espécie autônoma de dano e que seja reconhecida de forma ampla e integral, nos exatos termos do artigo 6º, VI da Lei 8.078/90 (CDC).

3.2 Vulnerabilidade existencial

Antes do CDC (Lei nº 8.078/90) acreditava-se, quando da formação de contratos, que ninguém celebraria contratos que não fossem vantajosos, ou que tivessem uma relação ganha-ganha. No entanto, o código vem com um elemento garantidor da igualdade, visando equalizar ou equilibrar minimamente as relações de consumo. Esse elemento é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o qual não visa outorgar vantagens ao mesmo, mas um equilíbrio contratual, como um instrumento para a harmonização das relações de consumo, buscando a satisfação coletiva e o bem-estar social.

A concepção de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor de produtos e serviços, bem como às pressões midiáticas, é assunto reconhecido no Código de Defesa do Consumidor. No entanto, o aprofundamento no estudo do tema suscita novos vieses de análise dessa condição sumariamente explicitada no presente ensaio. A vulnerabilidade existencial encontra escopo na insuficiência do paradigma voluntarista da vontade formal.

Esse paradigma diz respeito à concepção que permeava o Direito Civil clássico: o princípio fundamental por trás da validade e eficácia vinculante os contratos era a liberdade de contratar. Ao contratar, o contratante estaria adstrito ao contrato. O fato é que, os contratantes, impulsionados por suas necessidades viam-se sem escolha e impelidos a celebrar contratos desvantajosos. (KONDER, 2015)

Ao longo do século XX, o Direito privado foi paulatinamente se afastando dessas concepções limitadas para se reconstruir em consonância com novos valores calcados na idéia de autonomia privada, extrapolando a liberdade negativa e formal. Outrossim, não mais se limitou o Direito Privado à igualdade formal, atribuindo caráter normativo à igualdade substancial.

A perspectiva de racionalidade limitada do agente econômico elucida uma melhor compreensão da idéia de vulnerabilidade. Essa racionalidade limitada será também objeto de importantes estudos na seara da Escola da Economia Comportamental, tratada no capítulo seguinte. Estes estudos atingem inclusive a questão do superendividamento do consumidor, com base em critérios comportamentais na tomada de decisões.

A vulnerabilidade, ponto fulcral na lei que disciplina a tutela ao consumidor brasileiro, tem como base a idéia de justiça e igualdade. Esse princípio visa ampliar o equilíbrio na relação, ao dispor das atribuições e funções das partes envolvidas no processo de consumo. (OLIVEIRA e CARVALHO, 2016)

A concepção de vulnerabilidade existencial relaciona-se com a suscetibilidade do indivíduo a ser atingido em sua esfera extrapatrimonial. Difere da vulnerabilidade patrimonial por esta estar relacionada à inferioridade contratual, com efeitos indiretos à personalidade do indivíduo. Diante da vulnerabilidade patrimonial, a atuação do Poder Judiciário consiste em recursos aos instrumentos jurídicos relativos às relações patrimoniais. (KONDER, 2015)

A respeito da vulnerabilidade existencial, há demasiada dificuldade por parte do Estado em reconhecer a necessidade eminente desse âmbito de tutela ao consumidor, e isso ocorre devido à não adequação das técnicas utilizadas em outras situações para esses valores. O ideal seria a criação e mecanismos adequados para esse fim, e já existe de forma experimental, com base em novos estudos acerca do tema. (KONDER, 2015)

Diversos grupos podem ser considerados quando se fala em vulnerabilidade existencial. Dentre eles, os idosos, as crianças, pacientes médicos, entre outros. No entanto, essa qualificação em categorias não é o mais importante, e sim o reconhecimento da vulnerabilidade e sua relação com a dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Não obstante, a criação e sistematização e instrumentos jurídicos adequados às situações existenciais são imprescindíveis para a superação desses paradigmas de tutela.

5 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, ASSÉDIO DE CONSUMO E SUPERENDIVIDAMENTO

A ciência do Direito possui capôs de atuação atrelados a diversas áreas do conhecimento, dentre eles a filosofia, a história, a sociologia, a antropologia e, mais recentemente, estudos relacionados à economia têm surgido e ganhado notoriedade no âmbito acadêmico. O Direito do Consumidor preza pela proteção a bens jurídicos como a vida e a saúde do destinatário final dos produtos e serviços fornecidos no mercado, considerando a condição de vulnerabilidade do consumidor mediante o fornecedor de produtos e serviços. (OLIVEIRA e FERREIRA, 2012)

Há uma concepção que trata da racionalidade econômica relacionada à conduta do fornecedor, muito presente na escola da Economia Comportamental e nos preceitos oriundos da disciplina Direito do Consumidor. Essa concepção sugere que os indivíduos reagem a incentivos e procurarão, diante da tomada de decisões, optar pela solução que o favoreça, ponderando a relação custo-benefício. Nesse sentido, as sanções teriam como fundamento desestimular condutas ou práticas nocivas. (OLIVEIRA, 2017)

Estudos recentes acerca da chamada “teoria da decisão racional” culminaram em importantes conclusões para a compreensão adequada do processo de tomada de decisão humana. Esses estudos, que compõem a denominada Escola da Economia Comportamental (Behavioral Economics), têm demonstrado que, se a decisão humana é racional, trata-se, em verdade, de uma racionalidade limitada, capaz de conduzir suas escolhas de forma sistemática e previsível para opções em confronto com seus interesses. (OLIVEIRA, 2017)

As iniciativas do mercado visam aproveitar “a irracionalidade e inconsistência das preferências dos agentes econômicos a favor destes”. Em relação à vulnerabilidade do consumidor, princípio aceito universalmente nesta matéria, as conclusões obtidas pela Escola da Economia Comportamental corroboram, também no plano das ciências afins, o princípio legal da vulnerabilidade do consumidor. (OLIVEIRA e SARAIVA, 2016)

No Brasil, com exceção da última década, o país sempre fora mal visto pelo capital estrangeiro, pois comprometeu sua capacidade de atrair investimentos em razão de políticas econômicas malsucedidas, que geravam o superendividamento público, sem a correspondente geração de renda para a maior parcela de sua população. Isso tudo gerava incerteza para os investidores internacionais.

Com o fortalecimento de sua economia, através da estabilização da moeda, da superação do colapso inflacionário, da acumulação de divisas internacionais, do superávit em sua balança comercial, da geração de empregos e do cumprimento irrestrito às exigências e das obrigações

perante o Fundo Monetário Internacional, da valorização no mercado externo de suas *comodities*, o Brasil despontou como um país emergente e o contínuo crescimento de seu Produto Interno Bruto-PIB atraiu investimentos internacionais, sem que isso signifique, necessariamente, melhor distribuição de renda, ou maior capacidade deliberativa do país na Comunidade Internacional.

O amadurecimento de suas bases econômicas atraiu interesses de grandes grupos multinacionais, cujas empresas precisavam de parâmetros claros para aferir a viabilidade de seu investimento, ou seja, passaram a eleger determinados critérios bastante curiosos, senão vejamos aquele que avalia a judicialização dos riscos ao capital.

É avaliada a (in)capacidade do Estado brasileiro (leia-se legislativo, executivo e judiciário) de promover normas capazes de proteger o cidadão da voracidade especulativa do mercado, o que, nas relações de consumo, é um dado extremamente importante. Em apertada síntese, quanto mais ineficazes as normas de um Estado em relação ao seu cidadão- consumidor, mais leniente o Executivo em apresentar políticas públicas de reconhecimento da inferioridade econômica, e mais lento e conservador o Judiciário para responder a esses conflitos, menor o risco de prejuízo econômico, maior o grau de investimento no país, por mais paradoxal que essa conclusão possa transparecer.

As grandes multinacionais de hoje, muitas vezes, têm mais poder político do que os próprios Estados Nacionais. Muitas diretrizes da economia mundial não são apresentadas por um consenso internacional entre os Estados, mas por uma necessidade, por uma contingência econômica voltada para atender aos interesses de determinados grupos econômicos detentores do capital de investimento. Ao segmento empresarial sempre aproveitou um modelo de Estado Liberal e pusilânime do que dizia respeito à necessidade de impor regras claras de controle do mercado. Não há dúvida que o mercado é um dos principais focos de resistência para a emancipação solidária.

Infelizmente, não são raras as vezes em que um magistrado deixa de aplicar uma norma mais favorável ao consumidor pelo receio de desatender às expectativas econômicas de uma grande empresa multinacional, lançando mão de razões utilitaristas para justificar o injustificável, ou seja, para legitimar uma decisão que deixa de aplicar uma sanção jurídica exemplar a uma empresa pelo receio de que possa gerar consequências econômicas e sociais negativas, como a demissão de trabalhadores e perda na arrecadação tributária do ente estatal, transferindo a insegurança jurídica toda para o consumidor.

O CDC, nesse particular, promoverá a mudança de parâmetros éticos de atuação para os agentes econômicos, desde que incorporado pelo consumidor o novo modelo de educação cívica, uma vez que o cidadão só terá condições de intervir de maneira qualificada nesse debate se tiver educação para compreender os diferentes graus de comprometimento empresarial para com os deveres impostos pela lei, nivelando suas escolhas a partir de parâmetros rigorosos que considerem, por exemplo, a maior projeção de durabilidade de bens de consumo, credibilidade institucional da marca para com o atendimento às demandas dos consumidores e etc.

O empresário que não se antecipa às predileções do consumidor, ou aquele que não reconhece ou valoriza a opinião do consumidor, estará fadado ao insucesso. A educação, nesse sentido, envolve uma obrigação recíproca entre consumidor e agentes econômicos.

O acesso à informação, por sua vez, é ponto de partida para o próprio exercício da liberdade de escolha, define os conceitos de vício e defeito na responsabilidade civil, além de ser revelar aspecto determinante para caracterização da oferta e publicidade ilícitas.

Ademais, observa-se que a Política Nacional das Relações de Consumo por vezes é confrontada com novos desafios e necessidades dos consumidores, obrigando uma permanente atualização do microsistema normativo de proteção ao consumidor, de modo a oxigenar os métodos de solução de conflitos.

Uma delas é a temática do “Superendividamento”, que decorre da incapacidade do consumidor de fazer escolhas racionais no mercado, em razão da influência negativa da publicidade de massa e do assédio de consumo, sendo atingidos pelo padrão estético de uma indústria cultural implacável, o que o leva a contrair dívidas não condizentes com seu orçamento doméstico ou mesmo com a realidade econômica do país.

A concessão de crédito irresponsável precisa ser melhor normatizada, sobretudo quando ocorre em detrimento dos idosos, hoje considerados em sua vulnerabilidade agravada (hipervulnerabilidade).

Os apelos de consumo padronizados e que simulam um modelo de vida ideal e fantasiado merecem uma melhor regulação, ou seja, o consumidor precisa de melhores instrumentos para se contrapor às ofertas da indústria cultural.

A indústria cultural dita modelos de comportamento pré-estabelecidos, define quais serão as novas necessidades de consumo em escala global, interfere no senso estético, informa aquilo que deverá ser adquirido para se alcançar um pseudo *status* social e até mesmo para a realização pessoal. O consumidor está sendo doutrinado a ter seus hábitos de consumo decididos por terceiros, uma espécie de servidão voluntária, em que se revela mais cômodo aceitar os padrões impostos pela indústria cultural, a ter que fazer escolhas por si próprio. A abordagem utilizada é agressiva, fruto de um verdadeiro assédio, subjugando a capacidade de escolha e reflexão do consumidor, obrigando-o a decidir por impulso e de acordo com um único padrão estético estabelecido.

A sociedade de consumo acostumou-se com o obsolescência planejado, pois a ideia de durabilidade de bens de consumo não agrada ao mercado, que sempre almejou a circulação contínua de bens de consumo e, nos últimos anos, também se incorporou aos hábitos do consumidor global, na medida em que sua insatisfação pessoal com a vida ou mesmo suas carências emocionais e sociais podem ser facilmente compensadas pela satisfação e prazer de comprar. A ideia aqui não é satisfazer uma necessidade real de consumo, normalmente associada à utilidade daquele bem para uma finalidade específica, mas sim uma necessidade aparente, às vezes relacionada a autoafirmação do sujeito, concebida pela criatividade publicitária, que cumprirá uma finalidade ilusória e, naturalmente, passageira.

Em linhas gerais, vive-se numa espécie de “economia do endividamento”, onde o consumidor se mostra excessivamente dependente do crédito, contraído de modo irracional e compulsivo. O endividamento acaba funcionando como meio de financiar a atividade econômica e como forma de suprir as necessidades básicas das famílias brasileiras.

O ideal seria, promover uma “economia de poupança”, que tem a lógica inversa e pressupõe políticas públicas que promovam a educação financeira, o acesso qualificado à informação pré-contratual e o combate efeito ao assédio de consumo e aos métodos comerciais coercitivos.

Esse cenário faz o consumidor imergir num permanente estado de dano existencial, seja porque sua felicidade, artificialmente concebida pela indústria cultural, será dependente dos símbolos de consumo, propositalmente substituídos com a mesma velocidade com que surgiram no mercado, seja porque sua incapacidade financeira de acompanhar os padrões de consumo lhe imporá umas jornadas de trabalho extraordinárias, privação da convivência familiar, do

ócio e, para agravar, como as relações interpessoais não mais são autênticas, basta simular pseudo sensações de bem estar nas redes sociais, para que a falseada ideia de felicidade seja alcançada.

Todavia, o indivíduo está isolado, marginalizado pelo consumo compulsivo e sofrerá só, o que denota um sentimento de “mal-estar difuso” numa sociedade doente, daí porque a ideia de dano existencial se justifica, sendo mais que oportuna a discussão acerca de um dever geral de prevenção e o próprio elastecimento do instituto da responsabilidade civil consumerista para o reconhecimento desse novo dano transindividual e de caráter abstrato, mas que ainda não encontra a devida tutela no âmbito do Judiciário, ainda atrelado à vetusta noção de dano individual.

Portanto, as contradições acerca dos temas supracitados podem ser dirimidas mediante esse importante diálogo com as outras esferas do saber, que corroboram a necessidade de uma concepção de tutela cada vez mais engajada na via humanística e menos patrimonial no que tange aos anos sofridos pelo consumidor diante da indústria cultural e da sociedade de consumo.

CONCLUSÃO

Atualmente, diante da indústria cultural e do apelo midiático, consumidor exerce apenas uma liberdade artificial de escolha, numa espécie de servidão voluntária, que consiste na submissão espontânea aos padrões referenciais de consumo estabelecidos pelos detentores dos meios de produção. A vulnerabilidade está calcada na ideia de inferioridade econômica, no sentido de incapacidade de intervir no processo produtivo, bem como nos contratos.

O falseado padrão de qualidade de vida imposto pelo consumismo é uma utopia inalcançável, mas que tem, cada vez mais, influenciado o indivíduo a reproduzir comportamentos estereotipados, alienando-se do mundo real, negando sua subjetividade numa constante imitação do outro, tornando-se, portanto, um consumidor permanentemente frustrado, infeliz e, em alguns casos mais recentes, revoltado por não conseguir satisfazer suas mais variadas necessidades artificiais criadas pela indústria cultural.

Não há dúvida de que aspectos culturais e econômicos são os grandes condicionantes da humanidade e, na sociedade globalizada, acabaram se fundindo num modelo de consumismo irresponsável e que justificou a necessidade de uma proteção mais elástica do consumidor, destarte, no âmbito da comunidade internacional.

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques (2013):

[...] a atual globalização-como nunca antes-modificou nosso sentimento de tempo e espaço: tudo está mais perto, tanto as nações, quanto as pessoas, tudo mais rápido e urgente, fugaz! O Direito Internacional Privado, direito dos conflitos e dos diálogos das leis no espaço, ganhou assim conjuntura e atualidade. E, parece-me, a sua imagem de pessoa também restou alterada.

A fascinação do consumidor globalizado com este modelo é evidente, o que convalida a sua própria vulnerabilidade e necessidade de proteção jurídica diferenciada, pois não são raras as notícias de pessoas que passam dias na fila, em condições climáticas extremas, para serem os primeiros a adquirirem os novos modelos de bens de consumo da moda, muitas vezes em preços estratosféricos e sem grandes ou sensíveis diferenças em relação aos modelos anteriores, apenas para aplacarem uma ansiedade de consumo doentia vivenciada em escala global.

A partir do entendimento de que o consumidor se encontra em uma dimensão transnacional, é preciso focar não somente nos aspectos econômicos da relação de consumo, mas também nos seus sujeitos, cada vez mais “coisificados” pelo mercado, ou seja, é preciso humanizar o consumo no ambiente hostil de uma globalização já fragmentada por tantas vicissitudes.

A tutela ao consumidor em relação aos danos não quantificáveis exige uma análise mais profunda acerca do sentido e alcance do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações de consumo, pois a compulsão pelo consumo leva o sujeito a um permanente estado de frustração, ansiedade, forjando aquilo que viria a ser a figura do dano existencial

Dessa forma, é imprescindível a ampliação de novos espaços de debate, baseados na participação cívica entre a coletividade de consumidores, visando apoio e solidariedade mútua e dessa forma, compreender a evolução dos paradigmas enfrentados atualmente, favorecendo soluções para a criação e aperfeiçoamento das normas de consumo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo /tradução Alexandre Werneck. - Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 4820374000**. Relator: Des. Enio Zuliani, 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 00194167620108190202 RJ 0019416-76.2010.8.19.0202**. Relatora: Des. Andrea Fortuna Teixeira, 2015.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11365>>. Acesso em: 18 jan. 2017, 9h00.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**, Ed. Saraiva, 2011.

GUISÁN, Esperanza. **Más allá de la democracia**. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: ppor um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**. vol.99. ano 24. P.101-123. São Paulo: Ed. RT. Maio-junho de 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. “A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *Studium Generale* sobre o consumidor como *Homo Novus*”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 22, Vol. 85, jan-fev/2013

MELLO, Fernando de Paula Batista. O Dano não patrimonial transindividual. **Revista de Direito do Consumidor: RDC**, v. 23, n. 96. P. 41-74, nov./dez. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Amanda Flavio. Law & Economics e Direito do Consumidor não são disciplinas incompatíveis. **Revista Consultor Jurídico**, 18 de janeiro de 2017, 8h00.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de e CASTRO, Bruno Braz. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 93, maio-junho 2014, p. 231-249.

OLIVEIRA, A.F. FERREIRA, F. M.S. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.81, p. 13-37, jan/mar.2012

OLIVEIRA, Amanda Flávio de Oliveira e SARAIVA, Rute. O Tribunal de Justiça de São Paulo e a anulação da multa aplicada à McDonald's em razão de publicidade abusiva. Ou, a quem cabe educar nossas crianças? **Revista Direito do Consumidor**, n. 106, jul-agosto 2016, p. 325-356.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de e CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. **Revista Direito do Consumidor**, n. 104, março-abril 2016, p. 181-202.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VERBICARO, Dennis e VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. Espaços políticos de deliberação no âmbito da política nacional das relações de consumo e seus desafios. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu – Uruguai. 2016. p.79-99.

VERBICARO, Dennis. *Consumer new civil-instrumental identity based on the brazilian consumer policy*. In: MARQUES, Cláudia Lima, PEARSON, Gail, RAMOS, Fabiana (Editors). **Consumer Protection: current challenges and perspectives**. Orquestra, Porto Alegre, 2017, p. 123-139.

Recebido em: 20 ago. 2017.

Aceito em: 3 jan. 2018.

LOGÍSTICA REVERSA: QUAL É O PAPEL DOS MUNICÍPIOS NO CENÁRIO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS?

Flávia Maria Gonçalves

Promotora de Justiça do Estado de São Paulo – Grupo de Atuação e Defesa do Meio Ambiente – Núcleo Baixada Santista (GAEMA/BS); Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS); Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA).
famagon67@gmail.com

Renata Salgado Leme

Advogada. Professora da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito/USP.
renataleme@aasp.org.br

RESUMO: O crescimento da população e o consumo desenfreado como um reflexo de uma economia em constante desenvolvimento exige que a prevenção, a geração e a destinação dos resíduos sólidos sejam incorporadas como práticas de uma gestão pública e privada de modo a se garantir a eficiência da coleta dos resíduos sólidos urbanos e, via de consequência, uma sã qualidade de vida das pessoas nas cidades, na medida em que resíduos dispostos de maneira irregular causam sérios danos ao meio ambiente e à saúde pública. Este artigo pretende enfocar como os Municípios devem se posicionar frente aos aspectos específicos do marco regulatório da Lei Federal 12.305/2010 e Decreto Federal 7.4040/2010, relativos à logística reversa, um dos principais instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, relacionada à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos listados no artigo 33 da referida lei, buscando-se sejam os mesmos reutilizáveis e recicláveis, como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Política Nacional de Resíduos Sólidos. Resíduos Sólidos. Responsabilidade Compartilhada. Logística reversa. Municípios.

Reverse logistics: what is the role of municipalities in the national solid waste policy scenario?

ABSTRACT: The growth of the population and the rampant consumption as a reflection of an economy that is in constant development require that prevention, the generation and disposal of solid wastes are incorporated as practices of public and private management in order to ensure the efficiency of the collection of municipal solid waste and, as a result, route a healthy quality of life for people in the cities to the extent that residues arranged irregularly cause serious damage to the environment and public health. This article will focus on how the municipalities should position itself in relation to the specific aspects of the regulatory framework of 12,305/2010 Federal law and Federal Decree 7.4040/2010 concerning the reverse logistics, one of the main instruments of the Brazilian solid waste Policy, related to shared responsibility for the lifecycle of the products listed in article 33 of the Act, seeking itself are the same reusable and

recyclable as a good economical and social value work and income generator and promoter of citizenship

KEYWORDS: National Solid Waste Policy. Solid Waste. Shared Responsibility. Reverse logistic. Counties.

INTRODUÇÃO

É fato notório que o crescimento das cidades não foi acompanhado de um aumento da capacidade de gestão dos problemas que a concentração de pessoas nas cidades acarreta, traduzido pela oferta de infraestrutura e de serviços urbanos adequados. A qualidade de vida das presentes e futuras gerações depende de políticas públicas, de diferentes setores da administração, que levem em conta os aspectos ambientais e de saúde pública, intimamente ligada ao atendimento de demandas relativas ao *saneamento básico*, que incluem o abastecimento de água potável, a coleta e tratamento de esgoto sanitário, a estrutura para a drenagem urbana e o *sistema de gestão e manejo dos resíduos sólidos*, sendo este último tema o eleito como ponto de partida para reflexões mais aprofundadas.

Segundo o último Censo divulgado pelo IBGE em 1º de julho de 2014, o Brasil registrou uma população estimada de 202.768.562/hab.¹ O referido Instituto também divulgou a tabela de projeções do crescimento populacional, apontando uma população estimada de 212.077.375/hab. em 2020; de 223.126.917/hab. em 2030 e 228.153.204/hab. em 2040.² Por outro lado, ao longo dos anos a distribuição desta população nas áreas rurais e urbanas vem se alterando substancialmente. Na década de 1960 o Estado de São Paulo, por exemplo, tinha uma população urbana de 8.149.979/hab. e uma população na área rural de 4.824.720/hab. Já no último Censo de 2010, a população urbana era de 39.585.251/hab. e a rural de 1.676.948/hab.³

A ABRELPE – Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais divulga periodicamente um relatório intitulado “*O panorama dos resíduos sólidos no Brasil*”, sendo a última versão publicada do ano de 2014, contendo, portando, dados relativamente atualizados, levando em conta informações coletadas em cerca de 400 Municípios brasileiros.³

Pela síntese analítica das informações divulgadas pela ABRELPE, a mesma apontou que a geração de resíduos sólidos urbanos (RSU) nestes 400 Municípios pesquisados foi de 78,6 milhões de toneladas, o que representou um aumento de 2,9% em relação ao ano de 2013, índice superior à taxa de crescimento populacional no país, no mesmo período, que foi de 0,9%.

Já a coleta dos RSU em 2014 também teve um aumento de 3,20% relativamente a 2013, sendo que a comparação desse índice com o crescimento da geração de RSU mostrou uma discreta evolução da cobertura dos serviços de coleta de RSU, a qual atingiu um total de 71.260.045 toneladas coletadas no ano. Houve também um aumento da coleta *per capita* de 2,34% entre 2013 e 2014, com 351,49 kg/hab/ano.

Os dados revelaram, entretanto, que cerca de 7 milhões de toneladas de RSU gerados nestes 400 Municípios pesquisados deixaram de ser coletados e, conseqüentemente, tiveram

¹ <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2014/default.shtm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

² http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default_tab.shtm. Acesso em: 25 jul. 2017.

³ http://www.abrelpe.org.br/panorama_envio.cfm?ano=2014, acesso em 25.jul.2017.

destino impróprio, o que nos sinaliza que o problema envolvendo todos os Municípios brasileiros é muito maior.

Outro dado relevante disponibilizado pelo Ministério do Meio Ambiente (2012), através da versão do Plano Nacional de Resíduos Sólidos e que atualmente está em processo de revisão, é sobre o diagnóstico que contém números alarmantes.

A estimativa de composição gravimétrica dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil, de acordo com a última pesquisa oficial (MMA, 2012, p. 10-14), é de 31,90% de materiais recicláveis (58.527,40 t/d), 51,4% de matéria orgânica (94.335,10 t/d) e 16,70% para “outros” resíduos (30.618,90 t/d), totalizando 100% e correspondendo a 183.481,50 t/d. Já a média nacional de produção de resíduos sólidos por habitante é de 1,1 kg/hab./dia. Fechando os números, o diagnóstico também apontou como o país tem disposto os resíduos sólidos, ou seja, 58,3% do que é gerado são destinados para aterros sanitários; 19,4% são destinados para aterros controlados e 19,8% são destinados para “Lixões”. Apenas 2,5% dos resíduos coletados têm outras destinações e deste percentual apenas 1,4% dos resíduos coletados são encaminhados para a reciclagem.

Para ajudar a reverter estes números, em 02 de agosto de 2010 foi publicada a Lei Federal 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), contendo princípios estruturantes, objetivos, instrumentos e diretrizes aplicáveis a uma gestão eficiente dos resíduos sólidos, dotando o país de uma política clara e abrangente para um setor até então em completo descontrole. Logo em seguida, em 23 de dezembro de 2010 foi editado o Decreto Federal 7.404/2010 que veio a complementar a PNRS e criou o Comitê Interministerial da PNRS e o Comitê Orientador para a implementação dos Sistemas de Logística Reversa, que se propõe seja o objeto principal de abordagem deste artigo e a participação dos Municípios neste processo.

Em síntese, o artigo foi baseado em leitura de leis, artigos, livros e revistas especializadas na temática ambiental enfocada, como ainda se buscaram dados de pesquisa sobre população, estimativa de crescimento populacional, estimativa de coleta e destinação ambientalmente correta dos resíduos sólidos urbanos, ressaltando-se a importância da gestão integrada dos resíduos sólidos pelos Municípios, seus benefícios de ordem social, ambiental e de saúde pública. Posteriormente o artigo se aprofundou na análise legal de um dos instrumentos de implantação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, qual seja a Logística Reversa para, em seguida, enfrentar a seguinte questão: Os Municípios brasileiros podem exigir dos responsáveis legais a implantação em seus territórios da Logística Reversa, independentemente de ações prévias por parte da União, através de acordos setoriais, ou estados-membros, através dos termos de compromissos?

1 A GESTÃO ADEQUADA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS E SEUS BENEFÍCIOS SOCIAIS, AO MEIO AMBIENTE E SAÚDE PÚBLICA

Desde a edição da Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (Lei Federal 6.839/81), o Brasil vem gradualmente inserindo a temática ambiental na legislação e nas políticas públicas, sendo que a sustentabilidade e a educação ambiental nos dias de hoje precisam fazer parte da agenda dos setores público e privado.

A Constituição Federal estabelece no artigo 225 “caput” que *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia*

qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações...”.

Nesse contexto não há como negar que a escassez de recursos ambientais e o consumo desenfreado da população exigem que a prevenção, a geração e a destinação dos resíduos sólidos sejam aspectos fundamentais para a manutenção da qualidade da limpeza urbana e, via de consequência, do bem-estar e da sadia qualidade de vida das pessoas nas cidades.

Neste contexto, a importância do marco regulatório inaugurado no País com as edições da Lei Federal 12.305/2019 e Decreto Federal 7.404/2010, enfatizando Milaré (2013, p. 1152) em sua obra que:

A Política Nacional de Resíduos Sólidos preencheu uma importante lacuna no arcabouço regulatório nacional. Essa iniciativa é o reconhecimento, ainda que tardio, de uma abrangente problemática ambiental que assola o País, problemática esta de proposições desconhecidas, mas já com diversos episódios registrados em vários pontos do território nacional, e que tem origem exatamente na destinação e disposição inadequadas de resíduos e consequente contaminação do solo, além da dificuldade de identificação dos agentes responsáveis. Esses registros indicam a gravidade de situações de contaminação do solo e das águas subterrâneas, com risco efetivo à saúde pública e à biota, além do comprometimento do uso dos recursos naturais em benefício da sociedade.

No mesmo sentido, ressaltaram Silva Filho e Soler (2012, p. 13) na obra *Gestão de Resíduos Sólidos*:

Esses diplomas normativos impuseram aos setores privado e público uma nova dinâmica a ações, medidas e procedimentos de gerenciamento ambientalmente adequado de resíduos sólidos. Inobstante as implicações jurídicas, técnicas e institucionais relacionadas à gestão de resíduos não se tratarem de agenda recente, vislumbra-se para esta década uma verdadeira revolução nos modos de produção, gestão pública e cultura cidadã em prol do desenvolvimento sustentável. Esse período de expectativas e tendências poderá ser marcado pela reengenharia dos processos produtivos realizado pelo seguimento empresarial, compromisso do poder público com a eliminação definitiva dos deletérios lixões, bem como pelo pacto coletivo da sociedade brasileira de revisar padrões de consumo e ditames educacionais e culturais.

De fato, a PNRS trouxe como grandes propósitos a adequada gestão⁴ e gerenciamento⁵ dos resíduos sólidos, de forma compartilhada e integrada entre o setor público e privado. Estes conjuntos de ações trazem inegáveis benefícios para o meio ambiente e coletividade.

Conforme os dados acima indicados no Plano Nacional de Resíduos Sólidos, cerca de 19,8% dos resíduos gerados no país são dispostos nos chamados “lixões”. Isto representa cerca de 36.329,33 t/dia de resíduos dispostos sobre o solo, sem qualquer tratamento, sem medidas de proteção ao meio ambiente ou à saúde pública.

Comentando sobre este problema, Fernando Pagani Possamai (2007, p. 171-179) alerta que:

“Causas inocentes, como a falta de opção ou de consciência técnica, ou “menos inocentes”, como a má vontade política para resolver a destinação final dos resíduos sólidos, fazem com que o lixo seja disposto clandestinamente, causando dire-

⁴ Conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável (art. 3º, X, da Lei 12.305/10).

⁵ Conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS) ou com o Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (art. 3º, X da Lei 12.305/10).

tamente poluição do ar, do solo e das águas superficiais e subterrâneas. Considerando a saúde pública, os vetores de doenças são tanto os macro vetores (cachorros, gatos, ratos, urubus, pombos e outros), como os micro vetores (moscas, mosquitos, bactérias, fungos e outros)”.

As consequências desses danos ambientais ao meio ambiente natural ou urbano, causam, de maneira geral, problemas de saúde no homem, seja através de agentes patogênicos ou substâncias químicas, seja influenciando no seu bem estar (SISINNO, 2000).

A poluição causada no solo por resíduos sólidos dispostos de forma inadequada pode se dar por substâncias químicas e por compostos produzidos a partir de matéria orgânica, cujos teores de metais pesados em concentrações elevadas podem comprometer suas propriedades, o que, via de consequência, também contamina as águas superficiais e subterrâneas (PEREIRA NETO & STENTIFORD, 1992 apud SISINNO, 2000).

Por óbvio que o solo e as águas nestas condições poderão ficar comprometidos para uso e consumo humano por longo tempo e a exposição do homem poderá ocorrer por ingestão de água ou consumo de animais e vegetais aquáticos originados de corpos d'água superficiais contaminados. Vegetais irrigados com água contaminada por chorume também poderão causar problema de saúde ao homem.

Prossigue o texto de Paganí Possamai (2007, p. 171-179):

Destacando o aspecto de poluição das águas, vale lembrar que nos lixões o chorume é um dos principais elementos impactantes, sendo originado da decomposição da matéria orgânica contida no lixo, associada aos líquidos percolados ali existentes. Se o solo sob o lixão for permeável, o chorume poderá atingir o lençol freático, poluindo esse recurso hídrico. A geração de chorume pode alongar-se além de quinze anos após o final da deposição de lixo, dependendo de vários fatores. Um exemplo brasileiro é um aterro na cidade de São Paulo, com mais de quinze anos, que acumula todos os dias aproximadamente 500 mil litros de chorume. Substâncias químicas encontradas tanto em resíduos industriais como no chorume podem ser assimiladas por vegetais, não sendo recomendada a utilização dessas culturas para alimentação.

Não podemos também esquecer que resíduos coletados de forma imprópria e depositados de maneira inadequada, como em valas, rios, canais, poderão comprometer o escoamento das águas em épocas de chuvas fortes e causar transtornos como enchentes e surtos de leptospirose.

Outro aspecto importante e que diz respeito à poluição do ar é que as populações que vivem em locais próximos à disposição de resíduos podem sofrer distúrbios respiratórios causados pela poeira em suspensão e o cheiro desagradável e irritante de substâncias voláteis, causando cefaleia e náuseas. A poluição do ar também poderá ser responsável por problemas de visão, como irritação e inflamação da mucosa ocular (ACURIO et al., 1977 apud SISINNO 2000).

Os resíduos sólidos urbanos, quando dispostos em lixões, causam grande dano estético e na paisagem, pois muitas vezes surgem em áreas que vão sendo aterradas onde antes existia vegetação como a mata atlântica, cerrado, etc... ou surgem simplesmente em becos, vielas, ruas, praças públicas ou terrenos baldios das cidades, causando assim poluição visual, que afeta não só a paisagem como o bem-estar das populações que habitam nas proximidades das áreas de disposição de resíduos sólidos.

Não é a toa que a Lei de PNRS contém proibições expressas quanto às formas de destinação ou disposição final de resíduos sólidos ou rejeitos, justamente visando prevenir danos ambientais, sendo terminantemente proibido o lançamento em praias, no mar ou em quaisquer

corpos hídricos; lançamento *in natura* a céu aberto, excetuados os resíduos de mineração; queima a céu aberto⁶ ou em recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade; e outras formas vedadas pelo poder público. Igualmente a lei proíbe também, nas áreas de disposição final de resíduos ou rejeitos, as seguintes atividades: utilização dos rejeitos dispostos como alimentação; catação, observado o disposto no inciso V do art. 17; criação de animais domésticos; fixação de habitações temporárias ou permanentes; outras atividades vedadas pelo poder público (artigos 47 e 48).

Por fim, no aspecto social, uma correta e eficiente gestão dos RSU trazem inegáveis benefícios sociais, na medida em que pessoas de baixa renda e que vivem da reciclagem de resíduos, através de Cooperativas ou associações de catadores, podem ter acesso à geração de renda e cidadania. Um dos objetivos da PNRS é a integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, e um dos instrumentos é o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

O Decreto Federal 7.404/2010 dedicou o Título V – artigos 40 a 44 descrevendo a participação dos catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis, apontando que os sistemas de coleta seletiva de resíduos sólidos e a logística reversa deverão priorizar a participação de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores.

2 OS ENTES PÚBLICOS E SUAS OBRIGAÇÕES LEGAIS PARA O CUMPRIMENTO E SUCESSO NA IMPLANTAÇÃO DA PNRS

O sucesso na implantação da PNRS depende da participação e cumprimento de tarefas pela União, Estados-membros e Municípios. A legislação estabelece o papel de cada ente neste processo.

Cabe à *União* organizar e manter de forma conjunta o *Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos* (Sinir), articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa) e o Sistema Nacional de Informações sobre Meio Ambiente (Sinima). Estão envolvidos nesse processo o Ministério do Meio Ambiente, o Ministério das Cidades – que recebe os PMGIRS elaborados pelos Municípios e define os critérios e prioridades para distribuição de recursos; o Ministério da Saúde – como instituição que possui poderes normativos abarcando os aspectos sanitários relacionados ao manejo dos resíduos sólidos e, por fim, o Ministério da Educação – com incumbência de aplicar os instrumentos da PNRS relativos à educação ambiental. Também é sua obrigação a elaboração do *Plano Nacional de Resíduos Sólidos*, conforme conteúdo previsto no artigo 15, incisos I a XV da Lei 12.305/10, de modo a trazer um diagnóstico, a partir de dados secundários, da atual situação dos resíduos sólidos no país, identificando cenários, estabelecendo metas, diretrizes e estratégias para implantação da PNRS.

Já os *Estados-membros* devem promover a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesses comuns relacionados à gestão de resíduos sólidos nas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, através da obrigatoriedade de elaboração dos *Planos Estaduais de Resíduos Sólidos e dos Planos Regionais Metropolitanos ou*

⁶ Salvo exceção prevista no artigo 47, § 1º Quando decretada emergência sanitária, a queima de resíduos a céu aberto pode ser realizada, desde que autorizada e acompanhada pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e, quando couber, do Suasa.

microrregionais de resíduos sólidos, cujos conteúdos devem observar o disposto no artigo 17 da Lei 12.305/2010. Além do mais, compete aos Estados-membros controlar e fiscalizar as atividades dos geradores sujeitas a licenciamento ambiental pelo órgão estadual do Sisnama, como ainda apoiar e priorizar as iniciativas do Município de soluções consorciadas ou compartilhadas entre 2 (dois) ou mais Municípios.

Por fim, cabe aos *Municípios* efetivar a implantação da PNRS, na medida em que são titulares na *gestão dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos urbanos*, obrigação esta já anteriormente delineada pelo artigo 30, incisos I e V da CF, reforçada pelo artigo 10 da Lei Federal 12.305/2010. Os Municípios também são obrigados a elaborar o *Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos* com o conteúdo mínimo previsto no artigo 19. Por fim, como titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, é *responsável pela organização e prestação direta ou indireta desses serviços*, observados o respectivo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, a Lei nº 11.445, de 2007, e as disposições desta Lei e seu regulamento (artigo 16). Como se sabe, os resíduos são classificados pelo artigo 13, quanto à origem em: a) *resíduos domiciliares*: os originários de atividades domésticas em residências urbanas; b) *resíduos de limpeza urbana*: os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana, sendo que ambos compõem o que se denomina *resíduos sólidos urbanos* (RSU). Estes resíduos são de inteira responsabilidade do Município quanto a sua correta gestão e gerenciamento.

3 DA LOGÍSTICA REVERSA.

3.1 Conceito. Princípios. Produtos e embalagens sujeitos ao sistema.

Vantagens.

Dentre os vários instrumentos previstos no artigo 8º da Lei Federal 12.305/2010 para a implantação da PNRS temos a Logística Reversa conceituada como um “*instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado pelo conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada*”.⁷

Comentando sobre a Logística Reversa, Milaré (2013, p. 1176) destacou em sua obra que:

A logística reversa constitui uma das ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. O aludido instrumento tem como fundamento básico o princípio do poluidor-pagador, na medida em que exige a internalização dos custos provenientes da destinação e disposição final dos resíduos sólidos gerados por determinados produtos e embalagens.

O *princípio do poluidor-pagador*, reconhecido como um dos mais importantes na tutela do meio ambiente, postula que o causador da poluição arcará com seus custos, ou seja, responderá pelas despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição.

⁷ Lei 12.305/2010, art.3º, XII e Decreto 7.404/2010, art.13.

Comentando sobre o mencionado princípio, Lemos (2014, p. 59-60) destaca em sua obra que:

O princípio do poluidor-pagador visa eliminar do processo produtivo as chamadas externalidades negativas ambientais... estaremos diante de uma externalidade negativa toda vez que parte dos custos decorrentes da produção e do consumo de um bem forem direcionados para indivíduos alheios a esta cadeia de produção e consumo. No caso dos recursos ambientais, podemos afirmar que haverá uma externalidade negativa toda vez que um impacto ambiental gerado pela produção e pelo consumo não for suportado pelos agentes diretamente beneficiados pela atividade produtiva. Isso significa que os custos ambientais estarão sendo transferidos para a coletividade, tendo-se em vista que os bens ambientais são bem de uso comum do povo.

Outro princípio em harmonia com o tema Logística Reversa é o da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos definido como “conjunto de atribuições, individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei”.⁸

O tema não é novidade em nossa legislação. Tal sistema já foi previsto e implantado para os agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, na forma da Lei 7.802, de 11 de julho de 1989, e no Decreto no 4.074, de 4 de janeiro de 2002.

No ano de 2001 foi criado o INPEV – Instituto Nacional de Processamento de Embalagens Vazias, uma entidade sem fins lucrativos criada pela indústria fabricante de defensivos agrícolas para realizar a gestão pós-consumo das embalagens vazias de seus produtos, congregando um rol de mais de 100 empresas e nove entidades representativas da indústria, dos canais de distribuição e dos agricultores, sendo que em 2002 foi implantado o programa “Campo Limpo”. Segundo dados divulgados pela ABRELPE sobre o “Panorama dos resíduos sólidos em 2014 no Brasil”, o país tem destinação correta superior a países como a Alemanha (76%), Canadá (73%); França (66%); Japão (50%) e EUA (33%).

Atualmente, cerca de 94% das embalagens plásticas primárias, que entram em contato direto com o produto, e cerca de 80% do total de embalagens vazias de defensivos agrícolas que são comercializadas, têm destino adequado. Em 2014, foram destinadas de forma ambientalmente correta 42.645 toneladas de embalagens vazias de defensivos agrícolas em todo o país. Comparado a 2013, a logística do material alcançou um crescimento de 6%. Esses índices transformaram o Brasil em líder e referência mundial no assunto....

Com relação a pilhas, baterias e pneus, a logística reversa também foi implantada anteriormente a Lei de PNRS através das Resoluções CONAMA 257/1999 e 258/1999 atualmente revogadas pelas Resoluções CONAMA 401/2008 e 416/2009.

Com o advento da Lei Federal 12.305/2010, o legislador ratificou a obrigatoriedade da Logística Reversa em relação aos produtos acima indicados e ampliou para outros, apontando no artigo 33 os seguintes produtos e embalagens sujeitos ao sistema: 1 - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; 2 - pilhas e baterias; 3 - pneus; 4 - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens.

⁸ Lei 12.305/2010, art. 3º, XVII.

gens; 5 - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; 6 - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.⁹

O rol dos produtos e embalagens é meramente exemplificativo, já que os sistemas de Logística Reversa poderão ser estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, a viabilidade técnica e econômica da Logística Reversa, bem como o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.¹⁰ Neste caso, a definição dos produtos e embalagens deverá considerar a viabilidade técnica e econômica da Logística Reversa, a ser definido pelo Comitê Orientador, órgão criado pelo Decreto Federal 7.404/2010 para a implementação de sistemas de Logística Reversa.¹¹

Um exemplo de sucesso na implantação da Logística Reversa no Brasil é a reciclagem de alumínio. Conforme dados divulgados pela Associação Brasileira do Alumínio, o Brasil lidera o *ranking* mundial de índice de reciclagem de latas de alumínio desde 2001 e, no ano de 2014, movimentou cerca de R\$ 1,7 bilhão e gerou emprego e renda para quase 170 mil pessoas, comprovando essa atividade de reciclagem de latas sua importância socioeconômica.

A reciclagem do alumínio traz benefícios sociais, econômicos e ao meio ambiente, conforme destacado pela Associação Brasileira de Alumínio:

Além dos benefícios sociais e econômicos, a reciclagem de latas de alumínio também favorece o meio ambiente. O processo de reciclagem de latinhas libera somente 5% das emissões de gás de efeito estufa quando comparado com a produção de alumínio primário. Ao substituir um volume equivalente de alumínio primário, a reciclagem de 139,1 mil toneladas de latinhas proporcionou uma economia de 1.976 GWh/ano de energia elétrica ao País, o suficiente para abastecer, por um ano inteiro, uma cidade com mais de um milhão de habitantes, como Campinas (SP). Além disso, poupou 700 mil toneladas de bauxita (minério do qual se obtém o alumínio), que seriam extraídas das reservas naturais brasileiras.¹²

Reforçando as informações dos dados divulgados pela ABRELPE (2015, p. 106), “O Brasil vem mantendo a liderança mundial nesse segmento específico, tendo atingido, em 2012, o índice de 97,9%, que corresponde a 260 mil toneladas recicladas”.

3.2 Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, ou também conhecida como responsabilidade pós-consumo, está disciplinada nos artigos 30 a 36 da Lei Federal 12.305/2010 e é definida como o “conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume dos resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos”.¹³

Dentre os objetivos da responsabilidade pós-consumo podemos destacar, dentre outros: a) o aproveitamento dos resíduos sólidos na cadeia produtiva; b) redução da geração de resíduos e do desperdício de materiais, da poluição e dos danos ambientais; c) o estímulo ao de-

⁹ Lei 12.305/2010, art. 33 “caput”, incisos I a VI.

¹⁰ Lei 12.305/2010, art. 33, §§1º e 2º.

¹¹ Decreto 7.404/2010, art.17, parágrafo único e art. 33.

¹² <http://www.abal.org.br/noticias/lista-noticia/integra-noticia/?id=359>. Acesso em: 03 jul. 2015.

¹³ Lei 12.305/2010, art.3º, XVII.

envolvimento de mercado, da produção e do consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis.¹⁴

Aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes a PNRS imputou responsabilidades que abrangem: a) investimentos no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada; b) divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos associados a seus respectivos produtos; c) compromisso de, quando firmados acordos setoriais e termos de compromissos com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não inclusos no sistema de logística reversa; d) recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objetos de sistema de logística reversa na forma do artigo 33, ou seja, estruturação e implantação da Logística Reversa.¹⁵

Comentando sobre o tema, Lemos (2014, p. 108) em sua obra enfatizou que:

Não há dúvida que, mesmo no caso de materiais não reutilizáveis ou não recicláveis, persiste a responsabilidade da cadeia produtiva dos produtos sujeitos à logística reversa. Tanto é assim que os rejeitos devem ser encaminhados pelos fabricantes e importadores para a disposição final ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos.

Ainda, todo aquele que manufatura embalagens ou fornece materiais para a fabricação de embalagens, ou coloca em circulação embalagens, materiais para fabricação de embalagens ou produtos embalados, em qualquer fase da cadeia de comércio, são também responsáveis pela fabricação de embalagens com materiais que propiciem a reutilização ou a reciclagem, cabendo aos responsáveis assegurar que as embalagens sejam: a) restritas em volume e peso às dimensões requeridas à proteção do conteúdo e à comercialização do produto; b) projetadas de forma a serem reutilizadas de maneira tecnicamente viável e compatível com as exigências aplicáveis ao produto que contém e, c) recicladas, se a reutilização não for possível.¹⁶

Ao comentar sobre estas obrigações previstas para o setor empresarial, Lemos (2014, p. 108) consignou em sua obra que:

No caso dos resíduos sujeitos à logística reversa no âmbito da legislação brasileira, há diversas obrigações para a cadeia produtiva (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes) como a divulgação de informações relativas a como evitar, reciclar e eliminar resíduos associados aos seus produtos, bem como o recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso e, ainda, a obrigação de dar destinação final ambientalmente adequada. Neste caso, a cadeia produtiva apontada fica obrigada a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, de forma que o retorno dos produtos pós-consumo se dê de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos.

Na responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, não podemos nos esquecer das obrigações expressas aos consumidores, que deverão efetuar a devolução dos produtos ou embalagens aos comerciantes ou distribuidores.¹⁷ Estes, por sua vez, deverão efetuar a devolução aos fabricantes e importadores dos produtos reunidos ou devolvidos. Finalizando, os fabricantes e os importadores darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para disposição final

¹⁴ Lei 12.305/2010, art.30, parágrafo único, incisos I a VII.

¹⁵ Lei 12.305/2010, art.31.

¹⁶ Lei 12.305/2010, art.32.

¹⁷ Lei 12.305/2010, art.28 e 33, § 4º.

ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos.¹⁸

Com relação ao titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos, não cabe assumir qualquer responsabilidade pela logística reversa. Poderá, entretanto, fazê-lo mediante acordo setorial ou termo de compromisso firmado com o setor empresarial, encarregando-se do recolhimento dos produtos e das embalagens após o uso. Para tanto, as ações do poder público serão devidamente remuneradas, na forma previamente acordada pelas partes.¹⁹

3.3 O Comitê Orientador

Para a implementação de sistemas de Logística Reversa, a legislação federal criou o Comitê Orientador, composto pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, Ministro de Estado da Saúde, Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Ministro de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e pelo Ministro de Estado da Fazenda.²⁰

É presidido pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente e o Ministério do Meio Ambiente exerce a função de secretaria-executiva, incumbida de expedir os atos decorrentes das decisões do colegiado. O Comitê Orientador será assessorado por grupo técnico, composto por representantes do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério da Saúde, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, do Ministério da Fazenda e do Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Este grupo técnico poderá ser composto por representantes de outros Ministérios, de órgãos e entidades da administração pública federal; dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e de entidades representativas de setores da sociedade civil diretamente impactados pela logística reversa, sempre que forem abordados temas referentes às suas respectivas competências ou áreas de atuação.²¹

As decisões do Comitê Orientador serão tomadas por maioria simples de votos, presente a maioria absoluta dos membros. Seu regimento interno deve conter, no mínimo: 1 - o procedimento para divulgação da pauta das reuniões; 2 - os critérios para participação dos órgãos e entidades no grupo técnico; 3 - as regras para o funcionamento do grupo técnico de assessoramento e do colegiado; e 4 - os critérios de decisão no caso de empate nas deliberações colegiadas.²²

Compete ao Comitê Orientado, dentre as várias atribuições previstas²³, estabelecer a orientação estratégica da implementação de sistemas de Logística Reversa instituídos nos termos da Lei nº 12.305, de 2010, e do Decreto Federal 7.404/2010.

¹⁸ Lei 12.305/2010, art.33, §§ 5º e 6º.

¹⁹ Lei 12.305/2010, art.33, § 7º.

²⁰ Decreto 7.404/2010, art.33

²¹ Decreto 7.404/2010, art.33, §§ 1º, 2º, 3º e 4º.

²² Decreto 7.404/2010, art.33, §§ 6º e 7º.

²³ Decreto 7.404/2010, art.34.

3.4 Instrumentos para a implantação e operacionalização da logística reversa.

Para a implantação da logística reversa, a PNRS previu os seguintes instrumentos: 1) acordos setoriais; 2) regulamentos expedidos pelo Poder Público; 3) termos de compromisso.²⁴

O acordo setorial é indicado como um dos instrumentos da PNRS²⁵ e definido como *“ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto”*.²⁶

O procedimento para implantação da Logística Reversa por meio de acordos setoriais poderá ser iniciado pelo Poder Público ou pelos fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes.²⁷

Quando iniciados pelo Poder Público, os acordos setoriais serão precedidos de editais de chamamento.²⁸ No caso dos procedimentos de iniciativa da União, a publicação de editais de chamamento pelo Ministério do Meio Ambiente poderão indicar: 1 - os produtos e embalagens que serão objeto da Logística Reversa, bem como as etapas do ciclo de vida dos produtos e embalagens que estarão inseridas na referida logística; 2 - o chamamento dos interessados, conforme as especificidades dos produtos e embalagens referidos no item 1; 3 - o prazo para que o setor empresarial apresente proposta de acordo setorial, observados os requisitos mínimos estabelecidos no Decreto 7.404/2010 e no edital; 4 - as diretrizes metodológicas para avaliação dos impactos sociais e econômicos da implantação da Logística Reversa; 5 - a abrangência territorial do acordo setorial; e 5 - outros requisitos que devam ser atendidos pela proposta de acordo setorial, conforme as especificidades dos produtos ou embalagens objeto da logística reversa.²⁹

A publicação do edital de chamamento será precedida da aprovação pelo Comitê Orientador, da avaliação da viabilidade técnica e econômica da implantação da logística reversa, promovida pelo grupo técnico previsto no § 3º do art. 33, cujas diretrizes metodológicas para tal avaliação serão estabelecidas pelo Comitê Orientador.³⁰

Quando iniciados pelos fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes serão precedidos da apresentação de proposta formal pelos interessados ao Ministério de Meio Ambiente³¹, contendo os seguintes requisitos: 1 - indicação dos produtos e embalagens objeto do acordo setorial; 2 - descrição das etapas do ciclo de vida em que o sistema de logística reversa se insere, observado o disposto no inciso IV do art. 3º da Lei nº 12.305, de 2010; 3 - descrição da forma de operacionalização da logística reversa; 4 - possibilidade de contratação de entidades, cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis para execução das ações propostas no sistema a ser implantado; 5 - participação de órgãos públicos nas ações propostas, quando estes se encarregarem de alguma etapa da logística a ser implantada; 6 - definição das formas de participação do consumidor; 7 - mecanismos para a divulgação de informações relativas aos métodos existentes para evitar, reciclar e elimi-

²⁴ Lei 12.305/2010, art.33, § 3º, I, II e III e Decreto 7.404/2010, art.15.

²⁵ Lei 12.305/2010, art.8º, XVI.

²⁶ Lei 12.305/2010, art. 3º, I.

²⁷ Decreto 7.404/2010, art.20 “caput”.

²⁸ Decreto 7.404/2010, art. 20, § 1º.

²⁹ Decreto 7.404/2010, art.21, incisos I a V.

³⁰ Decreto 7.404/2010, art. 21, §§ 1º e 2º.

³¹ Decreto 7.404/2010, art. 20, § 2º.

nar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos e embalagens; 8 - metas a serem alcançadas no âmbito do sistema de logística reversa a ser implantado, fixadas com base em critérios quantitativos, qualitativos ou regionais; 9 - cronograma para a implantação da logística reversa, contendo a previsão de evolução até o cumprimento da meta final estabelecida; 10 - informações sobre a possibilidade ou a viabilidade de aproveitamento dos resíduos gerados, alertando para os riscos decorrentes do seu manuseio; 11 - identificação dos resíduos perigosos presentes nas várias ações propostas e os cuidados e procedimentos previstos para minimizar ou eliminar seus riscos e impactos à saúde humana e ao meio ambiente; 12 - avaliação dos impactos sociais e econômicos da implantação da logística reversa; 13 - descrições do conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos participantes do sistema de logística reversa no processo de recolhimento, armazenamento, transporte dos resíduos e embalagens vazias, com vistas à reutilização, reciclagem ou disposição final ambientalmente adequada, contendo o fluxo reverso de resíduos, a discriminação das várias etapas da logística reversa e a destinação dos resíduos gerados, das embalagens usadas ou pós-consumo e, quando for o caso, das sobras do produto, devendo incluir: a) recomendações técnicas a serem observadas em cada etapa da logística, inclusive pelos consumidores e recicladores; b) formas de coleta ou de entrega adotadas, identificando os responsáveis e respectivas responsabilidades; c) ações necessárias e critérios para a implantação, operação e atribuição de responsabilidades pelos pontos de coleta; d) operações de transporte entre os empreendimentos ou atividades participantes, identificando as responsabilidades; e e) procedimentos e responsáveis pelas ações de reutilização, de reciclagem e de tratamento, inclusive triagem dos resíduos, bem como pela disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; e 14 - cláusulas prevendo as penalidades aplicáveis no caso de descumprimento das obrigações previstas no acordo.³²

As propostas apresentadas, além dos requisitos acima elencados, deverão estar acompanhadas dos seguintes documentos: 1 - atos constitutivos das entidades participantes e relação dos associados de cada entidade, se for o caso; 2 - documentos comprobatórios da qualificação dos representantes e signatários da proposta, bem como cópia dos respectivos mandatos; e 3 - cópia de estudos, dados e demais informações que embasem a proposta.³³

As propostas apresentadas, na forma definida pelo Comitê Orientador, serão submetidas à consulta pública³⁴ e o Ministério do Meio Ambiente deverá, por ocasião da realização da consulta pública: 1 - receber e analisar as contribuições e documentos apresentados pelos órgãos e entidades públicas e privadas; e 2 - sistematizar as contribuições recebidas, assegurando-lhes a máxima publicidade.³⁵

Após, o Ministério do Meio Ambiente fará a avaliação das propostas de acordo setorial apresentadas consoante os seguintes critérios mínimos: 1 - adequação da proposta à legislação e às normas aplicáveis; 2 - atendimento ao edital de chamamento, no caso dos processos iniciados pelo Poder Público, e apresentação dos documentos que devem acompanhar a proposta, em qualquer caso; 3 - contribuição da proposta e das metas apresentadas para a melhoria da gestão integrada e do gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos e para a redução dos impactos à saúde humana e ao meio ambiente; 4 - observância do disposto no art. 9º da Lei nº 12.305, de 2010, quanto à ordem de prioridade da aplicação da gestão e gerenciamento de resíduos sólidos propostos; 5 - representatividade das entidades signatárias em relação à participação de seus membros no mercado dos produtos e embalagens envolvidos; e 6 - contribuição das ações propostas para a inclusão social e geração de emprego e renda dos integrantes de

³² Decreto 7.404/2010, art.23.

³³ Decreto 7.404/2010, art.25.

³⁴ Decreto 7.404/2010, artigo 26.

³⁵ Decreto 7.404/2010, art.27.

cooperativas e associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis constituídas por pessoas físicas de baixa renda.³⁶

Concluída a avaliação, o Ministério do Meio Ambiente enviará a proposta ao Comitê Orientador, que poderá: 1 - aceitar a proposta, hipótese em que convidará os representantes do setor empresarial para assinatura do acordo setorial; 2 - solicitar aos representantes do setor empresarial a complementação da proposta de estabelecimento de acordo setorial; ou 3 - determinar o arquivamento do processo, quando não houver consenso na negociação do acordo.³⁷

Uma vez finalizado o acordo setorial contendo a Logística Reversa pactuada, será o mesmo subscrito pelos representantes do setor empresarial e pelo Presidente do Comitê Orientador, devendo ser publicado no Diário Oficial da União.³⁸

Além da participação na elaboração dos acordos setoriais de representantes do Poder Público, dos fabricantes, importadores, comerciantes e distribuidores dos produtos e embalagens referidos no art. 33 da Lei nº 12.305, de 2010, poderão também participar representantes: 1) das cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis; 2) das indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos; 3) das entidades de representação dos consumidores, entre outros.³⁹

Outro instrumento previsto para implantação e operacionalização da Logística Reversa é o Regulamento, veiculado por decreto editado pelo Poder Executivo.

Porém, antes da edição do regulamento, o Comitê Orientador deverá avaliar a viabilidade técnica e econômica da logística reversa na forma já explicitada acima, bem como os sistemas de Logística Reversa estabelecidos diretamente pelo decreto deverão ser precedidos de consulta pública, cujo procedimento será estabelecido pelo Comitê Orientador.⁴⁰

Por fim, o outro instrumento da PNRS⁴¹ é o termo de compromisso, que também se trata de um instrumento celebrado entre o Poder Público e os fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, visando o estabelecimento de sistema de Logística Reversa.

Entretanto, este instrumento está previsto para ser utilizado: 1 - nas hipóteses em que não houver, em uma mesma área de abrangência, acordo setorial ou regulamento específico; 2 - para a fixação de compromissos e metas mais exigentes que o previsto em acordo setorial ou regulamento.⁴²

Os termos de compromisso terão eficácia a partir de sua homologação pelo órgão ambiental competente do SISNAMA, conforme sua abrangência territorial.⁴³

3.5 Disposições comuns aos instrumentos do sistema e abrangência.

A PNRS estabelece algumas disposições comuns aos instrumentos acima indicados. A primeira delas é que a lei “estabelece um limite na responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, ou seja, eles ficam responsáveis no limite da proporção

³⁶ Decreto 7.404/2010, art.28.

³⁷ Decreto 7.404/2010, art.29.

³⁸ Decreto 7.404/2010, art.29, parágrafo único.

³⁹ Decreto 7.404/2010, art.20, § 3º.

⁴⁰ Decreto 7.404/2010, art.30 e 31.

⁴¹ Lei 12.305/2010, art.8º, XVIII.

⁴² Decreto 7.404/2010, art.32, incisos I e II.

⁴³ Decreto 7.404/2010, art.32, parágrafo único.

dos produtos que colocarem no mercado interno, conforme metas progressivas, intermediárias e finais, estabelecidas no instrumento que determinar a implementação da logística reversa”.⁴⁴

A segunda é que os acordos setoriais, assim como os regulamentos e os termos de compromisso que disciplinam a Logística Reversa no âmbito federal, deverão ser avaliados pelo Comitê Orientador em até cinco anos contados da sua entrada em vigor para fins de verificação da necessidade de suas revisões.⁴⁵

Em relação aos acordos setoriais ou termos de compromissos que disciplinam os produtos e embalagens previstas no art. 33 e dos produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, podem ter abrangência nacional, estadual ou municipal. Os que forem firmados no âmbito nacional têm prevalência sobre os firmados em âmbito regional ou estadual, e estes sobre os firmados em âmbito municipal. Na aplicação das regras concorrentes, os acordos firmados com menor abrangência geográfica podem ampliar, mas não abrandar, as medidas de proteção ambiental constantes nos acordos setoriais e termos de compromissos firmados com maior abrangência geográfica.⁴⁶

Os sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens previstos no art. 33, incisos I a IV, da Lei nº 12.305, de 2010, cujas medidas de proteção ambiental podem ser ampliadas, mas não abrandadas, deverão observar as exigências específicas previstas em: I - lei ou regulamento; II - normas estabelecidas pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária - SNVS, do Sistema Único de Atenção à Sanidade Agropecuária - SUASA e em outras normas aplicáveis; ou III - acordos setoriais e termos de compromisso.⁴⁷

3.6 Procedimentos para operacionalização do sistema da logística reversa.

A cadeia produtiva tem a liberdade de operacionalizar o sistema de logística reversa, utilizando-se dos seguintes procedimentos: 1) implantação de procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas; 2) disponibilização de postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis; 3) atuação em parceria com cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis.

Trata-se, pois, de um rol exemplificativo, porém, qualquer outro procedimento proposto deve respeitar os princípios da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como se pode concluir, a legislação criou os mecanismos necessários à operacionalização da Logística Reversa e conforme ressaltou Milaré (2013, p. 1180) em sua obra,

Os sistemas de logística reversa estão na pauta do dia dos órgãos ambientais do País e tem mobilizado sensivelmente o Poder Legislativo dos Estados e Municípios para sua efetiva regulamentação e implementação, tendo em vista a complexidade do assunto no aspecto material e a sua repercussão no aspecto operacional, tanto para o setor público, como para o setor empresarial e os consumidores, que terão de se acostumar a devolver os produtos e embalagens quando estes se tornem inservíveis.

⁴⁴ Decreto 7.404/2010, art.18, § 2º.

⁴⁵ Decreto 7.404/2010, art.15, § 2º.

⁴⁶ Lei 12.305/2010, art.34.

⁴⁷ Decreto 7.404/2010, art.16.

3.7 Os acordos setoriais e os termos de compromissos firmados com o setor empresarial.

O Governo Federal instalou, no dia 17 de fevereiro de 2011, o Comitê Orientador para acompanhamento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, baixando também a Portaria nº113, de 8 de abril de 2011, aprovando o seu Regimento Interno.⁴⁸ Sobre sua composição e atribuições já explicamos no item 4.3 acima.

Com a finalidade de apoiar a estruturação e implementação da PNRS, por meio da articulação dos órgãos e entidades governamentais, de modo a possibilitar o cumprimento das determinações e metas previstas na referida lei, o Comitê Interministerial também criou cinco Grupos Técnicos Temáticos que passaram a discutir Logística Reversa para cinco cadeias prioritárias: descarte de medicamentos; embalagens em geral; embalagens de óleos lubrificantes e seus resíduos; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista, e eletroeletrônicos, sendo finalizados os trabalhos de duas cadeias prioritárias, através das assinaturas de três acordos setoriais.

O primeiro deles, entre a União, o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes – SINDICOM e outras cinco entidades representativas do setor para a implantação do Sistema de Logística Reversa de Embalagens Plásticas de Óleo Lubrificante foi assinado no dia 19/12/2013 e teve seu extrato publicado no D.O. U de 07/02/2013.⁴⁹

O segundo acordo setorial entre a União, a Associação Brasileira de Importadores de Produtos de Iluminação – ABILUMI e outras duas entidades representativas do setor para implantação do Sistema de Logística Reversa de Lâmpadas Fluorescentes de Vapor de Sódio e Mercúrio e de Luz Mista foi assinado no dia 27/11/2014 e teve seu extrato publicado no D.O. U de 12/03/2015.⁵⁰

O terceiro acordo setorial assinado pela União e mais 20 entidades ligadas ao setor da indústria de embalagens em geral é o relativo à implantação da Logística Reversa de Embalagens que foi assinado em 25/11/2015 e publicado no D.O. U de 27/11/2015⁵¹. O setor de embalagens representa um dos maiores geradores, em volume, de resíduos que são dispostos de forma inadequada no país.

Há também outros dois setores envolvendo medicamentos e produtos eletrônicos e seus componentes que se encontram em discussão quanto à lavratura dos respectivos acordos setoriais, sendo que ambos aguardam audiências públicas a serem realizadas, segundo dados divulgados pelo Ministério do Meio Ambiente.⁵²

No Estado de São Paulo, através da Lei Estadual nº 12.300, de 16 de março de 2006, Decreto Estadual nº 54.645, de 5 de agosto de 2009 e antiga Resolução SMA 38/2011, o assunto envolvendo Logística Reversa encontra-se muito mais adiantado.

⁴⁸ http://www.sinir.gov.br/documents/10180/15240/PORTARIA_113/. Acesso em: 03 jul2015.

⁴⁹ <http://www.sinir.gov.br/web/guest/acordo-setorial-para-implantacao-de-sistema-de-logistica-reversa-de-embalagens-plasticas-de-oleo-lubrificante>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁵⁰ <http://www.sinir.gov.br/web/guest/acordo-setorial-de-lampadas-fluorescentes-de-vapor-de-sodio-e-mercúrio-e-de-luz-mista>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁵¹ http://www.sinir.gov.br/documents/10180/93155/Acordo_embalagens.pdf/58e2cc53-3e38-420a-97fd-dba2ccae4cd3, acesso em 27/07/2017.

⁵² <http://sinir.gov.br/web/guest/logistica-reversa>, acesso em 27.jul.2017.

Para o cumprimento das determinações da Política Estadual de Resíduos Sólidos, a Secretaria do Meio Ambiente e a CETESB, baseadas na edição da promulgação da Resolução SMA nº 38/2011⁵³ iniciaram diálogo com o setor empresarial com atuação no Estado de São Paulo. As propostas recebidas no prazo concedido pela Resolução foram analisadas considerando o conteúdo mínimo exigido e a inclusão de um maior número de proponentes, selecionando em cada caso ao menos uma proposta por produto para estabelecimento de Termos de Compromisso. Outras duas Resoluções foram editadas com determinações semelhantes, incluindo na relação inicial as operadoras de telefonia celular (Resolução SMA nº 11/2012) e os medicamentos domiciliares, vencidos ou em desuso (Resolução SMA nº 115/2013).

Mais recentemente e considerando a experiência adquirida com o acompanhamento dos sistemas de Logística Reversa reconhecidos nos Termos de Compromisso, foi editada a Resolução SMA nº 45/2015⁵⁴, que revogou as anteriores e definiu novas diretrizes para implementação e operacionalização da Logística Reversa no Estado de São Paulo – incluindo sua consideração na emissão e renovação das licenças de operação, segundo regras a serem oportunamente divulgadas pela CETESB.⁵⁵

Constam divulgados pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente onze termos de compromissos firmados com o setor empresarial para os seguintes produtos: a) Aparelhos de Telefonia Móvel Celular e seus respectivos Acessórios; b) Baterias Automotivas inservíveis de Chumbo-ácido; c) Embalagens de Agrotóxicos; d) Embalagens de Produtos de Higiene Pessoal, Perfumaria, Cosméticos, de Limpeza e Afins; e) Embalagens plásticas de óleos lubrificantes; f) Embalagens vazias de saneantes e desinfetantes e desinfetantes de uso profissional; g) filtros usados de óleos lubrificantes automotivos; h) Óleo Comestível (associação); i) pilhas e baterias; j) pneus inservíveis.⁵⁶

Podemos observar dos acordos setoriais e termos de compromissos já firmados que os sistemas de Logística Reversa deverão ser, preferencialmente, implementados por meio de entidade representativa do setor, contemplando conjuntos de empresas, ou por pessoa jurídica criada com o objetivo de gerenciar o respectivo sistema, facilitando muito o diálogo e, posteriormente, a cobrança das cláusulas acordadas em caso de descumprimento de obrigações e metas.

3.8 A situação dos não signatários de acordos setoriais e termos de compromissos. O Decreto Federal nº 9.177/2017.

E, como fica a situação das empresas dos setores, cujos produtos ou embalagens de produtos encontram-se relacionados na legislação pertinente e que não sejam signatárias ou aderentes a um acordo ou termos de compromisso?

Ora, continuam obrigadas a implantar e operacionalizar seus próprios sistemas de Logística Reversa em atendimento à legislação, conforme as disposições da Lei 12.305/2010 e

⁵³ A Resolução SMA 38/2011 estabeleceu a relação inicial dos produtos que, após o consumo, resultariam em resíduos de significativo impacto ambiental.

⁵⁴ <http://www.ambiente.sp.gov.br/legislacao/files/2015/06/Resolu%C3%A7%C3%A3o-SMA-045-2015-Processo-9908-2011-Define-as-diretrizes-para-implementa%C3%A7%C3%A3o-e-operacionaliza%C3%A7%C3%A3o-da-responsabilidade-p%C3%B3s-consumo-22-6-2015.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2015.

⁵⁵ Resolução SMA 45/2015.

⁵⁶ <http://residuossolidos.cetesb.sp.gov.br/residuos-solidos/responsabilidade-pos-consumo/termos-de-compromisso/>. Acesso em: 27 jul. 2017.

Decreto Federal 7.404/2010, ficando, igualmente sujeitas as sanções previstas em lei e que serão tratadas em tópico a seguir.

Para que esta regra ficasse bem clara, dando um importante passo neste assunto, a União recentemente editou o Decreto Federal 9.177/2017 que regulamentou o art. 33 da Lei nº 12.305/2010 e complementou os arts. 16 e 17 do Decreto Federal nº 7.404/2010⁵⁷, estabelecendo normas para os não signatários dos acordos setoriais já firmados com a União, visando assegurar a isonomia na fiscalização e no cumprimento das obrigações imputadas aos fabricantes, aos importadores, aos distribuidores e aos comerciantes de produtos, seus resíduos e suas embalagens sujeitos à logística reversa.

Trata-se, pois, de um importante instrumento legal para a implantação da Logística Reversa no País, inclusive, trazendo mais justiça a situação daqueles setores empresariais que atenderam aos chamados públicos e firmaram os acordos vigentes, pois o novel Decreto impõe aos não signatários as obrigações de estruturar e implementar a Logística Reversa, impondo também as mesmas obrigações assumidas pelos signatários dos acordos já firmados, referentes as etapas de operacionalização, aos prazos, às metas, aos controles e aos registros da operacionalização dos sistemas de logística reversa, aos planos de comunicação, às avaliações e aos monitoramentos dos sistemas, às penalidades e às obrigações específicas imputáveis aos fabricantes, aos importadores, aos distribuidores e aos comerciantes, sendo que eventuais termos aditivos firmados posteriormente pelos signatários, sujeitarão os não signatários as mesmas obrigações complementares eventualmente pactuadas.

O Decreto reafirma a regra de que a celebração de acordos setoriais ou termos de compromisso em âmbito estadual, distrital ou municipal não altera as obrigações dos fabricantes, dos importadores, dos distribuidores e dos comerciantes não signatários e serão compatíveis com as normas previstas em acordo setorial ou termo de compromisso firmado com a União, conforme o disposto no art. 34, § 1º, da Lei nº 12.305, de 2010, ressalvadas as hipóteses de aplicação do disposto no § 2º do art. 34 da referida Lei.

Quanto a aplicação de penalidades previstas na legislação ambiental e que serão tratadas a seguir, o Decreto também deixa claro que o descumprimento das obrigações previstas em acordo setorial ou termo de compromisso, inclusive daquelas decorrentes do disposto no art. 2º ou no art. 3º, aplicam-se aos signatários, aos aderentes e aos não signatários.

Quanto a fiscalização, a mesma caberá aos órgãos executores, seccionais e locais do Sistema Nacional do Meio Ambiente, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades públicos designados para este fim.

3.9 Penalidades.

Importante consignar que o art. 51 da Lei 12.305/2010 prevê que, sem prejuízo da obrigação de reparar os danos causados, independentemente da existência de culpa, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas, que importe a inobservância aos preceitos da Lei 12.305/2010 e Decreto 7.404/2010, sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na Lei Federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Na esfera administrativa podemos lançar mão dos artigos 61 e 62, inciso XII do Decreto Federal 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações administrativas ao meio

⁵⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9177.htm, acesso em 26 de mar.2018.

ambiente, bem como os artigos 21 e 22 do Decreto Estadual 54.645/09 que regulamenta dispositivos da Lei nº 12.300 de 2006, que institui a Política Estadual de Resíduos Sólidos no Estado de São Paulo. O procedimento para aplicação de tais penalidades no Estado de São Paulo é o Regulamento da Lei 997, de 31 de maio de 1976, aprovado pelo Decreto nº 8.468, de 8 de setembro de 1976.

No mais, a atual Resolução SMA 45/2015 estabelece, no artigo 6º, que “A observância ao disposto nesta Resolução é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para os efeitos da Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998”. Como tal, a inobservância dos regramentos da responsabilidade pós-consumo pode caracterizar crime na medida em que previsto no art. 68 da Lei 9.605/1998 que “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa”.

Arremata o artigo 7º da Resolução SMA que “O não cumprimento a esta Resolução ensejará a aplicação das penalidades previstas na legislação ambiental, em especial as da Lei Estadual nº 9.509, de 20 de março de 1997; da Lei Estadual nº 12.300, de 16 de março de 2006; do Decreto Estadual nº 54.645, de 05 de agosto de 2009, e do Decreto Federal nº 6.514, de 22 de julho de 2008, alterado pelo Decreto Federal nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010”.

Por fim, com a edição do Decreto 9.177/2017 também se deixou clara a possibilidade de aplicação de todas as penalidades administrativas e penais aos signatários, aos aderentes e aos não signatários dos acordos setoriais ou termos de compromissos já firmados e vigentes.

3.10A Logística Reversa e os Municípios.

Situação que tem despertado bastante interesse e debate em torno da Logística Reversa é a situação dos Municípios frente à implantação e operacionalização deste instrumento. Como os Municípios podem participar deste processo?

A PNRS estabelece como uma de suas diretrizes que incumbe aos Municípios e Distrito Federal a gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais do Sisnama, do SNVS e do Suasa, bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos sólidos, consoante artigos 20 a 24 da Lei 12.305/2010.⁵⁸

Ao tratar das responsabilidades dos geradores e do poder público, a PNRS enfatizou que o titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos é responsável pela organização e prestação direta ou indireta desses serviços, observados o respectivo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, a lei n. 11.445, de 2007, e as disposições da Lei 12.305/2010 e Decreto Federal 7.404/2010.⁵⁹

Devemos lembrar que, de acordo com a classificação de resíduos sólidos quanto à origem, os resíduos sólidos urbanos são os domiciliares, originários de atividades domésticas em residências urbanas; e os resíduos de limpeza urbana, originários da varrição, limpeza de lo-

⁵⁸ Lei 12.305/2010, art. 10.

⁵⁹ Lei 12.305/2010, art. 26.

gradouros e vias públicas; ou outros serviços de limpeza urbana, como feiras livres, por exemplo.⁶⁰

Por outro lado, conforme já enfatizado neste artigo, a PNRS estabelece a obrigação dos Municípios de elaborar seus planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos, com conteúdo mínimo previsto no artigo 19 da Lei Federal 12.305/2010, sendo que, dentre eles deverá constar do plano a “*descrição das formas e dos limites da participação do poder público local na coleta seletiva e na logística reversa, respeitando o disposto no art. 33 e de outras ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto*”.⁶¹

Assim, muito embora seja de responsabilidade dos Municípios e DF a gestão integrada dos resíduos sólidos urbanos e seja também sua obrigação elaborar o PMGRIR, contendo a descrição das formas e dos limites de participação dos Municípios na Logística Reversa, a PNRS, através dos art. 33 e do art.36, inciso IV é clara em *excluir qualquer responsabilidade do titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos na implantação e operacionalização da Logística Reversa*. Aliás, consignou como única exceção que o titular do serviço público de limpeza somente poderá encarregar-se das atividades de responsabilidade do setor empresarial nos sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens, por acordo setorial ou termo de compromisso firmado com o setor empresarial, sendo que tais ações serão devidamente remuneradas, na forma previamente acordada entre as partes.⁶²

Podemos, portanto, concluir que, sem acordo setorial ou termo de compromisso que preveja remuneração pela prestação de serviços de logística reversa, os Municípios e DF estão proibidos de assumir qualquer responsabilidade pela gestão dos resíduos sólidos provenientes do descarte dos produtos e embalagens listados no artigo 33 da Lei 12.305/2010, salvo a exceção mencionada na lei, quando eles forem devidamente remunerados. Por óbvio, a gestão destes resíduos tem custos que vão onerar os cofres públicos, sendo que a PNRS é clara em mandar esta conta para o setor empresarial, em consonância com os princípios do poluidor-pagador e responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos, podendo até os gestores incorrerem na prática de improbidade administrativa prevista no artigo 11, inciso I, da Lei 8.429/1992, ao praticarem ato visando fim proibido em lei, ou regulamento, ou diverso daquele previsto na regra de competência.

Por outro lado, ao analisarmos o artigo 31, inciso IV da Lei 12.305/2010⁶³ e os artigos 13 a 34 do Decreto Federal 7.404/2010, Cap. III – Da Logística Reversa, vamos perceber que os Municípios não só podem como devem participar do processo de implantação da Logística Reversa, como gestores e corresponsáveis pela defesa do meio ambiente.

O que temos percebido, entretanto, na prática é que os Municípios estão assistindo passivos a União e os Estados-membros articularem com o setor empresarial acordos setoriais e termos de compromissos, muitas vezes tímidos, que invariavelmente oneram os Municípios, impondo-lhes encargos de responsabilidade do setor empresarial, sem sequer serem convidados para o diálogo.

⁶⁰ Lei 12.305/2010, art. 13, I, alíneas “a”, “b” e “c”.

⁶¹ Lei 12.305/2010, artigo 19, XV.

⁶² Lei 12.305/2010, artigo 33, § 7º.

⁶³ Art.31, inciso IV – compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não incluídos no sistema de logística reversa.

Como exemplo no âmbito federal, citamos a celeuma em torno da discussão da proposta de acordo setorial de embalagens em geral⁶⁴ entre a União, a Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados e outras dezenove entidades representativas do setor de embalagens em geral. A proposta de acordo setorial motivou a Confederação Nacional dos Municípios a protocolar junto ao Ministério do Meio Ambiente, através do Ofício n. 2720/14, de 14/10/2014, manifestação contendo críticas ao sistema proposto, com destaque para o fato de o acordo afetar diretamente os Municípios, conforme as razões mencionadas no documento citado.⁶⁵

Outro exemplo, no âmbito estadual, é o termo de compromisso envolvendo a Logística Reversa de embalagens de higiene pessoal, perfumaria, cosméticos, produtos de limpeza e afins e produtos alimentícios firmado pela Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB, Associação Brasileira da Indústria de Higiene Pessoal, Perfumaria – Cosméticos – ABIHPEC, Associação Brasileira de Produtos de Limpeza e Afins - ABIPLA e Associação Brasileira das Indústrias de Biscoito, Massas Alimentícias e Pães & Bolos Industrializados - ABIMAPI para a implantação do Programa “Dê a mão para o futuro”.⁶⁶

A descrição do sistema envolve as seguintes etapas: a) o consumidor deve separar as embalagens e entregá-las na coleta seletiva municipal; b) as embalagens coletadas devem ser encaminhadas às Centrais de Triagem participantes do Sistema (convênio entre as entidades e Municípios); c) nas Centrais de Triagem serão segregadas, prensadas, enfardadas e armazenadas para comercialização junto a empresas recicladoras; d) nas empresas recicladoras, os materiais serão processados para matéria prima de novas embalagens ou transformação em outros produtos, retornando à cadeia de produção.

As entidades signatárias obrigaram-se a: a) divulgar sistema entre seus associados – obrigatoriedade de tomar as medidas, prazos, metas etc.; b) registrar mensalmente a quantidade de materiais recicláveis comercializados pelas centrais de triagem; c) adquirir máquinas e equipamentos para as centrais de triagem, dependendo da necessidade; d) capacitar os catadores; e) encaminhar à SMA relatórios anuais até 31/3; f) divulgar o sistema para sensibilizar a população; g) manter SMA informada da relação atualizada dos associados.

Verifica-se do termo que o mesmo menciona a necessidade de um convênio entre as entidades e Municípios, sem que este tenha participado previamente das discussões e cláusulas do termo de compromisso. Além do mais, este fixou critérios para a seleção das cidades, dando preferência para as cidades localizadas em Regiões Metropolitanas que estejam bem classificadas no ranking do Município Verde Azul, tenham população entre 100.000 a 399.000 mil habitantes, possuam cooperativas regulares e coleta seletiva implantada pelos Municípios.

Conforme podemos observar, além do termo de compromisso limitar a implantação do sistema de Logística Reversa para cidades que não se enquadram nos critérios acordados (significa dizer que muitos municípios paulistas continuarão fora do sistema), o setor empresarial ainda seleciona Municípios que já possuem estruturada a coleta seletiva, centrais de triagem (que, via de regra, estão localizadas em prédios próprios ou locados pelo Município), cooperativas formadas (que, via de regra, são remuneradas pelos Municípios ou se gratificam com os produtos comercializados da coleta seletiva implantada pelos Municípios). Se analisarmos esta

⁶⁴ http://sinir.gov.br/documents/10180/17496/PROPOSTA_ACORDO_SETORIAL_EMBALAGENS/. Acesso em 03 jul. 2015.

⁶⁵ http://www.cnm.org.br/portal/images/stories/Links/28102014_OF_2720_14_Logstica_Reversa_MMA.protocolado.pdf. Acesso em: 03 jul. 2015.

⁶⁶ <http://residuossolidos.cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/sites/36/2013/11/index.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2015.

situação frente às determinações legais previstas no artigo 33, parágrafo 3º, incisos I a III da Lei 12.305/2010 vamos concluir que nenhuma destas opções de operacionalização do sistema foi acordada e, ainda que se alegue que a lei permita “outras medidas”, por óbvio pressupõe que os custos sejam sempre arcados pelo setor empresarial, seja ele qual for.

Não há dúvida que os Municípios podem tomar a iniciativa de propositura de acordos setoriais ou termos de compromisso, conforme disposto no artigo 31, IV c.c. artigos 20 “caput” e 32 “caput” da PNRS, devendo, entretanto, observar as regras específicas do artigo 34, ou seja, os acordos e termos de compromissos firmados no âmbito nacional têm prevalência sobre os firmados em âmbito regional ou estadual, e estes sobre os firmados em âmbito municipal. Porém, na aplicação das regras concorrentes, os acordos firmados de menor abrangência geográfica podem ampliar, mas não abrandar, as medidas de proteção ambiental constantes nos acordos setoriais e termos de compromissos firmados com maior abrangência geográfica.

Ultrapassada a fase de eventual acordo por chamado público, outro instrumento já citado para a implantação da Logística Reversa é o Regulamento expedido pelo Poder Público, veiculado por decreto editado pelo Poder Executivo.⁶⁷ Mais uma vez cabe frisar que, também relativamente a este instrumento, a PNRS não exclui a possibilidade do uso do decreto pelos Municípios.

O uso deste instrumento, a nosso ver, pressupõe que, tanto o acordo setorial, quanto o termo de compromisso (que são instrumentos que encerram um ato de natureza contratual, bilateral e um acordo de vontades, firmados após toda uma negociação em torno da implantação e operacionalização da logística reversa), não tenham sido celebrados, seja pelo fato do setor empresarial não responder ao chamamento através dos editais, seja pelo fato das propostas apresentadas não chegarem a um denominador comum.

De fato, dentre as competências do Chefe do Poder Executivo, encontra-se uma de substancial importância, qual seja, sua faculdade regulamentar. A atual Constituição Federal outorga referido poder ao Presidente da República em seu artigo 84, IV. O mesmo ocorre com os ocupantes de cargos simétricos nos âmbitos municipal e estadual.

Comentando sobre o tema, Carvalho (2002, p. 117-118) esclareceu em seu artigo “O decreto regulamentar como atividade legislativa do Poder Executivo” que

Os regulamentos, embora não integrem o rol do artigo 59 da Constituição Federal, são atos de caráter eminentemente normativo e, conseqüentemente, semelhantes à lei em seu aspecto material. Por sua vez, regulam um número imprevisível de situações, e revestem-se das características de abstração e generalidade, qualidades próprias das leis.

Ressalta-se: quando o Presidente da República edita medidas provisórias e leis delegadas, figuras previstas no mencionado artigo 59 da Carta Magna, exerce atividade legislativa primária. Ao expedir regulamentos, exerce atividade legislativa secundária.

Finalmente, para lançar mão de quaisquer dos instrumentos citados, considerando as bases fixadas pela PNRS, que indicam toda uma sistemática a ser seguida, como publicação de editais de chamamento, após prévia aprovação pelo Comitê Orientador; avaliação da viabilidade técnica e econômica da implantação da logística reversa, promovida por um grupo técnico avaliação das propostas; publicação das propostas mediante audiência pública, é recomendável que os Municípios regulamentem estas questões através de legislação municipal própria, dando suporte a qualquer iniciativa de sua parte, criando também seu Comitê Orientador, indicando

⁶⁷ Decreto 7.404/2010, arts. 15, II, 30 e 31.

sua composição, atribuições, aprovando seu regimento interno e também fixando a competência pelas Secretarias ou Departamentos de Meio Ambiente para avaliação das propostas.

É sabido que, pela Constituição Federal, em seu art. 24, VI e VIII, a competência legislativa em matéria ambiental é concorrente, ficando a cargo da União a elaboração de normas gerais e aos demais entes federativos as normas de caráter suplementar. Igualmente, a competência material, de acordo com o art. 23, VI e VIII, da CF, é comum, cabendo a todos (União, Estados e municípios) adotar medidas protetivas em igualdade, não restando, assim, dúvida que poderá legislar sobre logística reversa em âmbito local.

CONCLUSÕES

O crescente aumento da população em áreas urbanas, o estilo de vida da sociedade contemporânea e as estratégias de *marketing* do setor produtivo levam a um consumo intensivo e, por consequência, cada vez mais a geração de resíduos sólidos. Como, via de regra, as cidades não acompanharam com a mesma rapidez este crescimento, com a oferta de uma infraestrutura adequada para a gestão dos resíduos sólidos, o resultado disso é uma série de impactos ambientais à saúde pública e social incompatíveis com o modelo de desenvolvimento sustentável.

Para permitir que o País avançasse no enfrentamento dos principais problemas acima mencionados e decorrentes do manejo inadequado dos resíduos sólidos, foi editada a PRNS que tem como espinha dorsal a prevenção e a redução na geração de resíduos, tendo como proposta a prática de hábitos de consumo sustentável, além de um conjunto de instrumentos para propiciar o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos (aquilo que tem valor econômico e pode ser reciclado ou reaproveitado) e a destinação ambientalmente adequada dos rejeitos (aquilo que não pode ser reciclado ou reutilizado). Dentre esses instrumentos, a Logística Reversa relacionada à implantação da responsabilidade compartilhada dos geradores de resíduos: [...] fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, [...] cidadãos e titulares de serviços de manejo dos resíduos sólidos urbanos, que se mostra como um dos caminhos para que o País consiga, de fato, cumprir a meta prevista e não cumprida de eliminação dos “lixões” e impõe ao setor empresarial as obrigações previstas nos artigos 31 a 33 da PNRS.

Os benefícios da Logística Reversa não são apenas de cunho ambiental e de saúde pública, já que proporcionam o reaproveitamento dos produtos e embalagens que são descartados, por meio de reformas ou reciclagem, inserindo o resíduo novamente no processo de produção como matéria-prima, evitando o descarte irregular, com todos os problemas de saúde pública decorrentes, a poluição e a utilização de matéria-prima. Ela também traz ao setor empresarial benefícios de ordem financeira, na medida em que há economia e ganhos obtidos com o reaproveitamento de materiais, utilização de embalagens retornáveis e venda de resíduos no mercado secundário, como também agrega valor à sua imagem corporativa, sendo sua prática um diferencial em relação à concorrência. Através de uma postura ambiental correta, a empresa pode influenciar a relação com os clientes e sociedade. Exemplo bem-sucedido citado é o da indústria da reciclagem de alumínio.

As iniciativas sobre o assunto por parte da União e Estados-membros não tem sido suficientes para que os Municípios brasileiros tenham um prognóstico favorável no sentido de serem totalmente contemplados pelo sistema de Logística Reversa. As regras que vem sendo acordadas ignoram a participação dos Municípios nas discussões e impõem limites populacionais para que sejam contemplados, indo de encontro ao que a lei determina. Por isso, como os Municípios possuem legitimidade concorrente para legislar sobre matéria ambiental e também

legitimidade para assinar acordos e termos, estabelecendo a logística reversa com os geradores dos resíduos listados no artigo 33 da Lei 12.305/2010, () devem ter uma postura proativa, mediante prévia edição de lei municipal e decreto que regulamente o processo envolvendo a Logística Reversa nos Municípios, criando seus respectivos comitês orientadores, fixando os procedimentos para os editais de chamamento dos acordos setoriais e termos de compromissos, possibilidade de uso do regulamento (decreto) para sua implantação, etc.

E, para finalizar, na busca da efetiva implantação da PNRS e na determinação do modo como os Municípios devem cumprir o seu papel, o Ministério Público dos Estados é um indispensável ator. Através da Promotoria de Justiça de Meio Ambiente ou Grupos de Atuação Especial na matéria, podem atuar de ofício, ou podem ser acionados para que fiquem atentos, não só ao conteúdo mínimo dos Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, previsto no art. 19 da Lei 12.305/2010, como também acompanhar, orientar e cobrar dos Municípios a tomadas de decisões que possam tornar efetivas as disposições da PNRS relativas à Logística Reversa em seus respectivos territórios, de modo a se exigir do setor empresarial o cumprimento de suas obrigações, sem oneração dos cofres públicos municipais. Em caso de omissões dos Municípios quanto ao poder/dever de agir e defender o meio ambiente e os cofres públicos, cabe aos Promotores de Justiça, através da instauração de inquéritos civis, exigir a implantação e operacionalização da Logística Reversa dos responsáveis, apurar os fatos visando buscar uma solução acordada através do termo de ajustamento de conduta, que também é apontado pelo art. 8º da Lei 12.305/2010 como um instrumento de implantação da PNRS, ou, em último caso, a judicialização da questão em face dos Municípios e setores empresariais omissos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALUMÍNIO. Disponível em: <<http://www.abal.org.br/noticias/lista-noticia/integra-noticia/?id=359>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

ABRELPE. **Panorama dos resíduos sólidos em 2014**, 2015. Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/panorama_envio.cfm?ano=2014. Acesso em: 25. jul.2017.

BRASIL. **Lei n. 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>.

BRASIL. **Decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010**. Regulamenta a Lei no 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>.

BRASIL. **Decreto 9.177/2017, de 23 de outubro de 2017**. Regulamenta o art. 33 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e complementa os art. 16 e art. 17 do Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010 e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9177.htm.

CARVALHO, Marcelo. O decreto regulamentar como atividade legislativa do poder executivo. **Revista Jurídica “9 de Julho”**, São Paulo, n. 1, p. 117-128, 2002. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/358_arquivo.pdf. Acesso em: 03 jul. 2015.

CETESB. **Relação de acordos setoriais**, 2017. Disponível em: <<http://residuossolidos.cetesb.sp.gov.br/wp-content/uploads/sites/36/2013/11/index.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. Disponível em: <http://www.cnm.org.br/portal/images/stories/Links/28102014_OF_2720_14_protocolado.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2015.

IBGE. **Estatística/população/estimativa, 2014**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2014/default.shtm>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

IBGE. **Estatística/população/projeção, 2013**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default_tab.shtm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

IBGE. **Censo, 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=29&uf=35>>. Acesso em: 25. jul. 2017.

LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Pós-consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. 8. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE – MMA. **Plano Nacional de Resíduos Sólidos**. Brasília: MMA, 2012. Disponível em: <http://www.sinir.gov.br/documents/10180/12308/PNRS_Revisao_Decreto_280812.pdf> Acesso em: 26 jul. 2017.

PAGANI POSSAMAI, Fernando e Outros. Lixões inativos na região carbonífera de Santa Catarina: análise dos riscos à saúde pública e ao meio ambiente. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 12, núm. 1, janeiro-março, 2007.

SILVA FILHO, Carlos Roberto da e SOLER, Fabrício Dorado. **Gestão de Resíduos Sólidos**. O que diz a lei. São Paulo: Editora Trevisan, 2012.

SISINNO, CLS. (org.) **Resíduos sólidos, ambiente e saúde: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000.

SINIR. **Proposta de acordo setorial de embalagens**, 2015. Disponível em: <http://sinir.gov.br/documents/10180/17496/PROPOSTA_ACORDO_SETORIAL_EMBALAGENS/>. Acesso em 03 jul. 2015.

Recebido em: 5 nov. 2017.

Aceito em: 28 mar. 2018.

AS INFLUÊNCIAS DO DIREITO ROMANO NA REGULAMENTAÇÃO DA HIPOTECA NO BRASIL

Maria Vital da Rocha

Pós Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Professora Titular do curso de graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. mavital@secrel.com.br

Marfisa Oliveira Cacau

Mestranda no Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Especialista em Direito de Tributário pela Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Advogada. marfisacacau@gmail.com

RESUMO: Este artigo tem a pretensão de promover o estudo da hipoteca no direito romano e no direito brasileiro, a fim de perceber a influência de Roma na normatização do tema no Brasil. Para tanto, utilizar-se-ão os métodos dedutivo e comparativo. Inicialmente, far-se-á a exposição de conceitos propedêuticos básicos para a compreensão da hipoteca, enquanto direito real de garantia. Posteriormente, será abordada a hipoteca no direito romano. Em seguida, analisar-se-á o tratamento da hipoteca no Brasil e os influxos que sofreu da tradição romanista. Ao fim, concluir-se-á que o Brasil se inspirou no direito romano naquilo que foi essencial para estimular a segurança da instituição do crédito hipotecário: aproximou-se da legislação romana no que esta tinha de louvável e se afastou no que fosse criticável.

PALAVRAS-CHAVE: Hipoteca. Garantia hipotecária. Direito Romano. Direito brasileiro.

The influences of the Roman Law on the mortgage regulation in Brazil

ABSTRACT: This article intends to promote the study of mortgages in Roman law and Brazilian law, in order to understand the influence of Rome in the normatization of the subject in Brazil. For that, the deductive and comparative methods will be used. Initially, it will be exposed the basic propaedeutic concepts for the understanding of the mortgage, as a real estate security interest. Subsequently, it will be addressed the mortgage will in Roman law. Next, it will be analyzed the mortgage treatment in Brazil and the inflows that it suffered from the Romanist tradition. In the end, it will be concluded that Brazil was inspired by Roman law in what was essential to stimulate the security of the institution of the mortgage credit: it approached the Roman legislation in what it had of praiseworthy and moved away in what could be criticized.

KEYWORDS: Mortgage. Security interest. Roman Law. Brazilian Law.

INTRODUÇÃO

A hipoteca é um instituto milenar destinado a garantir o pagamento de um débito pelo devedor. Teve uma importância muito grande no desenvolvimento do sistema registral brasileiro.

ro e também das instituições financeiras, já que, nos primórdios, era o meio preferido pelos credores para garantir as suas dívidas. Contudo, mais recentemente, a garantia hipotecária perdeu a predileção de outrora¹ e, em seu lugar, enquanto instrumento de garantia preferido dos credores, ganhou proeminência o instituto de alienação fiduciária (SANTOS, 2006, p. 167)

Com efeito, a alienação fiduciária possui algumas vantagens frente à hipoteca, que não passou despercebida pelos detentores do capital privado. A primeira é que a excussão do bem e a consolidação da sua propriedade em nome do credor é facilitada mediante um procedimento extrajudicial que se processa perante o Registro de Imóveis. Essa benesse não existe no caso da hipoteca, em que o credor deve necessariamente fazer uso do Poder Judiciário para executar o bem hipotecado, em caso de inadimplemento do devedor. O segundo trunfo da alienação fiduciária é a constituição de um patrimônio de afetação, por meio do qual é transferida a propriedade resolúvel do bem ao credor, de maneira que o objeto da garantia não será atingido em caso de insolvência de qualquer das partes, seja do credor, seja do devedor. Por outro lado, caso venha a falir o devedor hipotecário, o bem integrará necessariamente o concurso universal de credores, observada a ordem legal de preferência estabelecida na Lei 11.101/2005.

Não obstante essas interessantes características da alienação fiduciária em garantia, ela possui um grande defeito, que contradiz aos interesses dos bancos públicos – os quais têm preferido a garantia hipotecária em detrimento da fiduciária. Essa deficiência consiste no fato de o credor fiduciário exonerar o devedor após o segundo leilão extrajudicial, independentemente do valor auferido nesse procedimento, que pode ser inclusive inferior ao valor da dívida. Explique-se: na alienação fiduciária, após consolidado o bem nas mãos do devedor (o que é feito mediante o procedimento extrajudicial perante o Oficial de Registro de Imóveis, conforme artigo 26 e parágrafos da Lei 9.514/1997), e infrutífero o primeiro leilão extrajudicial, será realizado o segundo leilão, e a dívida se considera extinta ainda que o valor auferido seja inferior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais e das contribuições condominiais (artigo 27, §§ 5º e 6º da Lei 9.514/1997). Nessa situação, dá-se a exoneração do devedor, mesmo que o valor recebido pelo credor seja menor do que o devido. Em contrapartida, no caso da hipoteca, uma vez realizada a excussão do bem hipotecado, caso o valor obtido com a venda não seja suficiente para o pagamento das dívidas e despesas judiciais, o devedor continua vinculado pessoalmente ao pagamento do remanescente (artigo 1430, Código Civil de 2002).

Diante disso, percebe-se que a exoneração do devedor após a excussão do bem na alienação fiduciária é seu principal inconveniente, o que faz com que os bancos públicos prefiram a hipoteca como meio de garantir as suas dívidas. Isso por que, nesse caso, o devedor permanecerá sujeito à dívida até a sua quitação integral – ainda que o valor do bem afetado a garantia não seja suficiente para seu pagamento. Como o patrimônio público é indisponível (princípio da indisponibilidade do interesse público), não podem os bancos estatais transigir sobre o valor que irão receber de seus devedores, o que acabaria por ocorrer caso optassem por constituir a propriedade fiduciária em detrimento da garantia hipotecária.

Demonstrada a importância da hipoteca nos dias atuais, este artigo se propõe a analisar as influências do direito romano no desenvolvimento desse instituto no direito civil brasileiro. Para tanto, por meio do método de abordagem o dedutivo e como método auxiliar o comparativo, será feita uma exposição introdutória acerca da propriedade e dos direitos reais de garantia,

¹ Nessa linha, salienta Francisco Claudio de Almeida dos Santos (2006, p. 167) que: “A hipoteca teve grande importância no desenvolvimento do crédito rural entre nós, bem assim na criação do mercado de crédito destinado à habitação. Créditos mais aquinhoados em privilégios, como o crédito fiscal e trabalhista, bem como a lentidão na solução de controvérsias submetidas ao Judiciário, provocaram o desprestígio dessa garantia, substituída pela alienação em garantia”.

e, posteriormente, adentrar-se-á no estudo da hipoteca em Roma e no Brasil, para ao final concluir a exposição com destaque dos pontos em que a normatização brasileira se aproxima ou não da romana.

1 PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS DE GARANTIA: NOÇÕES PRELIMINARES

1.1 Propriedade

O direito romano, conforme leciona Ronaldo Poletti (1996, p. 106), não conceituou diretamente a propriedade. Na realidade, a definição da propriedade era feita de modo indireto, por meio de seus atributos, quais sejam: o *jus fruendi*, o *jus abutendi* e o *jus utendi*. Referem-se eles, respectivamente, aos direitos atribuídos ao proprietário da coisa de: colher os frutos e produtos da coisa; consumir a coisa ou dela dispor, seja por meio da alienação ou destruição; e de usar a coisa como lhe aprouver.

O conceito de propriedade foi melhor desenvolvido na Idade Média, por meio da análise dos escritos romanos. Nesse sentido, Ronaldo Poletti (1996, p. 106) cita José Carlos Moreira Alves para ensinar que:

[...] com base num escrito de Constantino (C. IV., 35, 21), relativo à gestão de negócios, definiram o proprietário como “suae rei moderator et arbiter” (regente e árbitro de sua coisa); de fragmento do Digesto (V, 3, 25, 11), sobre o possuidor de boa-fé, deduziram que a propriedade seria o “ius utendi et abutendi re sua” (direito de usar e de abusar da sua coisa); e de outra lei do Digesto (I, 5, pr.), em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a “naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur” (faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito).

Sob a égide do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda, defendia que a propriedade poderia ser conceituada em sentido amplíssimo, amplo e estritíssimo. Assevera que, em sentido amplíssimo, a “propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. [...] Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas [...]. E sentido estritíssimo, é só o domínio”.

Da exposição desses conceitos, percebe-se que não há uma distinção clara quanto aos conceitos de propriedade e domínio, por vezes expostos como sinônimos. Nesse ponto, convém trazer a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald – com a qual se concorda. Esses, fundados em Ricardo Aronne, distinguem a propriedade do domínio. Entendem que, enquanto o domínio seria a “relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder de seu titular, através do exercício das faculdades de uso, gozo e disposição” – a semelhança do *jus fruendi*, o *jus abutendi* e o *jus utendi* do direito romano – a propriedade seria uma “relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas”. E arrematam:

Quanto a natureza de seu conteúdo, o domínio é um direito real que se exerce através da posse. O proprietário exercita ingerência sobre a coisa (domínio) e pede a colaboração de pessoas (propriedade). Somente na propriedade plena é possível observar que o direito de propriedade e todos os poderes do domínio se concentram em uma só pessoa.

Essa diferenciação é importante para compreender que é viável que haja um desmembramento dos poderes inerentes ao domínio, sem que a propriedade seja afetada. Essa possibilidade é referenciada pelo princípio da elasticidade ou expansão potencial da propriedade (MIRANDA, 2012, p. 37). Sendo assim, dá-se a propriedade plena quando todos esses poderes estiverem nas mãos do titular da propriedade. Por outro lado, o proprietário do bem poderá efetuar o fracionamento dos poderes de usar, gozar e dispor e atribuí-los a distintas pessoas. É justamente nessa elasticidade que se fundamentam os direitos reais sobre coisa alheia.

1.2 Direitos reais de garantia

Os direitos reais são divididos, no direito romano, em duas espécies: direitos reais sobre coisa própria (*ius in re propria*) e direitos reais sobre coisa alheia (*ius in re aliena*). É dentro do *ius in re aliena* que se inserem os direitos reais de garantia.

A doutrina aponta que, em Roma, havia basicamente três espécies de direitos reais de garantia: alienação fiduciária, penhor e hipoteca (TABOSA, 2007, p. 270). A alienação fiduciária (*fiducia cum creditore*) era o contrato, por meio do qual a propriedade do devedor era transferida ao credor, que, por sua vez, comprometia-se, de forma solene, perante o magistrado, a devolver o bem ao devedor tão logo esse efetuasse o pagamento da dívida (ROLIM, 2008, p. 214). O penhor (*pignus datum*) se caracterizava pela entrega da posse de um bem como garantia do pagamento de um débito, de maneira que, uma vez quitada a dívida, far-se-ia a restituição do bem ao devedor. Era um contrato não solene, que se perfectibilizava com a simples tradição (*traditio*) (SILVA, 2008, p. 210). Por fim, a hipoteca (*pignus obligatum*) era um contrato de garantia em que o devedor poderia afetar um bem específico ou a totalidade de seu patrimônio para o pagamento da dívida (SILVA, 2008, p. 211-212), embora mantivesse consigo a posse do bem ou patrimônio.

A criação dos direitos reais de garantia tem como pressuposto a evolução do princípio da responsabilidade patrimonial. Isso se deve por que, antes do desenvolvimento da ideia de que é o patrimônio do devedor que responde por suas dívidas, vigia em Roma a responsabilidade pessoal, na qual a garantia do pagamento do débito era a própria pessoa ou o seu corpo – que, muitas vezes, poderia vir a ser escravizada. Com efeito, Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior (2014) leciona que, na época da Lei das XII Tábuas, diante do inadimplemento do devedor, esse seria adjudicado ao credor, que teria duas opções: matá-lo ou vendê-lo como escravo para o estrangeiro. Ainda, na eventualidade de haver concurso de credores, esses poderiam espartear o corpo do devedor e dividi-lo entre si. Foi apenas no ano de 326 a.c., com o advento da *Lex Paetelia Papiria*, que se propagou a ideia da responsabilidade patrimonial (SANTOS, 2006, p. 59), conforme brocardo latino *pecunia credita bona debitoris, non corpus obnoxium esset*. Não obstante, ainda persistia resquícios da responsabilidade pessoal, diante da possibilidade de o devedor ir à residência do credor pagar a sua dívida com trabalho.

Expostas essas noções introdutórias sobre a propriedade e os direitos reais na coisa alheia, convém adentrar no estudo da hipoteca em Roma.

2 A HIPOTECA NO DIREITO ROMANO

A origem do instituto da hipoteca no direito romano é controversa. Moreira Alves (2012, p. 364) faz referência a essa discussão doutrinária. Segundo o autor, há aqueles que entendem que a hipoteca romana tem inspiração no direito grego, de onde teria advindo o ter-

mo *hypotheca*. Por outro lado, há os que defendem ser o nascedouro da hipoteca associado ao *praedia subdita uel subsignata*, que se refere aqueles bens que eram dados em garantia em favor do Estado ou do Município e que, acaso não fossem pagos, seriam alienados em favor do *aerarium*. O mencionado doutrinador, contudo, refuta ambas as teorias para concluir que a hipoteca tem origem no arrendamento de imóveis rurais. Esse também é o entendimento de Eduardo Volterra (1986, p. 441), para quem a hipoteca teria se iniciado com os arrendamentos rústico e depois estendida para qualquer tipo de coisa corpórea.

Independentemente da teoria que se adote, fato é que a hipoteca estava associada ao *pignus* ou penhor². Esse, por sua vez, dividia-se em *pignus datum* ou *datio pignoris*, em que a posse do bem era transferida ao credor, e *pignus conventum* ou *conventio pignoris*, no qual a o deverdo permanecia com a posse do bem. A distinção entre ambos, portanto, era basicamente quanto à tradição ou não do bem dado em garantia. Não havia diferenciação entre penhor e hipoteca no que se refere a natureza jurídica do bem, se móvel ou imóvel. Nesse sentido, Moreira Alves (2012, p. 362) assevera que:

Ambos – penhor e hipoteca – se aplicavam, indistintamente, às coisas móveis e imóveis. Aliás, a semelhança desses dois institutos está retratada na própria designação que as fontes dão a eles: ao penhor, *pignus datum*; à hipoteca, *pignus obligatum*. Em ambas as expressões o substantivo é o mesmo (*pignus*); é o adjetivo que muda: *datum* ou *obligatum*. Só no direito justineu é que se torna corrente, para o *pignus obligatum* (hipoteca) a denominação *hypotheca*.

A constituição do *pignus obligatum*, portanto, dava-se tão somente com a própria convenção³. Não havia nenhuma formalidade excepcional para que a hipoteca se perfectibilizasse que não fosse o mero acordo de vontade entre as partes. De fato, segundo Eduardo Volterra (1986, p. 441), esse direito hipotecário “*se constituye basándose en el simple acuerdo de garantía entre el acreedor y el deudor, sin transmisión de lá cosa al primero*”. Nessa mesma linha, Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior (2014, p. 22) diz que a hipoteca era um “contrato de forma livre, admitindo inclusive a forma verbal, embora fosse comum reduzi-lo a escrito, para comodidade da prova, podendo garantir obrigação atual ou futura, civil, honorária ou meramente natural, própria ou de terceiro”.

Infere-se, portanto, que Roma não possuía um sistema registral que pudesse dar publicidade e segurança às transações hipotecárias⁴. A rigor, o sistema de publicidade registral teve

² Para o jurisconsulto Marciano, a distinção entre penho e hipoteca era só de nome, praticamente. É o que se constata em D. 20,1,5,1, Marciano: **inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt**.

³ Antonio Fernández de Buján (2012, p. 516) cita Ulpiano para ratificar a afirmação de que o *pignus conventum* se perfectibiliza pelo mero acordo de vontade das partes: “Así Ulpiano en D. 13.7.1.pr.: ‘... se puede contraer el *pignus* por la mera convención...’, y en D. 13.7.9.2: ‘Llamamos en sentido propio prenda la que pasa al acreedor e hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión’”.

⁴ A origem da hipoteca moderna não está, portanto em Roma. De fato, Francisco Claudio de Almeida Santos (2006, p. 63), citando Wolff, expõe que: “Surgiu, no século XIII, no direito imobiliário, uma garantia chamada “*Satzung*”, que era concretizada através de solenidade pública, vislumbrando-se aí o início do princípio da publicidade adotado pelo direito alemão. Esta é, segundo Wolff, a raiz da hipoteca moderna”.

Essa afirmação é ratificada por Antonio Fernández de Buján (2012, p. 522), para quem “Con la excepción de las hipotecas constituidas a favor del fisco, en las provincias orientales del Imperio, respect de las cuales se establecía la necesidad de inscribir en un Registro Público el nombre de los deudores y los datos identificativos de sus bienes, no se conoció en Derecho Romano el actual sistema de publicidad conforme al cual para la válida constitución de la hipoteca se requiere su inscripción en el Registro de la Propriedad”.

Ao contrário dos outros autores citados nas notas de rodapé acima, um texto de Chaplin (1891) não concorda com a referida afirmação e entende haver um ato notório na constituição da hipoteca seguida de sua respectiva inscrição no registro público. Diz o autor: “The Roman law made no material distinction, in matter of pledges, between land and chattels. The system was one and the same for a farm and for a cart. If a pledgee took possession, the transaction was a pawn; if not, it was a hypothecation. And to obviate embarrassments from the pledgor's retaining possession,

sua origem na Grécia, e não em Roma, que teve apenas meros vislumbres episódicos dessa técnica. Não obstante, há quem visualize em Roma os primórdios do sistema publicitário. Nesse ponto, Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior (2014, p. 22) relata que:

A hipoteca no direito grego era dotada de um sistema de publicidade, ainda que primitivo, consistente na inscrição do ônus em pedras ou postes de madeira, chamados *horói*, que se colocavam nos limites dos prédios rústicos ou urbanos gravados, a fim de que terceiros pudessem tomar ciência de sua situação. Durante a dominação romana, Biondo Biondi relata ter sido desenvolvido nas províncias orientais um sistema de livros fundiários, nos quais se anotavam as transferências de domínio e os ônus que gravavam os imóveis. Uma constituição imperial de Leão (C 8, 17, 11) do ano 472 d.C., dispôs que, no concurso de credores hipotecários, teriam preferência as hipotecas reduzidas a escrito, com expressa referência àquelas constituídas perante um oficial público, constituição imperial esta que, para Ebert Chamoum é a origem remota de nosso sistema publicitário [...].

Apesar desse desenvolvimento incipiente de uma publicidade formal relatado pelo ex-certo acima, não possuía ela o condão de dar segurança jurídica às transações garantidas por hipoteca. Isso por que a hipoteca, como regra, recaía sobre todos os bens do devedor, presentes e futuros, sem uma individualização ou especialização⁵. Como não existia um registro público em que houvesse a concentração de todos os dados relativos ao imóvel, a fim de dar publicidade à terceiros, o devedor poderia se desfazer de todo o seu patrimônio, sem que o credor viesse a saber. Isso causava uma vulnerabilidade no sistema de garantia de débitos por meio da hipoteca, que, por conseguinte, ocasionou a sua não popularização em Roma. Com efeito, os romanos preferiam as garantias pessoais (tal como a fiança) em detrimento das garantias reais.

Moreira Alves (2012, p. 361) para aponta três falhas do sistema hipotecário romano que, por sua vez, contribuíram para a não propagação a hipoteca como meio de garantia dos débitos em Roma. São eles: a informalidade na constituição da garantia hipotecária, que poderia se dar por mera convenção entre as partes, até mesmo verbal; a falta de segurança jurídica diante da ausência de um sistema de publicidade registral; e a instabilidade gerada pela admissibilidade de instituição da hipoteca sobre todos os bens do devedor, e não um individualizado⁶.

Apesar da ausência de um sistema registral próprio, o direito romano conheceu a preferência creditória na possibilidade de instituição de diversas hipotecas sobre o mesmo bem. Nesse diapasão, o autor Esteban Varela Mateos (2000, p. 559-560) relata que Roma admitia a duplicidade de hipotecas sobre a mesma coisa. Como não havia um sistema de registros públicos que estabelecesse a prioridade da inscrição hipotecária, a eleição da preferência teria dois critérios: primeiramente, teria precedência aquele credor que tivesse a posse do *pignus*; não sendo este o caso, a prevalência recairia sobre aquele credor que detivesse o “melhor direito” – embora o autor não relate no que consistiria esse melhor direito.

Contudo, não era sempre que se admitiria a constituição da segunda hipoteca – que era uma excepcionalidade do sistema. As situações que a abraçavam eram: quando o valor da coisa fosse superior ao da primeira hipoteca, o que permitiria dar segurança a ambas as garantias; e

and with it a show of ownership, it was quite early provided that a fully effective hypothecation could be made only by some notorious act recognized by law, as by registration in a public office.

⁵ Diz-se, em regra, pois, para Antonio Fernández de Buján (2012, p. 518), Roma admitia a hipoteca especial, em que se afetava um bem determinado à garantia da dívida, em algumas situações, tal como a do “acreedor refaccionario. Explica o doutrinador espanhol: “En cuanto a la hipoteca a favor del acreedor refaccionario, del latín *refacio*, reparar, rehacer, cabe señalar que es aquella que se constituye a favor de quien presto dinero para la reparación de un edificio, y recae sobre el edificio reparado por el importe del crédito prestado. Así Ulpiano en D. 12.1.25: ‘El acreedor que hubiese prestado para la refacción de un edificio tundra para la cantidad que hubiese prestado un privilegio de cobro’”.

⁶ Esse entendimento é ratificado por Francisco Claudio Almeida dos Santos (2006, p. 62).

sempre que o primeiro credor autorizasse a constituição da segunda hipoteca (MATEOS, 2000, p. 560). Nessa situação, o segundo credor hipotecário teria preferência em relação ao primeiro e seria assegurada a segurança do negócio, seja por que haveria valor suficiente para as duas garantias hipotecárias, seja em razão do consentimento dado pelo credor primitivo.

A hipoteca, portanto, deveria incidir sobre bem ou patrimônio do próprio devedor. Se, porventura, este concedesse coisa de outrem como garantia de dívida, poderia ser condenado pelo delito de estelionato, conforme relata Gumesindo Padilla Sahagún (2004, p. 103).

Independentemente da regra eleita quanto ao concurso creditório, inicialmente, Roma admitia que o credor hipotecário lesado em seu direito de reaver os recursos emprestados poderia ficar com a coisa objeto da garantia. É o que se convencionou chamar de pacto comissório, por meio do qual se aplicaria a pena de comisso, ou seja, que seria a “a perda de um direito ou de uma coisa”. Assim, uma vez não paga a dívida, o imóvel poderia ser adjudicado ao credor hipotecário. Essa prerrogativa creditícia, contudo, veio a ser proibida no período pós-clássico, pelo Imperador Constantino.

Francisco Claudio de Almeida Santos (2006, p. 94) cita, em tradução livre, Trabucchi para explicar o fundamento dessa proibição: “[...] é de impedir que o devedor firme constrangido o pacto, que possui frequentemente caráter usurário, seja para obter o empréstimo, seja para obter dilação na obrigação de restituir”. Dessa forma, caso fosse permitido o pacto comissório, via de regra, ele seria imposto pelo credor ao devedor que, desejoso de contratar o mútuo, aceitá-lo-ia sem maiores restrições. A fim de evitar o constrangimento nessa liberdade de contratar do devedor, proibiu-se a pena de comisso.

Essa vedação ao pacto comissório é sentida até os dias atuais nos países de tradição romano-germânica, tal como o Brasil. Por outro lado, nos países de influência anglo-saxã, tais como Inglaterra e Estados Unidos da América, admite-se que o credor adjudique o bem hipotecado em pagamento da dívida (SANTOS, 2006, p. 94).

Uma vez delineado esse panorama sobre a hipoteca em Roma, impende fazer a análise desse instituto no direito brasileiro, com foco nas aproximações e distanciamentos em relação ao direito romano.

3 A HIPOTECA NO DIREITO BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA ROMANA

O desenvolvimento da hipoteca no Brasil está atrelado a criação de um sistema de registros, a fim de dar publicidade e segurança para a constituição desse ônus real e, por conseguinte, estimular a concessão de empréstimos que serviriam, ao fim, para movimentar a economia do país. Isso só veio a ocorrer 20 anos após a decretação da independência do Brasil, já que, durante o período colonial, não era interesse de Portugal que o Brasil se desenvolvesse economicamente, mas sim que continuasse a adquirir produtos de Portugal e de seus aliados, tal como a Inglaterra.

Sendo assim, a Lei Orçamentária 317/1843, regulamentada pelo Decreto 482/1846, criou o “Registro Hipotecário”. Embora tenha deixado de fora todos os demais tipos de direitos reais, essa lei teve a intenção louvável de dar mais tranquilidade aos mutuantes, já que, antes da instituição desse registro, o devedor poderia fazer várias hipotecas, sem que um credor tivesse conhecimento do outro – o que gerava uma insegurança na garantia de empréstimos por meio da hipoteca.

A influência do direito romano na elaboração desse registro é percebida em relação à três nuances: hipotecas gerais, direito de preferência e ausência da publicidade. De fato, nessa época, era possível que fosse constituída uma hipoteca sobre a totalidade do patrimônio do devedor, sem afetação de um bem específico à garantia da dívida. Dessa forma, nos primórdios, Brasil admitia a instituição de hipotecas gerais. Também já nesse momento se instituiu o direito de preferência no caso de multiplicidade de hipotecas sobre o mesmo bem: aquele que inscrevesse a hipoteca anteriormente, teria prioridade na excussão do bem hipotecado. Por fim, não havia a exigência de publicidade, tal como se conhece hodiernamente (SANTOS, 2006, p. 170).

Por outro lado, por meio da Lei 1.237/1865, a normatização brasileira já começa a se distanciar da romana. Com efeito, nessa época, criou-se um Registro Geral de Imóveis, situação em que o sistema de transmissão de imóveis se modificou da tradição (tal como ocorria no direito romano) para o registro (LAGO, 2016, p. 159).

Nessa mesma linha de se afastar das influências romanas, foi promulgado o Decreto 169-A, de 19.01.1890, por meio do qual extinguiu-se a possibilidade de instituição de hipoteca geral, que recairiam sobre todos os bens do devedor, e desenvolveram-se as ideias de especialização objetiva e da publicidade registral (SANTOS, 2006, p. 169-170), que persistem até os dias atuais como pilares do sistema de registros públicos brasileiro.

A regra da especialidade objetiva dispõe que deve haver uma perfeita individualização do objeto sujeito a registro: seja do bem imóvel, seja do direito real a ele relativo (LOUREIRO, 2017, p. 570). Essa individualização deve constar não apenas do registro, mas também do título que lhe deu origem (seja ele convencional ou judicial). Nessa linha, o artigo 1424 do Código Civil de 2002 estabelece expressamente os requisitos que o contrato de hipoteca deve conter a fim de obter a eficácia jurídica que pretende: o valor do crédito, sua estimação, ou valor máximo; o prazo fixado para pagamento; a taxa dos juros, se houver; o bem dado em garantia com as suas especificações.

Já o princípio da publicidade registral, por sua vez, conforme lição de Marcelo Salaroli de Oliveira (2010, p. 15), “consiste em assentos tecnicamente organizados, destinados a promover o conhecimento, a qualquer interessado, da situação jurídica dos bens imóveis, cujo efeito, no mínimo, é a presunção inatacável de conhecimento”. Esse princípio está positivado no artigo 16 e 17 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73): incumbe ao oficial de registro lavrar certidão do que lhes for requerido e requerer às partes as informações solicitadas, e qualquer pessoa pode ter acesso aos dados constantes dos registros públicos, independentemente da demonstração de interesse jurídico.

Nesse ponto, convém trazer uma diferenciação feita por Marcelo Salaroli de Oliveira (2010, p. 13-14) baseado nos ensinamentos de Carlos Ferreira de Almeida sobre as espécies de publicidade:

A primeira, a publicidade notícia, é a que tem por finalidade apenas informar determinado ato, criando a presunção absoluta de seu conhecimento. A ausência da publicidade, e nesta hipótese, nenhum dano causa ao titular do direito. [...].

A publicidade declarativa é aquela imposta como condição de oponibilidade perante terceiros, ou seja, é requisito para a eficácia erga omnes. [...]

Por fim, a publicidade constitutiva é requisito essencial para a existência e validade dos atos jurídicos, que não tem eficácia sequer entre as partes contratantes sem a formalidade especial que os torna públicos.

Da análise desses conceitos, é de se inferir que a publicidade expressa nos 16 e 17 da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73) é apenas a modalidade “publicidade notícia”, que tem

como objetivo dar conhecimento do teor do registro. Ainda, somente a publicidade notícia e a publicidade declarativa se aplicam a hipoteca, já que o registro presume o conhecimento da garantia hipotecária e também é condição de oponibilidade perante terceiros. Portanto, não se aplica a publicidade constitutiva, já que, ainda que não seja feito o registro do título hipotecário, a garantia permanecerá válida entre as partes contratantes.

Exposto esse panorama histórico do sistema registral e do desenvolvimento dos princípios da especialidade e publicidade, é possível perceber que, no Brasil, a garantia hipotecária incide, como regra, sobre bens imóveis. Apenas de maneira excepcional é que se permite a instituição da garantia hipotecária sobre bens móveis, no que se convencionou denominar de “hipoteca especial”. É o caso da hipoteca instituída sobre aeronaves e navios, que estão sujeitas a registros apartados do sistema de registros públicos da Lei 6.015/73. Sendo assim, enquanto a compra e venda e respectivos ônus reais incidentes sobre as aeronaves são registrados junto ao Registro Aeronáutico Brasileiro; aqueles relativos aos navios são objeto de registro no Tribunal Marítimo.

A garantia real que incide tipicamente sobre bens móveis, no ordenamento jurídico pátrio, é o penhor. Nesse ponto, convém salientar que há dois critérios utilizados pelo Código Civil para distinguir o penhor da hipoteca: a natureza e a tradição do bem. Portanto, o penhor recai sobre bens móveis cuja posse é transferida para o credor; já a hipoteca incide sobre bens imóveis cuja posse permanece nas mãos do devedor. Há, contudo, exceções quanto à regra da tradição no que se refere ao penhor: é possível que o bem permaneça na posse do devedor, sem prejuízo da caracterização dessa garantia real, tal como ocorre no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos (artigo 1431, parágrafo único, Código Civil de 2002).

De tais noções, é viável concluir que o sistema brasileiro se distancia do romano no que se refere a diferenciação do penhor e da hipoteca quanto à natureza do bem, uma vez que, no Brasil, a hipoteca incide sobre bens imóveis e o penhor sobre bens móveis, e, no direito romano, tanto a garantia hipotecária como a pignoratícia podem recair sobre coisas móveis ou imóveis. Por outro lado, aproxima-se quanto à tradição da coisa, pois, no Brasil e em Roma, como regra, se a posse do bem é transferida ao credor, estar-se-á diante do penhor, e se a posse permanece com o devedor, configura-se a hipoteca.

Um outro elemento em que não se vê a influência romana é no já exposto sistema registral. Isso por que, ao contrário do direito romano, em que a constituição da hipoteca era feita sem formalidades (podia ser inclusive verbal) e não estava sujeita o registro, o Brasil contempla uma série de requisitos que devem ser atendidos a fim de se conferir a segurança jurídica necessária para esse negócio jurídico.

Primeiramente, será assinada uma escritura pública de constituição da hipoteca perante um notário público, a quem foi delegada a fé pública estatal. A dispensa dessa solenidade apenas é possível em duas situações: se o direito real for inferior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no país (artigo 108 do Código Civil de 2002), considerada a avaliação da hipoteca conforme valor atribuído pelo fisco⁷; ou se houver lei expressamente dispensando a escri-

⁷ Esse é o atual entendimento do STJ, conforme REsp 1.099.480-MG. Sendo assim, para que verifique se o valor do bem é ou não inferior a trinta salários mínimos não se considera o valor declarado pelas partes, mas sim a atribuição valorativa feita pelo fisco. Nesse sentido, a seguinte ementa: “RECURSO ESPECIAL - PROCEDIMENTO DE DÚVIDA SUSCITADO PELO OFICIAL DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS - DISCUSSÃO SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ART. 108 DO CC - PROCEDÊNCIA DA DÚVIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - ENTENDIMENTO PELA NECESSIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA PARA REGISTRO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CUJO VALOR DA AVALIAÇÃO PELO FISCO FOI SUPERIOR A TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS, AINDA QUE O VALOR DO NEGÓCIO DECLARADO PELAS PARTES TENHA SIDO INFERIOR. INSURGÊNCIA DA EMPRESA REQUERENTE DO REGISTRO. Hipótese em

tura pública. Dentre essas situações, especificamente no que se refere à garantia hipotecária, incluem-se as hipotecas firmadas por entidades pertencentes ao Sistema Financeiro Imobiliário (SFI)^{8 9}.

A seguir, uma vez consolidado o título hipotecário (que poderá ser contrato, no caso da hipoteca convencional; título de crédito, se for hipoteca cedular; ou decisão judicial, na situação das hipotecas judicial ou legal, se, nesse último caso, o credor não preferir por constituir o título perante o notário público¹⁰), ele deverá ser levado à registro junto ao oficial de registro de imóvel competente. Esse oficial, por sua vez, procederá a qualificação registral, a fim de verificar se o título de constituição da hipoteca atende todos os comandos legais. Se a qualificação jurídica do título for positiva, procederá com o registro. Se negativa, o título será entregue ao apresentante juntamente com uma nota devolutiva em que serão expostas as exigências que devem ser atendidas a fim de tornar o título apto a registro.

que o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis suscitou dúvida ao Poder Judiciário, referente à interpretação do art. 108 do CC. O oficial cartorário e a empresa requerente do registro divergem quanto ao valor a ser considerado para fins de incidência da regra legal em questão: para aquele, a escritura de compra e venda deve ser feita por instrumento público, já que o fisco municipal avaliou o imóvel em valor superior a 30 (trinta) salários mínimos; para esta, a escritura de compra e venda pode ser feita por instrumento particular, pois o valor do negócio declarado pelas partes no contrato foi inferior a 30 (trinta) salários mínimos. As instâncias ordinárias entenderam que o valor a ser considerado, para fins de aferição da necessidade de escritura pública no caso concreto, não deve ser aquele declarado pelas partes, mas o da avaliação realizada pelo fisco, destacadamente quando o propósito dos interessados e a finalidade precípua do instrumento é a transferência de propriedade do bem, e não apenas o de retratar uma mera transação. 1. A interpretação dada ao art. 108 do CC pelas instâncias ordinárias é mais consentânea com a finalidade da referida norma, que é justamente conferir maior segurança jurídica aos negócios que envolvem a transferência da titularidade de bens imóveis. 2. O art. 108 do CC se refere ao valor do imóvel, e não ao preço do negócio. Assim, havendo disparidade entre ambos, é aquele que deve ser levado em conta para efeito de aplicação da ressalva prevista na parte final desse dispositivo legal. 3. A avaliação feita pela Fazenda Pública para atribuição do valor venal do imóvel é baseada em critérios objetivos previstos em lei, refletindo, de forma muito mais consentânea com a realidade do mercado imobiliário, o verdadeiro valor do imóvel objeto do negócio. 4. Recurso especial provido.” (STJ - REsp: 1099480 MG 2008/0230045-4, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 02/12/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2015)

⁸ É o que está previsto no artigo 38 da Lei 9.514/1997, que trata do Sistema Financeiro Imobiliário: “Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.”

⁹ A outras situações previstas em lei em que a escritura pública pode ser dispensada. Citem-se os seguintes: art. 26 da Lei n° 6.766/1979, que trata da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, por meio do qual os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão de loteamentos devidamente registrados podem ser feitos por meio de instrumento particular; o art. 7° do Decreto Lei 2.375/1987, que prevê a dispensa da escritura pública nos termos, contratos e títulos expedidos pelos entes federados destinados à instrumentalizar a alienação, concessão, arrecadação ou reconhecimento de domínio sobre terras públicas rurais; o art. 8° da Lei 10.188/2001, que trata do arrendamento residencial, e prevê que os contratos de aquisição de imóveis pelo arrendador, as cessões de posse, as promessas de cessão, o contrato de transferência do direito de propriedade ou de domínio útil ao arrendatário podem ser celebrados por contrato particular, que terá força de escritura pública; e art. 48 da Lei 10.257/2001, conhecido como “Estatuto da Cidade”, que assevera que os contratos de concessão de direito real de imóveis públicos dentro do âmbito de programas habitacionais de interesse social, desenvolvidos pela Administração pública, terão eficácia de escritura pública.

¹⁰ Tradicionalmente, entendia-se que a hipoteca legal deveria ser especializada perante o juiz de direito. Contudo, com o advento do Novo Código de Processo Civil, passou a existir a possibilidade de o trâmite da hipoteca legal se processar perante o Notário Público, em processo extrajudicial. Esse procedimento está previsto nos §§ 2° e 3° do artigo 703: “§ 2° A homologação do penhor legal poderá ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento, que conterá os requisitos previstos no § 1o deste artigo, do credor a notário de sua livre escolha. § 3o Recebido o requerimento, o notário promoverá a notificação extrajudicial do devedor para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar o débito ou impugnar sua cobrança, alegando por escrito uma das causas previstas no art. 704, hipótese em que o procedimento será encaminhado ao juízo competente para decisão.”. Nesse ponto, convém salientar que, para Luiz Guilherme Loureiro (2017, p. 711), esse procedimento extrajudicial de especialização da hipoteca legal poderá ser adotado sempre que o interessado for capaz.

Uma das questões que podem dar ensejo à devolução do título é justamente a previsão do pacto comissório, que, no Brasil, é expressamente proibido no tocante à hipoteca. Esse é um ponto de clara influência romana, especialmente do período pós-clássico. Nessa época, Constantino passou a proibir expressamente a pena de comisso, como forma de evitar um constrangimento na liberdade individual do mutuário, que se veria impelido a aceitar a referida cláusula com vistas a obter o empréstimo de que precisava.

A vedação ao pacto comissório, contudo, não impede que, após o vencimento da dívida, credor e devedor convençionem dar o bem hipotecado em dação em pagamento para o pagamento da dívida (artigo 1428 e parágrafo único do Código Civil de 2002). Para Francisco Claudio de Almeida dos Santos (2006, p. 97), a possibilidade de dação em pagamento após o vencimento da hipoteca é uma decorrência da característica da acessoriedade¹¹ (princípio da gravitação jurídica), aplicável a esta garantia real. Isso por que, extinta a hipoteca, “[...] ainda assim, não se dá a extinção da dívida garantida, caso remanesça algum débito. Fosse o contrário, da extinção da obrigação principal naturalmente, decorreria a extinção da obrigação acessória”.

Por fim, a influência romana também se faz sentir na possibilidade de inscrição de mais de uma hipoteca sobre o bem. A multiplicidade de hipotecas é expressamente admitida pelo artigo 1476 do Código Civil de 2002: “O dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor”.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) mitiga a regra da preferência do direito com base na primeira prenotação no que se refere às múltiplas hipotecas. Isso por que, como regra, o direito real que prevalecerá é aquele que primeiro for prenotado junto ao oficial de registro de imóveis competente (que é aquele responsável pela circunscrição territorial em que se inserir o bem). No caso da hipoteca, contudo, o primeiro credor hipotecário possui uma benesse em face do segundo. De fato, conforme artigo 189¹² da Lei 6.015/73, o título da segunda hipoteca que fizer referência expressa a existência de uma primeira hipoteca, e desde que esta ainda não conste da matrícula do imóvel, apenas será registrado após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias se o título da primeira hipoteca não for apresentado para registro. Portanto, o primeiro credor hipotecário, ainda que apresente seu título para registro posteriormente ao segundo credor hipotecário, desde que o faça dentro dos 30 (trinta) dias subsequentes à prenotação do título da segunda hipoteca, ainda terá preferência creditória em face desta. Em não o fazendo, a segunda hipoteca terá preferência sobre a primeira.

Embora a legislação civilista não seja expressa, Francisco Claudio de Almeida dos Santos (2006, p. 184) informa que constituição de múltiplas e sucessivas hipotecas está condicionada ao valor do bem: é preciso que ele comporte o valor da garantia primitiva e das que se lhe seguirem. Essa conclusão advém da interpretação do artigo 171, § 2º, II, que prevê como subsespécie do crime de estelionato a modalidade de “alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria”, que, dentre outras, contempla a conduta de dar garantia coisa própria gravada de ônus em que se omita essa circunstância. Arremata o autor:

[...] por isso deve o devedor ou terceiro prestador da garantia declarar na escritura a existência de hipoteca anterior, independentemente de o fato ser facilmente consta-

¹¹ A característica da acessoriedade da hipoteca implica que a existência da garantia real está vinculada à do direito principal, de maneira que não se admite a transmissão isolada: a garantia deve ser necessariamente transmitida junto com o crédito.

¹² “Art. 189 - Apresentado título de segunda hipoteca, com referência expressa à existência de outra anterior, o oficial, depois de prenotá-lo, aguardará durante 30 (trinta) dias que os interessados na primeira promovam a inscrição. Esgotado esse prazo, que correrá da data da prenotação, sem que seja apresentado o título anterior, o segundo será inscrito e obterá preferência sobre aquele.”

tado no Registro de Imóveis. O silêncio malicioso ou intencional, em face do registro, pode não caracterizar o crime, mas poderá ensejar um pleito de indenização por perdas e danos, caso o credor seja iludido na sua boa-fé. (SANTOS, 2006, p. 184)

Dessa exposição, é possível inferir que a normatização brasileira sobre as hipotecas múltiplas e sucessivas se afasta da romana em alguns aspectos: quanto à preferência, quanto aos requisitos e quanto à caracterização do estelionato.

Em relação ao primeiro ponto, no Brasil, terá prioridade aquele credor que prenotou o título desde que o credor anterior não apresente o título hipotecário para registro no prazo de 30 (trinta) dias. Por outro lado, em Roma, a preferência era dada ao credor que detivesse a posse do bem ou, não sendo esse o caso, àquele que possuísse o melhor direito.

Em referência ao segundo aspecto, de requisito para a instituição da segunda garantia hipotecária, percebe-se que, no Brasil, apenas é necessário que o bem hipotecado tenha valor suficiente para albergar todos os ônus que venham a incidir sobre o imóvel. Não há, portanto, a possibilidade, tal como em Roma, de que, ainda que o valor do bem não seja suficiente, a garantia hipotecária seja concedida no caso de anuência do credor primitivo. Com efeito, a legislação atual sequer contempla eventual anuência do credor antecessor quanto à na constituição das hipotecas futuras¹³.

Por fim, relativamente ao delito de estelionato, no Brasil, ele fica caracterizado quando for constituída uma segunda hipoteca sobre o bem do próprio devedor, que omitir a existência de uma primeira hipoteca. Já em Roma, o estelionato se configura quando o devedor oferece o bem de outrem em garantia da dívida.

CONCLUSÃO

A regulamentação da hipoteca no direito romano, e todas as inovações, características e imperfeições que foram destacadas acima, orientou o legislador brasileiro na normatização do tema.

Com efeito, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não foi imune à tradição romanista, especialmente nos aspectos em que esta foi louvável. É o caso, por exemplo, da proibição da pena de comisso, uma vez que a previsão da adjudicação do bem ao credor em caso de inadimplemento da dívida era considerada uma restrição liberdade dos indivíduos, e poderia representar um eventual obstáculo à contratação da garantia hipotecária. Também merece elogios a permissão para a instituição de uma multiplicidade de hipotecas sobre o mesmo bem, já que tal medida estimula a concessão de vários empréstimos e, por conseguinte, movimenta a economia.

Em contrapartida, naqueles aspectos em que a legislação romanista pecou, o Brasil tentou se afastar dela e criar uma regulamentação que superasse as críticas feitas ao direito romano. Nesse contexto, insere-se a criação de um registro de imóveis, que tem como objetivo concentrar todas as informações relativas ao bem imóvel, especialmente os ônus, a fim de lhes dar publicidade a terceiros. Isso viabilizou que os possíveis credores pudessem verificar antecipa-

¹³ Nesse ponto, convém salientar que a legislação brasileira fulmina com nulidade eventual proibição contratual de alienação do bem hipotecado – muito embora seja possível convencionar o vencimento antecipado do crédito. É o que prevê o artigo 1475 e parágrafo único do Código Civil de 2002: “Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado. Parágrafo único. Pode convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado.”.

damente eventuais contingências sobre o bem e, por conseguinte, diminuir os riscos envolvidos nessas operações.

Por todo o exposto, infere-se a importância de se analisar o direito romano, não apenas pelo aspecto histórico, mas também para compreender a essência dos institutos adotados pelo direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BUJÁN, Antonio Fernández de. **Derecho Privado Romano**. Madrid: Iustel, 2012.
- CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- CHAPLIN, H. W. **Story of Mortgage Law**. Harvard Law Review, v. 4, p. 1–13, 1891
- COSTA JUNIOR, Francisco José de Almeida Prado Ferraz. As Garantias reais no direito romano. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 37, n. 77, p. 13-29, jul./dez. 2014.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. Niterói: Impetus, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves d. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2016.
- LAGO, Ivan Jacopetti do. A Lei 13.097 de 2015 e sua contribuição para a governança fundiária. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 39, n. 81, p. 155-184, jul. a dez./2016
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8a. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2017.
- MATEOS, ESTEBAN VARELA in VILLAR, Alfonso Murillo (Org.). **ESTUDIOS de derecho romano en memoria de Benito M.a. Reimundo Yanes**. 1a. ed. Burgos: Servicio de Publicaciones, Univerisdad de Burgos, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SAHAGÚN, Gumesindo Padilla. **Derecho romano**. 3. ed. México: Mcgraw-Hill, 2004.
- SANTOS, Francisco Claudio de Almeida. **Direito do promitente comprador e direitos reais de garantia: penhor- hipoteca- anticrese**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVA, Luís Antônio Vieira da. **História interna do Direito Romano Privado até Justiniano**. Brasília: Senado Federal - Conselho Editorial, 2008
- ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Publicidade Registral Imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POLETTI, Ronaldo. **Elementos de direito romano público e privado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 106.
- TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 3. Ed. Fortaleza, Fa7, 2007.
- VOLTERRA, Eduardo. **Instituciones de derecho privado romano**. Madrid: Editora Civitas S.A., 1986.

Recebido em: 22 dez. 2017.

Aceito em: 25 mar. 2018.

O VALOR INDENIZATÓRIO EM DESAPROPRIAÇÕES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ZONA URBANA

Romeu Thomé

Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Université Laval, Canadá. Doutor em Direito pela PUCMG. Mestre em Direito pela UFMG. Professor permanente do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara.
romeuprof@hotmail.com

RESUMO: O trabalho analisa a definição de parâmetros para a fixação do *quantum* indenizatório na desapropriação de Área de Preservação Permanente (APP) de imóvel urbano. A potencialidade econômica é fator chave para a mensuração dos valores indenizatórios nos casos de desapropriação de imóveis situados em áreas urbanas ou rurais. Não é justa a adoção de critérios idênticos para definir a indenização de áreas com potencialidades distintas. Foram utilizados, além do método jurídico-comparativo, o jurídico-propositivo, a fim de sugerir a necessária utilização de critérios diversos para a fixação do valor da indenização nos casos de desapropriação de APP em imóveis localizados em áreas urbanas ou em áreas rurais. A adoção, pela Administração Pública, de critérios de cálculos específicos para os imóveis rurais na desapropriação de APP urbana afigura-se flagrantemente ilegal e passível, inclusive, de impugnação judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Área de preservação permanente. Desapropriação. Indenização. Zonas urbanas.

The expropriation of permanent preservation area in urban area and the economic compensation

ABSTRACT: This paper has as scope to analyze the definition of parameters for the fixation of the economic compensation in the expropriation of Permanent Preservation Area (APP) of urban property. The economic potential of the property is essential for the analysis of indemnity values in cases of expropriation. It is not appropriate to adopt identical parameters to set the compensation of areas with different potentialities. The legal-comparative and legal-purpose methods were used, with the purpose of suggesting the use of different parameters to determine the value of the economic compensation in cases of expropriation of APP, based on the analysis of the properties characteristics. It is concluded that the adoption by the Public Administration of criteria adopted in the expropriation of rural properties for the expropriation of APP in urban area is illegal.

KEYWORDS: Permanent preservation area. Expropriation. Economic compensation. Urban area.

INTRODUÇÃO

A propriedade é assegurada pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e se afigura como o núcleo do direito das coisas. O direito de propriedade sofre, no entanto, inúmeras limi-

tações no direito positivo contemporâneo, justificadas pela supremacia do interesse público. O interesse privado, individual, não pode se sobrepor aos interesses maiores da coletividade.

A intervenção estatal sobre a propriedade privada revela um poder jurídico do Estado, calcado em sua própria soberania. Desse modo, a intervenção do Estado decorre de seu próprio poder de império (*ius imperii*), a ele devendo sujeição os particulares.

No caso de intervenção na propriedade, há uma atuação vertical do poder público, que estabelece imposições que de alguma forma limitam o uso da propriedade.

Há inúmeras formas de intervenção do Estado na propriedade privada, que variam de acordo com os fins colimados pela Administração Pública. Elas são didaticamente classificadas em: a) intervenção restritiva e; b) intervenção supressiva.

Na intervenção restritiva, o poder público retira algumas das faculdades relativas ao domínio, embora mantenha a propriedade em favor do dono. Renomados doutrinadores do Direito Administrativo pátrio, como Di Pietro (2001) e Marinela (2010), apontam como modalidades de intervenção restritiva a servidão administrativa, a requisição, a ocupação temporária, as limitações administrativas e o tombamento.

Já a intervenção supressiva gera a transferência coercitiva da propriedade de seu dono para o Estado, em virtude de utilidade pública ou o interesse social, previstos em lei. Como se vê, essa drástica intervenção estatal acarreta a perda da propriedade pelo particular. Para a melhor doutrina administrativista, capitaneada por Carvalho Filho (2013), a única modalidade desse tipo de intervenção é a desapropriação.

No presente trabalho pretende-se analisar os critérios utilizados para o cálculo do quantum indenizatório nos casos de desapropriação de **área de preservação permanente (APP)** em imóvel urbano, pressupondo haver prévia justificativa de sua utilidade pública.

Nos termos da Lei Federal 12.651/2012, popularmente denominada Código Florestal (CFlo/2012), APP é uma espécie de área especialmente protegida, com importantes funções ambientais, tais como as de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, além de facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e, ainda, assegurar o bem-estar das populações humanas.

As APPs podem ser instituídas em função de sua localização ou em função de sua destinação.

No que concerne às APPs **instituídas em função de sua localização, convém sublinhar que** se referem a vegetação situada em áreas fundamentais para a prevenção contra erosão do solo, assoreamento, proteção do curso dos rios e das nascentes como, por exemplo, as matas ciliares. As singularidades desses espaços motivaram o legislador a instituir proteção ambiental **por intermédio de lei** (ex vi legis). *Neste passo*, o próprio CFlo/2012, no artigo 4º, se encarregou de tornar essas áreas ambientalmente protegidas, tais como “as áreas no **entorno das nascentes e dos olhos d’água perenes**, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros”, ou as “**restingas**, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues”. (BRASIL, 2012).

Além das APPs instituídas em razão de sua localização, podem ainda **ser criadas APPs em função de sua destinação (artigo 6º)**. Nesse caso, deverão ser declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a **finalidades diversas, tais como** conter a erosão do solo ou proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico. (BRASIL, 2012).

Importa ressaltar ainda que, nas hipóteses do artigo 6º, determinada área pode ser declarada como de preservação permanente através de **decreto exarado** tanto pelo chefe do Poder Executivo Federal, quanto por Governadores e Prefeitos.

Impõe-se sublinhar que, como a própria expressão denota, **áreas de preservação permanente** indicam áreas ambientalmente relevantes e, como tal, devem ter sua vegetação preservada.

Toda propriedade rural ou urbana, seja ela de domínio público ou privado, deverá manter preservadas as APPs, respeitando o preceito constitucional da função socioambiental da propriedade. A vegetação das APPs, preservada, contribui para manter o equilíbrio ambiental, direito de todos, nos termos do artigo 225, caput, da CF/1988. Da leitura deste dispositivo constitucional desata a compreensão de que a vegetação localizada em APP deve ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante, seja pessoa física ou jurídica.

O artigo 2º do CFlo/2012 indica que a instituição de Áreas de Preservação Permanente tem natureza de limitação à propriedade. Trata-se de uma **limitação restritiva com fundamento no princípio constitucional da função socioambiental da propriedade**. *Limitação restritiva*, pois nos casos de APP em propriedades privadas não há a desapropriação (*limitação supressiva*) do bem, mas apenas a restrição da utilização da propriedade privada, calcada na sua função socioambiental. (BRASIL, 2012-b).

Por oportuno, convém registrar que não cabe, portanto, de forma genérica, indenização ao proprietário que alegue prejuízo econômico em decorrência da impossibilidade de exploração direta da(s) área(s) considerada(s) como APPs em sua propriedade. Tais limitações, gerais e abstratas, são instituídas por lei e têm como objetivo a proteção de interesses transindividuais, devendo ser observadas por todas as propriedades que apresentem as características descritas pela Lei Federal 12.651/2012. (THOMÉ, 2018).

No presente trabalho pretende-se analisar se, para o cálculo indenizatório pela aquisição de área, na desapropriação, deverão ser levadas em consideração as APPs existentes no imóvel e, em caso afirmativo, se o cálculo da indenização das APPs em áreas urbanas deverá utilizar critérios iguais ou distintos daqueles utilizados para o cálculo das APPs rurais.

Utilizou-se o método jurídico-comparativo para a identificação das características e funções das APPs em áreas urbanas e rurais, além do método jurídico-propositivo, a fim de sugerir a necessária utilização de critérios diversos para a fixação do valor da indenização nos casos de desapropriação de APP em imóveis localizados em áreas urbanas.

A escassez bibliográfica e o reduzido enfrentamento pelo Poder Judiciário de ações de desapropriação urbana com áreas de preservação permanente e, por conseguinte, de critérios específicos para o cálculo do *quantum* indenizatório, além da necessidade de se buscar a aproximação entre os institutos de direito ambiental e de direito administrativo a partir de uma análise interdisciplinar, justificam a escolha do tema proposto.

1 INDENIZABILIDADE NOS CASOS DE DESAPROPRIAÇÃO DE APP

É cediço que a mera existência de APP em propriedade privada não tem o condão de assegurar ao seu proprietário o direito de receber indenização. Sob outra perspectiva, não se pode olvidar que cabe indenização ao proprietário de imóvel, rural ou urbano, que tenha sua propriedade expropriada pelo poder público.

As intervenções estatais por meio de limitações à propriedade têm fundamento constitucional e estão calçadas no postulado da supremacia do interesse público e no princípio da função social da propriedade. Observa Araújo (2017, p. 262) “que o direito de propriedade continua a ser um direito fundamental, porém vinculado ao dever de cumprir a função social e a função ambiental”. O artigo 5º, inciso XXII, da CF/1988, condiciona o direito de propriedade ao atendimento da função social. Observam Matias e Mendes (2016, p. 16) que

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

Advirta-se, por oportuno, que a utilidade pública se caracteriza quando a transferência do bem se apresenta conveniente para a Administração Pública. Já o interesse social, diferentemente, está presente nas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade.

O inciso XXIV do art. 5º da CF/1988, considerado o dispositivo fundamental para as desapropriações, enuncia que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Cumpra rememorar que a competência para declarar a utilidade pública de imóvel para fins urbanísticos é do Município, nos termos do artigo 30, incisos I e VIII e art. 182, §3º, ambos da CF.

A indenização ofertada deve corresponder ao real valor do bem expropriado, ou seja, essa especial modalidade de contraprestação deve ser suficiente para recompor o patrimônio do particular.

O valor da indenização a ser paga pelo ente expropriante ao particular, não raras vezes, enseja o ajuizamento de ação para sua fixação judicial, pois nem sempre o procedimento administrativo logra a obtenção de acordo entre as partes sobre o preço do bem. Cumpra observar, por oportuno, que o mérito da contestação somente poderá discutir o *quantum* indenizatório.

Importa, nesse ponto, analisar especificamente a indenização devida em razão da desapropriação de imóveis urbanos detentores de Áreas de Preservação Permanente-APP.

Poder-se-ia indagar, inicialmente, qual seria o interesse do poder público em desapropriar a APP de determinado imóvel, tendo em vista o seu caráter de proteção estabelecido pelas normas ambientais. O próprio CFlo/2012 apresenta-nos a resposta: a redação do artigo 8º prevê a possibilidade de intervenção ou supressão de vegetação em APP, mediante **autorização do órgão ambiental competente**, nos casos de **utilidade pública**.

Desse modo, a vegetação em APP poderá ser suprimida, por exemplo, para atividades de proteção sanitária ou para obras necessárias à defesa civil, assim como para a realização “de obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações e radiodifusão”. (artigo 8º, *caput*, c/c artigo 3º, inciso VIII, “a”, “b” e “c” da Lei 12.651/2012). (BRASIL, 2012).

Como se vê, em determinadas situações específicas, delimitadas em cada caso concreto, deverá o poder público intervir em APP localizada em propriedade privada para a realização de

atividades de utilidade pública. Tais intervenções podem ser supressivas e, nesses casos, materializam-se por meio do instituto da desapropriação da área, com o prévio pagamento da devida indenização ao proprietário do imóvel.

Resta claro que, nos casos de desapropriação integral, por utilidade pública, de propriedades detentoras de áreas de preservação permanente ou de desapropriação parcial que atinja apenas as APPs, tais **áreas ambientalmente protegidas devem ser consideradas no cômputo final do valor indenizatório da desapropriação.**

Para se exonerar da responsabilidade de indenizar os proprietários pelo espaço da APP presente em propriedade privada, o ente expropriante usualmente sustenta argumentos nada convincentes, como o de que as áreas ambientalmente protegidas localizadas em propriedades privadas, em decorrência de suas características preservacionistas, não seriam indenizáveis pelo poder público, ou de que a proibição do uso e gozo da área ou de sua potencialidade pelo proprietário resultaria no esvaziamento do seu valor econômico para fins de indenização nos casos de desapropriação.

Não se pode olvidar que

as APPs se configuram como limitações restritivas à propriedade, afetando o caráter absoluto da mesma, o que não as excluem do domínio do proprietário. Assim, o valor da indenização nos casos de desapropriação deverá abarcar toda a extensão da propriedade, inclusive as Áreas de Preservação Permanente. (THOMÉ, 2018, p. 323).

O fato de se caracterizarem como áreas de proteção ambiental não esvazia o valor econômico de uma APP, devendo ser devidamente indenizadas pelo poder público. A jurisprudência também tem se posicionado neste sentido. Vejamos.

DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. MATAS SUJEITAS À PRESERVAÇÃO PERMANENTE. VEGETAÇÃO DE COBERTURA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DESPROVIDO.

A existência de cobertura vegetal sujeita à limitação legal quanto à exploração não elimina o valor econômico das matas preservadas, nem afeta negativamente o patrimônio do expropriado. Não é admissível considerar essa vegetação como elemento neutro na apuração do valor devido pelo expropriante, máxime quando o uso do subsolo implicará no desmatamento da área com o aproveitamento econômico da extração da madeira. (PARANÁ, 2004).

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. MATAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INDENIZABILIDADE. LAUDO PERICIAL. SUM. 7/STJ. JUROS COMPENSATORIOS. CUMULAÇÃO DOS JUROS MORATORIOS COMO OSCOMPENSATORIOS. APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DASSUMULAS 12, 69, 70, 98, 102 E 114/STJ.

[...]. Conforme já decidiu esta corte, as matas que recobrem a área expropriada representam um valor econômico, portanto, as limitações administrativas quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, impõe-se a obrigação indenizatória justa, espandendo mascarado confisco. A discussão quanto à indenização esbarra na Súmula 7/STJ, uma vez que é impossível o seu reexame pela via eleita do especial. "Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel". - Sum. 69/STJ. Da mesma forma: "os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente." - Sum. 114/STJ. "A incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedados em lei." Sum. 12 e Sum. 102/STJ. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 1997).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ESTACÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225,

PAR.4.) - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDO SPELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO.

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública. A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes. A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. - A norma inscrita no art. 225, par. 4., da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225, par. 4., da Carta da República, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, par. 4., da Constituição. - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art.225, *caput*). (BRASIL, 1995).

Não restam dúvidas de que o imóvel urbano integrado por APP ostenta um valor superior a outros imóveis urbanos que não contam com essas especiais áreas ambientalmente protegidas, razão pela qual se impõe a respectiva indenização na hipótese de desapropriação.

2 A INDENIZAÇÃO DE APP EM TERRENOS URBANOS E A DETERMINAÇÃO DE SEU VALOR

Importante salientar, de pronto, que por disposição constitucional a indenização, nos casos de desapropriação por utilidade pública, deve ser justa, prévia e em dinheiro (artigo 5º, inciso XXIV, CF/1988).

Para que seja justa, a indenização deve abarcar, além do valor atual do bem expropriado, também os danos emergentes e os lucros cessantes decorrentes da perda da propriedade, os juros moratórios e compensatórios, a atualização monetária, as despesas judiciais e os honorários advocatícios, quando for o caso.

Ensina Di Pietro (2001) que “a indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro.”

Para a definição do valor justo nos casos de desapropriação, uma série de critérios técnicos é utilizada pelos peritos responsáveis pelo cálculo. É cediço que os critérios usados nos casos de desapropriação de imóvel rural são distintos daqueles utilizados na desapropriação de imóvel urbano, em decorrência das características intrínsecas a cada um deles e, sobretudo, das formas de utilização e exploração desses imóveis.

Em determinadas situações específicas, o poder público utiliza, equivocada e indevidamente, critérios próprios para o cálculo do valor indenizatório de imóveis rurais em desapropriações de imóveis urbanos. Essa indistinta adoção de critérios tem o condão de esvaziar o valor do imóvel urbano desapropriado, acarretando prejuízos significativos ao particular.

Tal descompasso talvez se dê em virtude da inerente proximidade entre os institutos de direito ambiental e de direito urbanístico. Para Rúsvel Beltrame (2008), a aproximação entre essas duas disciplinas exige uma leitura harmônica do artigo 182, que trata da política urbana, e do artigo 225, que dispõe sobre a proteção do meio ambiente, ambos da CF/1988. Observa que “o regime jurídico do uso do solo não pode desconsiderar a proteção ambiental. Do mesmo modo, a proteção das áreas de preservação não pode desconsiderar as necessidades vitais dos habitantes das cidades (circulação, habitação, trabalho e lazer).”

Entretanto, a conexão e a afinidade entre as referidas disciplinas não podem se transmutar em confusão e aplicação incorreta de seus instrumentos. Nesse ponto, convém rememorar a inegável autonomia científica do direito ambiental e do direito urbanístico, ambos com seus institutos e objetivos bem delineados.

Assim como parte dos instrumentos de direito urbanístico são inaplicáveis às áreas rurais e às atividades desenvolvidas no campo, os institutos de direito ambiental a serem aplicáveis às áreas urbanas devem ser interpretados a partir da perspectiva do direito urbanístico e das características peculiares às cidades.

Interessa-nos analisar, especificamente, a função da APP em dois contextos distintos: quando localizada em área rural e quando situada em zona urbana.

A APP, espécie de espaço ambientalmente protegido, revela o intuito do legislador de resguardar, preferencialmente, o meio ambiente natural, em face do qual a intervenção humana apresenta-se apenas como aspecto incidental (ANTUNES, 2012). Nesse sentido, resta clara no artigo 3º, II do CFlo/2012, a função da APP localizada em zonas rurais: “função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora e proteger o solo”. (BRASIL, 2012).

Já em zonas urbanas, a função da APP deve ser analisada de maneira sistêmica, levando-se em consideração os instrumentos de direito urbanístico e as normas específicas que disciplinam as atividades urbanas, como o plano diretor e a lei de uso e ocupação do solo. O regimento genérico do CFlo/2012, ao apontar a necessidade de proteção da APP em área urbana, não pode excluir a incidência das determinações específicas previstas nas normas urbanísti-

cas. Nesses casos, as normas ambientais e urbanísticas devem ser interpretadas em conjunto, sob o pano de fundo da cidade e de suas peculiaridades.

O Código Florestal vigente, tal qual, nesse ponto, seu antecessor, expressamente prevê a possibilidade de instituição de APP em áreas urbanas, nos termos expressamente enunciados em seu artigo 4º. No entanto, nada obstante a literalidade da legislação de regência, há julgados que negam a aplicabilidade da APP em áreas urbanas. Vejamos.

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS. LEGISLAÇÃO FLORESTAL. FLORESTA URBANA, INEXISTÊNCIA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

A embargada agiu dentro da legalidade, conforme orientações locais de proteção ambiental, não se tratando de área de preservação permanente, tendo em vista ser inaplicável ao caso o Código Florestal, que assim define as áreas 'de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura' (art. 2º, a, I, da Lei 4.771/1965), uma vez que se trata de área urbana, cujas peculiaridades devem ser levadas em consideração ao se aplicar a legislação florestal". (BRASIL, 2008).

No mesmo sentido decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

O art. 2º da Lei 4.771/65 – Código Florestal e art. 4º, inc. III, da Lei 6.766, de 19/12/79 – Parcelamento do Solo, não se contradizendo, mas convivendo, ocupam-se de situações de fato diferentes: o Código Florestal é aplicável à área rural, sendo estranho, por isso, quando se trata de parcelamento de área do solo urbano, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal (art. 3º, da Lei 6.766/79).

Para Antunes (2012, p. 421), “a própria definição conceitual de APP indica que ela não se compatibiliza com áreas urbanas”.

Parece-nos inequívoco que, havendo o reconhecimento protetivo das áreas de preservação permanente também às áreas urbanas, as funções e características dessas APPs devem ser analisadas como instrumento de política urbana, à luz dos institutos de direito urbanístico.

Nesse mesmo sentido, destaca Rúsvel Beltrame (2008, p. 202), Procurador do Município de Belo Horizonte, que “[...] a aplicação do Código Florestal no meio ambiente urbano se dá em contexto absolutamente diverso do meio ambiente rural.”.

Pode-se afirmar, ainda, que:

[...] as áreas de preservação permanente em áreas urbanas não anulam o direito de construir do particular como regra geral. Nesses casos, surge verdadeira colisão entre dois princípios de estatura constitucional, o direito ao ambiente e o princípio da livre iniciativa associado ao direito fundamental de propriedade. A colisão de princípios deverá ser solucionada pelo método da proporcionalidade, conferindo-se peso às normas e fatos incidentes no caso concreto, buscando a conciliação dos dois valores em colisão. (BELTRAME, 2008, p. 207).

Nesse diapasão, apresenta-se plenamente possível, segundo o eminente Procurador do Município de Belo Horizonte, o consentimento do órgão ambiental competente para a intervenção em áreas de preservação ambiental localizadas em zonas urbanas. O consentimento estatal para a utilização da área, nesses casos, mostra-se como direito público subjetivo do particular.

Tratando-se de contextos diversos, os institutos relacionados à desapropriação de APP devem, por óbvio, levar em consideração as peculiaridades de sua localização. Assim, os critérios de cálculo do valor da indenização em áreas urbanas devem ser aplicados para toda a extensão do imóvel desapropriado, inclusive para as áreas de preservação permanente. Não há justificativa plausível para equiparar o valor de uma APP urbana ao de uma APP rural.

A incoerência para a fixação do *quantum* indenizatório pela administração pública é flagrante. O ente público propõe o pagamento da indenização atrelando-o às características de um imóvel rural, mas, uma vez transferido o bem para o domínio público, a vegetação de APP é imediatamente suprimida para a realização de obras urbanas.

Constata-se que, não raras vezes, o município utiliza-se dos instrumentos previstos no direito administrativo urbanístico para promover a política urbana e suprimir a propriedade particular, mas se apega aos conceitos e institutos da política ambiental para calcular o valor da indenização expropriatória a menor.

Ora, considerando a localização urbana do imóvel (e de sua respectiva APP) e considerando que a APP tenha sido desapropriada para a realização de uma atividade/obra de política urbana, o cálculo do *quantum* indenizatório de toda a extensão do imóvel deve ser fixado a partir de parâmetros urbanos.

O cálculo da indenização das áreas de preservação permanente deve considerar, além da área objeto da desapropriação, outros fatores inerentes à propriedade e que interferem no *quantum* final, como sua aptidão agrícola ou urbana, a área ocupada, a dimensão e a localização do imóvel.

É exatamente em virtude da vocação agrícola dos imóveis rurais que o valor indenizatório para essas espécies de espaços territoriais ambientalmente protegidos, por vezes, mostra-se reduzido em relação à área remanescente, e com certeza deverá ser menor se comparado aos imóveis urbanos. Raras são as situações que justificam a supressão de vegetação de APP de imóvel rural previstas no artigo 8º do CFlo/2012. A APP rural somente poderá ser utilizada com alguma finalidade econômica pelo proprietário do imóvel em ocasiões excepcionais. Convém ressaltar que a cobertura florística em APP também deve ser indenizada. A diminuta potencialidade econômica da APP rural justifica a utilização de critérios específicos para o cálculo de sua indenização.

As APPs localizadas nos limites da cidade, por sua vez, apresentam inegável aptidão urbana. A utilização dessas áreas para a implementação de políticas públicas urbanas pelos municípios justifica a aplicação do artigo 8º da Lei 12.651/2012 e a consequente supressão da vegetação para obras de utilidade pública, com a finalidade de assegurar o bem-estar das populações humanas.

Diferentemente das APPs rurais, as urbanas apresentam enorme potencialidade de uso, sobretudo pelo poder público, o que também justifica a utilização de critérios indenizatórios específicos para os imóveis urbanos. Não é demais destacar que, por determinação constitucional, a indenização deve ser justa, o que significa dizer que para a realização do cálculo do *quantum* indenizatório devem ser observadas as características inerentes às APPs urbanas, além de serem considerados todos os demais dados e elementos inerentes à situação fática do imóvel.

3 UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DA ÁREA REMANESCENTE À DESAPROPRIAÇÃO

A existência de Áreas de Preservação Permanente está intrinsecamente atrelada à sua função ambiental “de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora e proteger o solo”. (BRASIL, 2012). Com isso, uma área será considerada de preservação permanente caso se enquadre na previsão

dos artigos 4º e 6º do CFlo/2012 (instituídas por lei ou por ato do poder público), além de exercer a sua função ambiental de preservar os bens naturais descritos na lei.

Observa Araújo (2008, p. 205), em sua obra intitulada “As áreas de preservação permanente e a questão urbana”, que um dos principais objetivos do legislador ao determinar a preservação de APPs em zonas urbanas foi a proteção dos recursos hídricos. “Essa é a finalidade da extensão das áreas de preservação permanente às áreas urbanas”, afirma a autora.

A descaracterização da área ambientalmente protegida a partir da implementação de determinadas intervenções humanas esvaziam o objetivo de proteção, embora possam ainda continuar a se enquadrar no conceito normativo.

Nos casos em que já houve intervenção em APP, por exemplo, para a implantação de obra de infraestrutura de transporte às margens de rio em área urbana, não há mais que se falar na permanência da referida limitação administrativa na área remanescente originária da APP por ausência de sua finalidade. Se a faixa de terreno mais próxima do curso d'água foi transformada em alça viária, a mais distante do corpo hídrico não mais exerce a função de proteção dos recursos naturais, tornando sem objeto a restrição à possibilidade de seu uso, em que pese ainda se inserir no literal enquadramento legal.

Como se vê, caso isso venha a acontecer, a faixa de terreno remanescente à intervenção humana perde também qualquer tipo de finalidade protetiva, o que justifica a sua utilização para o exercício de diversas atividades econômicas, dentro dos limites e coeficientes definidos pelas normas urbanísticas vigentes.

A possibilidade de intervenção em APP urbana e de exercício do direito de construir pelo particular reforça a exigência de que os critérios a serem utilizados para o cálculo do valor indenizatório, nesses casos, não poderão ser aqueles aplicáveis aos imóveis rurais, mas sim deverão ser aqueles vinculados ao aproveitamento dos imóveis urbanos.

Ademais, é relevante considerar também que a possibilidade de justificativa plausível até mesmo para a intervenção em APP urbana pelo particular torna plenamente possível a utilização econômica da área remanescente não desapropriada pelo poder público, caso tenha se perdido com a obra de infraestrutura qualquer tipo de função protetiva do meio ambiente.

CONCLUSÕES

Existem intervenções estatais na propriedade privada que importam criação de limitações restritivas ao direito de propriedade ou limitações supressivas. A desapropriação caracteriza-se como uma limitação supressiva, que impõe ao ente expropriante a necessidade de pagamento de uma indenização justa, prévia e em dinheiro.

A justa recomposição do patrimônio do expropriado constitui o tema de maior complexidade argumentativa relacionado ao instituto da desapropriação. O preço do bem se afigura como o único argumento de mérito que pode ser discutido pelo expropriado na ação de desapropriação judicial.

É pacífico na melhor doutrina e jurisprudência pátria que a indenização pela aquisição de área, pelo poder público, deverá considerar também as APPs existentes no imóvel, que deverão ser mensuradas e valoradas para a adequada e justa composição do quantum indenizatório. A proteção constitucional dispensada ao direito de propriedade pressupõe a plena indenizabilidade das coberturas vegetais que recobrem áreas dominiais privadas que integram imóvel urbano que se torna objeto de desapropriação. Não se afigura coerente com o sistema constitu-

cional que o Estado se subtraia ao pagamento da indenização da APP simplesmente em razão da impossibilidade, pelo expropriado, de esgotamento das potencialidades econômicas dessa área. Como não se veda o aproveitamento econômico de áreas de preservação permanente, deve-se reconhecer a expressão econômica que lhes é ínsita, recompondo integralmente o patrimônio do particular.

Caso o ente expropriante não considere a APP no cômputo do preço, ao particular assegura-se o direito de recusar a proposta ofertada administrativamente para impugnar esse valor na subseqüente fase judicial a ser instaurada pelo ente expropriante.

O CFlo/2012 prevê expressamente a possibilidade de intervenção ou supressão de vegetação em APP de imóveis urbanos, mediante autorização do órgão ambiental competente, nos casos de utilidade pública. Inúmeros serviços estatais demandam a supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, tais como atividades de proteção sanitária, obras necessárias à defesa civil, além das obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, saneamento, gestão de resíduos e energia. Como se percebe, há nítido interesse do poder público na desapropriação de imóveis urbanos detentores de APPs.

Para que o valor da indenização na desapropriação se afigure justo, em respeito às determinações constitucionais, deve-se levar em consideração a função da APP em área urbana, a ser analisada de maneira sistêmica, nos termos dos instrumentos de direito urbanístico e das normas específicas que disciplinam as atividades urbanas, como o plano diretor e a lei de uso e ocupação do solo.

Não remanescem dúvidas de que o cálculo da indenização das áreas urbanas que constituem objeto de desapropriação deverá utilizar critérios distintos daqueles utilizados para o cálculo da indenização em áreas rurais, uma vez que se referem a objetos, pressupostos e usos diversos. Conforme demonstrado no presente trabalho, a adoção pela Administração Pública de critérios de cálculos específicos para os imóveis rurais na desapropriação de APP urbana afigura-se ilegal e, nesse ponto, se torna passível, inclusive, de impugnação judicial a ser oposta pelo expropriado como matéria de mérito em sede de contestação na própria ação de desapropriação.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAÚJO, Giselle Marques de. Função ambiental da propriedade: uma proposta conceitual. Belo Horizonte: **Revista Veredas do Direito**, v. 14, n. 28, 2017, p. 251-276. Disponível em <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/985>>

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Trabalho da consultoria legislativa da Câmara dos Deputados, 2002. In: BELTRAME, Rúsvel. Ponderação constitucional nos direitos ambiental e urbanístico: solução para a colisão de interesses gerada pela aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte-RPGMBH**, ano 1, n.1, jan/jun. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BELTRAME, Rúsvel. Ponderação constitucional nos direitos ambiental e urbanístico: solução para a colisão de interesses gerada pela aplicação do Código Florestal nas áreas urbanas. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte-RPGMBH**, ano 1, n.1, jan/jun. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 193 – 209.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.317.806-MG. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 6 nov. 2012-b.**

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

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de mai. de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa**, Brasília, DF, mai 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 95299-SP. Relator Ministro José de Jesus Filho. **Data do julgamento: 20 fev.1997.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 134297-SP. Relator Ministro Celso de Mello. **Data do julgamento: 13 jun.1995.**

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. EINF 200472000100900. Relatora: Maria Lúcia Luiz Leiria, **Data do julgamento: 8 set. 2008.**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

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 FA7**: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro / FA7, v.13, n.2 (jul./dez. 2016). Fortaleza: FA7, 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 143.834-2. Relator Desembargador Munir Karam. Data do Julgamento: 25 mai. 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. ACMS 2003.003060-3, de Joaçaba. Relator Desembargador Luiz César Medeiros.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

Recebido em: 30 dez. 2017.

Aceito em: 29 abr. 2018.

EMPRESA CONTEMPORÂNEA E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

João Luis Nogueira Matias

Doutor em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Comercial pela USP. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNI7 e da UFC. Juiz Federal. joaoluisnm@uol.com.br

Mônica de Sá Pinto Nogueira

Mestranda em Direito Privado na UNI7. Advogada. monica.pintonogueira@gmail.com

RESUMO. A empresa é instituto que está em constante transformação, adquirindo novas dinâmicas e padrões sempre com o objetivo de obter melhor eficiência econômica. A empresa contemporânea segmentou seu processo produtivo de bens, suscitando novos modelos de organização da atividade empresarial, do que são exemplos os grupos de sociedades unificados pelo poder de controle. Nesse âmbito, a empresa foi reconhecida como agente organizador da atividade produtiva e econômica, assumindo, assim, a função de agente econômico. Diante dessa dinâmica, não se pode deixar de reconhecer que, ao lado dos interesses privados, coexistem interesses alheios aos dos sócios. Logo, o direito societário incorporou a disciplina dos interesses internos e externos da empresa, abrangendo, portanto, os interesses dos sócios, empregados, fornecedores, consumidores e da comunidade em geral, entre outros. Os grupos de sociedades ganharam cada vez mais importância, chegando a ser considerados um dos principais formatos organizativos da atividade empresarial, e, por isso, requer que seus limites de atuação sejam delineados. Nesse sentido, evidenciam-se instrumentos internacionais, como, por exemplo, os Princípios Norteadores de Direitos Humanos e Empresas da ONU e as Diretrizes da OCDE para empresas multinacionais, que servem de parâmetro para a responsabilização civil das empresas em face das suas cadeias de produção globais.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa. Direitos humanos. Função pública das empresas. Grupos de sociedades. Cadeias de produção.

Contemporary firm and the protection of human rights

ABSTRACT: The Firm is an institute in constant transformation, acquiring new dynamics and patterns in order to develop a better economic efficiency. The contemporary firm segmented its good-production process, enhancing new forms to organize the economic activity, among others the society groups unified by power of control. In this context, the firm was recognized as the organizing agent of the productive economic activity, assuming, thus, the function of economic agent. Whiten this dynamic, it must be recognized that, beside the private interests coexists interests others than the partner's. Soon societary law incorporated the discipline of the internal and external interests of the firm, covering, there after, the interests of partners, employees, suppliers, consumers and the community in general, among others. The society won even more importance, going as far as been considered the most important organizative layout of the entrepreneurial activity and, thus, requiring the delineation of its operating boundaries. In this regard, international instruments are caught in the spotlight, for example, the United Nations Guiding Principles in Business and Human Rights and the OECD guidelines for multi-

national enterprises, that work as parameter for the civil liability of firms in the global production chains.

KEYWORDS: Firm. Human rights. Public function of the firms. Groups of companies. Global production chains.

INTRODUÇÃO

No contexto da globalização econômica, diversos institutos jurídicos têm se transformado, o que também se dá com a empresa. A segmentação dos processos produtivos de bens e sua consequente dispersão geográfica em cadeias de produção globais impulsionaram um novo modelo de empresa, constituída, como sabido, por um feixe de contratos, que pode levar à constituição de grupos societários.

Por sua vez, os grupos societários, em face das transformações de mercado e da complexa interdependência da empresa em relação aos seus modos de produção, mostram-se em múltiplas maneiras de organização, expressos em constata mutação, sem obedecer os limites de cada personalidade jurídica participante. Desse modo, as forças globalizantes aliadas às estratégias empresariais de reorganização da produção em cadeias produtivas globais dão ensejo à evolução do direito societário.

A empresa passa a ser definida como organização de fatores de produção ou circulação de bens e serviços, ou seja, é reconhecida como agente organizador da atividade produtiva e gestora das propriedades privadas, tornando-se elemento imprescindível para os modos de produção capitalista, assumindo a função de agente econômico.

Acompanhando essa dinâmica, o direito societário passa cada vez mais a ter um viés publicista, incorporando às sociedades empresariais a função de preservar outros interesses além dos interesses dos sócios, que abrangem todos os demais interesses que circundam à sociedade empresarial.

Ao longo do século XX, o fenômeno dos grupos de sociedades assumiu grande importância, sendo considerados uma das principais modalidades de organização da atividade empresarial. Os grupos de sociedade possuem estrutura organizacional que lhes conduzem inevitavelmente às técnicas de controle e de coligação, que, por seu turno, se amoldam aos interesses das grandes empresas multinacionais.

Não obstante, a criação dos grupos societários permitiu ainda mais a concentração do poder econômico, aumentando a desigualdade social. E, em razão disso, desenvolvem-se instrumentos para delinear seus limites de atuação. Diante do atual ordenamento jurídico, impõe-se às empresas um papel além do que tinham outrora, quando se vislumbrava unicamente o lucro, tendo em vista que a atividade destas atinge a sociedade em uma perspectiva social tanto quanto a própria ordem econômica.

Nesse sentido, apontam-se relevantes instrumentos internacionais, que servem de parâmetro para a responsabilização das empresas no que diz respeito aos direitos humanos, dentre os quais se destacam, os ‘Princípios Norteadores de Direitos Humanos e Empresas’, elaborados pela Organização das Nações Unidas (ONU), e as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico(OCDE) para empresas multinacionais, que consistem em recomendações para uma conduta empresarial responsável no contexto global.

Em tal contexto, despontam os seguintes questionamentos: sob a perspectiva jurídica, o modelo de empresa contemporânea está adequado ao direito societário? No atual contexto, em

que a empresa é compreendida como uma atividade econômica organizada, quais são seus interesses internos e externos? Como e em que proporção os grupos de sociedades estão relacionados às cadeias de produção globais? De acordo com os princípios da ONU e com as diretrizes da OCDE, como e em que medida os grupos de sociedades são responsáveis pela efetivação dos direitos humanos?

Com o objetivo de responder a tais questionamentos, pretende-se investigar, inicialmente, sob a perspectiva jurídica, se o modelo de empresa contemporânea está adequado ao direito societário. Em seguida, com suporte na ideia de empresa-instituição, abordam-se os interesses internos e externos da empresa, para depois analisar os grupos de sociedades e sua relação com as cadeias de produção globais. No último capítulo, verifica-se se os princípios da ONU e as diretrizes da OCDE permitem novas perspectivas para a responsabilidade dos grupos de sociedade por descumprimento dos direitos humanos.

Ao final serão apresentadas as conclusões.

Recorre-se ao método sistêmico para realizar pesquisa qualitativa e bibliográfica.

1 A EMPRESA CONTEMPORÂNEA E A EVOLUÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO

A modificação contemporânea pela qual a empresa passa não é sintetizada de maneira simples, haja vista o fato de estar diretamente relacionada à complexidade social e econômica, que implica em alterações paradigmáticas no próprio direito societário. Acompanhando esse movimento desde a Idade Média até os dias atuais, à medida que o mercado evoluiu, surgem e desenvolvem-se distintos modelos de empresa, que alteram gradativamente seus modos de produção (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 35).

Como consequência, o Direito Comercial também é alterado. Numa primeira fase foi elaborado com base nos costumes e nas regras das corporações de ofício, tendo por objeto apenas as atividades do comerciante. Depois foi ampliado, passando a abarcar todos os atos de comércio, independentemente da caracterização do sujeito que o praticasse. E, mais tarde, já em uma terceira etapa, a ideia de Direito Comercial desloca-se do "ato de comércio" para a "atividade econômica organizada", ou seja, a empresa (FORGIONI, 2016, p. 40-42, 49, 72-73).

Assim, a empresa, em todos os seus formatos, passa a ser o núcleo central do direito comercial.

Nesse sentido, Paula A. Forgioni (2016, p. 75) expressa que, "Mais uma vez, ao mesmo tempo que viram as páginas da história, também progride a técnica, modificam-se as estruturas políticas, sociais e econômicas, e evoluem os sistemas jurídicos. Não escapa à regra o direito que regula a atividade produtiva para o mercado".

É no contexto de tais inovações que, para Eduardo Munhoz (2002, p. 4-5), o atual formato organizacional da atividade empresarial tem como pressuposto a existência de estruturas organizacional e patrimonial próprias, voltadas à consecução de interesses que vão além dos interesses dos sócios.

Com efeito, já alertava John Kenneth Galbraith (1982, p. 59-60), nas grandes sociedades os empresários cederam lugar à tecnoestrutura. A liderança da empresa no passado era exercida exclusivamente pelo empresário, sendo este, então, que unia a propriedade ou o controle de capital às inovações. Com o advento da nova concepção de empresa, cuja organização separa a

propriedade do controle da empresa, o empresário não existe mais como pessoa individual. Ele foi substituído por uma entidade coletiva. A direção da empresa moderna é formada por “[...] inúmeros indivíduos que estão empenhados, em qualquer tempo determinado, em obter, digerir ou trocar e analisar informações. [...] Por conseguinte, a decisão na empresa moderna é produto não de indivíduos, porém de grupos”.

No mesmo sentido, Eduardo Munhoz (2002, p. 73): “Em face dessa estrutura, abre-se caminho para a dissociação entre a propriedade do capital e o controle societário-empresarial, permitindo-se a criação de uma estrutura administrativa técnica e especializada (tecnocracia)”.

As modificações são bem mais amplas, seguindo além das alterações internas na empresa, ensejando novas formas de empresa e impactando a relação entre empresas diferentes.

A evolução da realidade econômica deu ensejo a diversas modalidades de organização da atividade empresarial, destacando-se os grupos societários e as múltiplas manifestações do poder de controle.

Até pouco tempo, de acordo com Fábio Comparato (1996, p. 40), a estrutura organizacional das grandes empresas era a de um grupo societário de subordinação, abrangendo uma sociedade controladora e várias controladas, que, por sua vez, eram hierarquizadas piramidalmente, fixando-se a empresa *holding* em seu topo.

Não obstante, com o advento da descentralização da cadeia de produção, houve múltiplas manifestações pela adoção do esquema reticular, que refuta o modelo de empresa tradicional, com participação societária de capital, aproximando-se de um modo de organização que é constituído por uma rede de contratos, fato significativo de que é um grupo de coordenação. Continua o autor, destacando que a sociedade controladora tem apenas a função de governo sobre as outras empresas, “[...] fornecedoras de componentes ou matérias-primas, fabricantes dos produtos acabados, pesquisadoras de novos produtos e novos mercados, ou distribuidora em diferentes mercados nacionais” (COMPARATO, 1996, p. 41).

Nesse sentido, José Engrácia Antunes (1994, p. 153) entende que, “A empresa de grupo (ou plurissocietária) constitui uma nova e revolucionária forma de organização da empresa moderna, alternativa aos tradicionais modelos da empresa individual e da empresa unissocietária”.

Nesse âmbito, é fundamental se ter uma visão de como o poder econômico das empresas se revela ante seus interesses internos e externos. E é com base nesse novo panorama de empresa que se realizará o exame dos seus interesses.

2 FUNÇÃO PÚBLICA DA EMPRESA: INTERESSES INTERNOS E EXTERNOS

Consoante exprime Eduardo Munhoz (2002, p. 27), a grande dicotomia entre o direito público e direito privado vem sendo ultrapassada pelo sistema jurídico, haja vista que, desde o Estado social, deixou de existir uma separação estanque dos interesses público e privado. Reconheceu-se, com efeito, uma nova categoria de “*agentes privados, investidos de funções sociais*”.

Segundo esse autor, o direito societário afasta-se do direito privado, que, por sua vez, é exclusivamente destinado a regular os interesses dos agentes econômicos, numa concepção liberal de *laissez-faire*, incorporando às sociedades empresariais a função de constituir instru-

mentos de implementação de políticas públicas, que promovam os valores consagrados pelo ordenamento jurídico.

A empresa passa a ser definida, pois, como uma organização de fatores de produção ou circulação de bens e serviços, ou seja, está inserida na ordem econômica¹ como agente organizador da atividade produtiva e gestora das propriedades privadas, além de ter, dentre seus deveres, o atendimento à justiça social (art. 170, CF/88). Desse modo, a empresa constitui elemento imprescindível para o modo de produção capitalista, nos moldes definidos na Constituição, passando a ser entendida como um agente econômico (FORGIONI, 2016, p. 93-96).

Como se vê, não cumpre mais ao direito societário apenas a disciplina dos interesses internos, ou seja, dos sócios exclusivamente, mas também daqueles externos, que abrangem todos interesses que circundam a sociedade empresarial, dentre os quais se realçam os dos empregados, fornecedores e consumidores (MUNHOZ, 2002, p. 29).

Nesse intento, a lei de sociedade por ações faz alusão aos interesses internos e externos da empresa, ao prever em seus artigos 116 e 154, respectivamente, que o acionista controlador deverá ter em conta os interesses dos demais acionistas, dos seus trabalhadores, bem como o da comunidade em que atua; ao mesmo tempo, determina que o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferirem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.²

Desse modo, segundo Fábio Comparato (1996, p. 44), “[...] a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados [...]”. De fato, a lei societária determina que tanto as pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua, devem ser considerados.

É na mesma linha que Eduardo Munhoz (2002, p. 38) defende que a teoria institucionalista da sociedade suscita que “[...] as sociedades existem e se desenvolvem não para atender aos interesses dos sócios (dos capitalistas), mas sim para servir ao interesse público representado pela empresa, como organização que transcende a sociedade comercial”.

Na compreensão desse autor, a teoria institucionalista volta-se à função econômica de interesse público da macroempresa, indicando a valorização do órgão de administração da sociedade empresária. Assim, ainda que em detrimento do interesse dos sócios deve se ater à autopreservação da unidade produtiva.

Malgrado o disposto, Fábio Comparato (1983, p. 301) alerta para a noção de que o reconhecimento dos interesses externos da sociedade não implica dizer que esta tenha como objetivo primordial, senão único, o interesse coletivo. Ora, é evidente que toda empresa tem dentre seus objetivos o lucro, o que não o torna, entretanto, um direito absoluto. Nesses termos, apesar da afirmação legal de que a empresa tem como escopo o lucro (art. 2º, Lei 6404/76)³,

¹ Segundo Max Weber (2012, p. 209), a ordem econômica é a distribuição do efetivo poder de disposição sobre bens e serviços econômicos, que resulta consensualmente do modo de equilíbrio de interesses e da maneira como a ordem jurídica e a economia social são de fato empregados.

² Art. 116, parágrafo único, Lei 6.404/76. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 154, caput, Lei 6.404/76. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

³ Art. 2º, caput, Lei 6.404/76. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

“[...] a liberdade individual de iniciativa empresária não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres de ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição”.

Com efeito, a empresa tem a função de estabelecer regras que proporcionem à máxima eficiência dos seus interesses internos e externos. “Uma eficiência não apenas produtiva, mas distributiva, que assegure duradoura prosperidade, rentabilidade e repartição equitativa de resultados entre todos os participantes da atividade empresarial” (MUNHOZ, 2002, p. 93-101).

É com essa perspectiva que se refletirá a seguir acerca dos grupos de sociedade e as cadeias de produção globais.

3 OS GRUPOS DE SOCIEDADES E AS CADEIAS DE PRODUÇÃO GLOBAIS

Como decorrência da globalização, ao longo do século XX, o fenômeno dos grupos de sociedades ganhou dimensão no plano nacional e internacional, sendo considerados uma das principais formas organizativas da atividade empresarial. Certamente, os grupos de sociedades possuem estrutura organizacional que as conduz inevitavelmente às técnicas de controle e de coligação. Por sua vez, esse conjunto de métodos é considerado como sistema jurídico inerente à organização das empresas multinacionais, predominado, portanto, em tempos de economia globalizada. Assim sendo, as multinacionais ou transnacionais, sob o aspecto jurídico, muitas vezes se identificam com os grupos de sociedades (MUNHOZ, 2002, p. 93-101).

Segundo Engrácia Antunes (1993, p. 12), há informações de que na Bélgica os grupos de sociedade de maior porte têm, muitas vezes, mais de cem sociedades controladas ou coligadas. Na Alemanha, estima-se que 92% das sociedades anônimas estão, de algum modo, coligadas. Na França, as empresas plurissocietárias representam cerca de 50% do volume total de negócios industriais, 60% dos investimentos, 40% da população economicamente ativa e 80% do total da produção industrial. No que diz respeito à Inglaterra, foi realizado um estudo em 1981, o qual revelou que as 50 sociedades de maior porte têm mais de 10.000 subsidiárias. Em Portugal, no início dos anos de 1990 foram verificados grupos empresariais privados que tinham, em média, mais de 50 sociedades. Nos Estados Unidos, “[...] os cem maiores grupos industriais realizam aproximadamente 40% do volume de negócios global e possuem quase que 50% da totalidade do ativo patrimonial da indústria ianque. E como não poderia deixar de ser, no Japão, em pesquisa realizada em 1987, verificou-se que investidores institucionais retinham 39,3% das ações das sociedades japonesas e que outras sociedades detinham 25,6%, o que perfaz um total de 64,9%.

Em síntese, de acordo com pesquisa realizada por Engrácia Antunes (1994, p. 13), “[...] as sociedades comerciais apresentam-se organizadas em grupos nos seguintes índices: 70% das sociedades comerciais na Alemanha; 50% na Suíça; 60% na França; 55% na Inglaterra; 65% nos Estados Unidos e 88% no Japão”.

Eis um fenômeno mundial.

Malgrado o disposto, convém observar que existem diversas formas de organização de grupos, que se mostram em constante mutação, sem obedecer os limites de cada personalidade jurídica participante do grupo (MUNHOZ, 2002, p. 123).

Na realidade, de acordo com Eduardo Munhoz (2002, p. 126-132), desde os anos de 1980, as macroempresas, organizadas, regra geral, em conglomerados, iniciaram um movimen-

to de redução do tamanho e do escopo. O sistema produtivo de altíssima competitividade e inovação, inerente ao mundo dos negócios – *core business* – tornou ineficientes nos conglomerados, decorrendo daí a descentralização das cadeias de produção, que, por sua vez, se especializaram, transferindo para o mercado as atividades antes desenvolvidas internamente.

Não se pode deixar de observar, portanto, que as cadeias de produção assumiram papel primordial na organização dos grupos de sociedade, haja vista que, com base em controle externo, segmentaram-se em grupos de subordinação e/ou coordenação. De fato, como bem explica esse autor, criou-se uma relação entre as sociedades contratante e contratada, que não é mais baseada na propriedade capital, mas em modalidade de controle externo. Os grupos de sociedades transformaram-se em unidade empresarial, “[...] na medida em que os recursos são orientados pelo mecanismo de autoridade e direção, e não pelo sistema de preços, que caracteriza as relações de mercado”.

Ainda consoante esse autor, os grupos de sociedade, que antes via de regra tinham suporte em vínculos de participação de capital, passaram a se formar por meio de relações contratuais. Desse modo, além de gerarem situações de controle externo em diversos graus, permanecem em constante mutação, adequando-se às exigências do mercado. Aliás, os grupos de sociedades representam a principal modalidade de “[...] organização da atividade empresarial contemporânea em virtude de sua capacidade contínua expansão e concentração às exigências de flexibilidade e diversificação funcional, setorial e geográfica impostas pela economia globalizada”.

Desde os anos de 1970, as empresas multinacionais passaram por uma fase de reestruturação, em que as suas atividades relacionadas a manufatura, e, gradativamente, outras atividades antes consideradas centrais, são deslocadas para outras empresas independentes (*outsourcing*) ou ainda para organizações de outros países (*offshoring*), significando a globalização da produção, como bem explica Susan Elisabeth de Oliveira (2015, p. 54-60):

A globalização da produção, por fim, pode ser entendida como um processo de internacionalização, fragmentação e dispersão geográfica das atividades produtivas, ou dos vários estágios de produção ao longo da cadeia produtiva de bens e serviços, somada a uma profunda integração funcional entre esses segmentos. [...] Este processo tem sido desenvolvido por meio das empresas transnacionais e seus parceiros e fornecedores, formando as cadeias de valor globais.

Segundo essa autora, a fragmentação produtiva avança concomitantemente às decisões estratégicas corporativas de especialização ou concentração da empresa em atividades centrais (*core competencies*). Delegam-se, portanto, as outras atividades à medida que há redução de custos para a empresa.

Não obstante, como bem atenta Calixto Salomão Filho (2015, p. 105): “Ao lado das estruturas criadas pelo mercado e aquelas criadas pelo Direito, há um terceiro tipo, tão ou mais preocupante do ponto de vista jurídico, de estrutura concentradora de poder econômico”. Com efeito, a existência de um poder econômico dominante tem efeitos deletérios tanto quanto ou mais do que nas situações de poder de livre mercado.

A criação das multinacionais permitiu a concentração do poder econômico de tal maneira que promoveu desigualdade social ainda maior, o que, por sua vez, dá ensejo ao desenvolvimento de instrumentos, cujo objetivo é coibir os abusos do poder econômico. Assim, ante o atual ordenamento jurídico, como já ressaltado, reverbera-se a ideia de que as empresas desempenhem um papel além do que era outrora ideal, quando se vislumbrava unicamente o lucro, tendo em vista que a atividade destas atinge a sociedade numa perspectiva social tanto quanto a própria ordem econômica.

Com a globalização da economia, as fronteiras dos países abriram-se à livre circulação dos capitais, bens e serviços, sem, contudo, incluir socialmente os seres humanos. A concentração de renda e poder em escala mundial acompanharam *pari passu* a globalização do mercado, acarretando “[...] o trágico aumento - estatisticamente comprovado - dos marginalizados e excluídos em todas as partes do mundo, nesta mais recente manifestação de um perverso neodarwinismo social” (TRINDADE, 2006, p. 421).

Reforça-se, portanto, a imprescindibilidade da transição do direito comercial, de um patamar eminentemente privado em direção a ideais voltados também ao coletivo, valorizando iniciativas econômicas e sociais que agregam a comunidade como um todo. Com efeito, a formação de um ambiente corporativo voltado também às contingências sociais ainda é bastante tímida, o que representa a urgência da conscientização empresarial para o fato de que a busca pelo lucro precisa ser relativizada perante a desigualdade social.

Para tanto, o reconhecimento da responsabilização das empresas no que diz respeito aos direitos humanos é um ponto essencial.

4 DIREITOS HUMANOS NAS EMPRESAS MULTINACIONAIS

A responsabilização dos grupos de sociedades transnacionais extrapola a disciplina jurídica delineada no direito societário, pois, as várias sociedades integrantes do grupo, muita vez, submetem-se a ordenamentos jurídicos distintos. Numa visão tradicional do direito societário, nestes casos, a responsabilidade recai apenas na subsidiária que diretamente causa algum prejuízo, seja em relação ao meio ambiente, aos consumidores, ou aos trabalhadores (TOMAZETTE, 2014, p. 154-155). Não obstante, essa lógica parece insuficiente e ineficaz.

Nesse sentido, evidenciam-se relevantes instrumentos internacionais, que servem de parâmetro para a responsabilização das empresas no que diz respeito aos direitos humanos, dentre os quais se destacam a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), inferindo-se que, para a proteção aos direitos e garantias fundamentais das pessoas e da coletividade como um todo, é necessário o envolvimento dos Estados, instituições intergovernamentais e não governamentais (PINTO, 2014, p. 13).

Mais do que isso, além dos Estados, instituições intergovernamentais e não governamentais, a observância dos direitos humanos deve ser imposta às empresas, investidores e agências de fomento ao desenvolvimento, especialmente pelos grupos de sociedades, haja vista que é, como já visto, mediante a globalização de mercados, a forma predominante da atividade econômica organizada. Por certo, a prática dos direitos humanos nas empresas tem influenciado, cada vez mais, decisões que abrangem fusões e aquisições, processos de *due diligence*, auditorias e avaliações de risco empresarial e financeiro dos negócios.

Em 2008, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou relatório, denominado ‘Proteger, Respeitar e Remediar’, determinando ao Estado garantir a proteção dos direitos humanos nas empresas; impõe à empresa o dever de respeitar os direitos humanos concernentes às suas cadeias produtivas e entorno, sobretudo, prevenindo os riscos e mitigando os influxos negativos da atividade empresarial; determinando, ainda, que ambos garantam mecanismos de remediação judicial ou extrajudicial.⁴

⁴ NAÇÕESUNIDAS.ORG. **Princípios Norteadores de Direitos Humanos e Empresas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-aprova-principios-orientadores-para-empresas/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

Depois disso, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou, em 2011, os "Princípios Norteadores de Direitos Humanos e Empresas", que se consolidaram como comando fundamental para as corporações, investidores e avaliadores de risco. Esses princípios consistem, sobremaneira, na disseminação de política de direitos humanos; *due diligence* que garanta a identificação de riscos e influências existentes ou potenciais; determinação de ações e dotações orçamentárias que façam frente aos riscos identificados; acompanhamento por meio de indicadores; e comunicação pública sobre a maneira de tratar riscos e influxos identificados.

Desse modo, esses princípios norteadores dos direitos humanos fomentam o debate internacional sobre a responsabilidade social das empresas, em especial, no que diz respeito à elaboração conceitual relativa à *due diligence* em relação aos impactos sociais e de direitos humanos, bem como o da responsabilidade no âmbito da esfera de influência das empresas. (DIEESE, 2012)

Os princípios orientadores reconhecem que o Estado e as empresas possuem papéis diferentes em relação aos Direitos Humanos; não obstante, obrigam a ambos o seu cumprimento. Nesse sentido, preveem que o Estado tem a obrigação de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos e as liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que, estabelecem para as empresas o papel de cumprir as leis e respeitar os direitos humanos, devendo ambos responder pela reparação em caso de violação de tais direitos.

Com efeito, o Estado tem o dever de estabelecer o que se espera das empresas em termos de respeito aos direitos humanos por meio de legislação, pelo sistema judiciário e pelo Poder Executivo.

As empresas não de respeitar os direitos humanos, significando que, além de evitarem infringi-los, devem dar tratamento adequado aos efeitos deletérios imanentes de suas atividades, que possam vir a ocorrer sobre os direitos humanos. Assim sendo, têm de adotar medidas adequadas de prevenção, mitigação e, quando apropriado, de remediar a ofensa aos direitos humanos.

Efetivamente, os princípios norteadores dos direitos humanos preveem três situações distintas. Na primeira, predizem que as atividades da empresa causam influências adversas sobre os direitos humanos por suas próprias atividades, como, por exemplo, quando expõe seus empregados a riscos no trabalho sem o adequado equipamento de segurança. Na segunda situação, estabelece a responsabilidade da empresa nas hipóteses que esta contribui para impactos adversos causados por um terceiro, como, por exemplo, nos casos dos grupos de sociedades, haja vista que, regra geral, as empresas descentralizam suas cadeias de produção de bens por meio de *outsourcing e offshoring*. E, por último, configura-se a responsabilidade da empresa, inclusive, quando há impactos negativos sobre os direitos humanos decorrentes da sua atividade produtiva, ainda que esta não tenha contribuído diretamente, tal como em situações nas quais um banco empresta recursos para uma terceira empresa cujas atividades levam à remoção de uma comunidade de suas terras tradicionais (DIEESE, 2012).

Os princípios recomendam, pois, a adoção, pelas empresas, de políticas de compromisso com os direitos humanos e de processos que os viabilizem, tais como a *diligência devida* e a reparação de impactos. Desse modo, o conceito de *diligência devida* constitui um inato contínuo de identificação, prevenção, mitigação e prestação de contas sobre a atuação das empresas no que diz respeito aos direitos humanos (SANOMIYA; MORAES, 2015)

Com suporte nesses princípios, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também estabeleceu diretrizes para as empresas multinacionais, que, por

seu turno, se traduzem em um conjunto de recomendações governamentais, visando ao comportamento empresarial responsável e consistente com as leis e normas internacionais.⁵

Isso porque, ante a globalização do mercado, o panorama dos investimentos internacionais e das empresas multinacionais está em constante evolução, ao mesmo tempo em que novos e mais complexos padrões de produção surgem e, por isso, as Diretrizes da OCDE incorporaram um novo capítulo sobre direitos humanos e de princípios sobre a necessidade da realização de “*due diligence*”.

Os princípios da ONU, portanto, influenciam o debate internacional sobre a responsabilidade social das empresas, eminentemente, na elaboração conceitual relativa à diligência devida em relação aos influxos sociais e de direitos humanos, bem como a responsabilidade no âmbito da esfera de influência das empresas (DIEESE, 2012).

Como se vê, apesar de as empresas serem fundamentais na geração de empregos e riquezas no mundo, salienta-se que, em uma economia globalizada, estão sujeitas às leis internacionais concernentes a proteção aos direitos humanos. Decerto, a empresa é responsável pela sua cadeia de produção como um todo. A empresa responde pelos impactos de suas decisões e atividades sobre as quais exerça controle externo, ou, ainda, nas situações em que a empresa não tiver a autoridade legal ou formal para tanto, mas esteja de algum modo sendo beneficiada por suas atividades produtivas.

CONCLUSÃO

As demandas econômicas impulsionam as transformações sociais, repercutindo, de forma inevitável, nas normas jurídicas. O exercício da atividade econômica organizada já não cabe apenas nos moldes tradicionais, tendo sido criados novos modelos de empresa, que demandam regulação jurídica adequada.

A regulação jurídica adequada deve considerar que a empresa-instituição é um agente econômico de desenvolvimento, que interage de fato com a realidade social, devendo sua conduta ser pautada pelo reconhecimento e proteção de todos os interesses que a circundam. Além dos interesses dos sócios, devem ser resguardados os interesses da empresa em si, dos empregados, dos fornecedores, dos consumidores, bem como de toda a coletividade.

Os grupos de sociedade e as cadeias de produção globais possuem uma relação intrínseca. A segmentação dos processos produtivos de bens e sua conseqüente dispersão geográfica em cadeias de produção globais impulsionaram um intrincado arcabouço relacional entre os grupos de sociedades, que os torna praticamente indissociáveis. Esse fenômeno é caracterizado por complexas inter-relações entre empresas, formando um extenso feixe de contratos, que, muita vez, ultrapassa os limites de cada personalidade jurídica, sem, contudo, assumir alguma responsabilidade. Isto, por si, já justifica a necessidade de reformas estruturais jurídicas, econômicas e sociais.

A realidade dos grupos societários ultrapassa o padrão comumente tratado pelo direito societário, evidenciando-se, nesse sentido, a necessidade de responsabilização das sociedades integrantes desses grupos. A responsabilização dos grupos societários, especialmente nas ca-

⁵ PCN. **Ponto de Contato Nacional das Diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais**. Disponível em: <<http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/diretrizes-da-ocde-para-as-empresas-multinacionais>>. Acesso em: 24 out. 2017.

deias produtivas globais, ainda não está bem delineada, importando identificar o alcance da responsabilidade empresarial em direitos humanos.

Não obstante, em razão das novas normas internacionais, como, por exemplo, os princípios norteadores da ONU e as Diretrizes da OCDE, os grupos societários tendem a ser responsabilizados por sua cadeia de produção global, tenha dela se beneficiado diretamente ou não.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, José Engrácia. **Os direitos dos sócios da sociedade-mãe na formação e direção dos grupos societários**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1994.

ANTUNES, José Engrácia. **Os grupos de sociedade: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária**. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, pp. 38-46, ano 85, v. 732, out./1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIEESE. **Referências intergovernamentais sobre responsabilidade social das empresas**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2012/notaTec117responsabilidadeSocialEmpresas/index.html?page=2>>. Acesso em: 22 out. 2017.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GALBRAITH, John Kenneth. **O novo Estado Industrial**. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho, Revisão de Aldo Bocchini Neto. 3. ed. São Paulo: Abril, 1982.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

NAÇÕESUNIDAS.ORG. **Princípios Norteadores de Direitos Humanos e Empresas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conselho-de-direitos-humanos-aprova-principios-orientadores-para-empresas/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

OLIVEIRA, Susan Elizabeth Martins Cesar de. **Cadeias globais de valor e os novos padrões de comércio internacional**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.

PCN. **Ponto de Contato Nacional das Diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais**. Disponível em: <<http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/diretrizes-da-ocde-para-as-empresas-multinacionais>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PINTO, Simone Rocha. A evolução dos direitos humanos nas empresas. **Jornal Correio Brasileiro**, Brasília, DF, n. 18.831, p. 13, dez. 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SANOMIYA, Bárbara Ryukiti; MORAES, Fabiano Lopes de. **Os princípios orientadores da ONU: estratégias empresariais como forma de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco/55w71w3Duav44YS8.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário e globalização**: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de um mercado global. São Paulo: Atlas, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: UnB, 2012, v. I.

Recebido em: 30 jan. 2018.

Aceito em: 15 mar. 2018.

AUTONOMIA PRIVADA NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO E VENDA DE MOEDAS VIRTUAIS

Lidiana Costa de Sousa Trovão

Mestranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela UNIDERP/Anhanguera/MS. Graduada em Direito pela UFMA e em História pela UEMA. Professora e advogada.
lidianacst@hotmail.com

Rogério Mollica

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR).
rogerio.mollica@mrlaw.com.br

RESUMO: A presente pesquisa tem por escopo analisar a autonomia privada manifestada na operação de aquisição e venda de moedas virtuais, considerando as características clássicas do negócio jurídico na modalidade contrato e as nuances sofridas para adequar-se a esse novo modelo de transação comercial. Não obstante, e mantendo a maioria das demais características que a compõe, existente no ordenamento jurídico o envolvimento de diversas atividades comerciais em torno das chamadas criptomoedas, as quais não escapam ao albergue do direito brasileiro. A importância da discussão acerca do tema reside na necessidade de delimitar direitos e obrigações dentro da esfera negocial que compõem a aquisição e venda de moedas virtuais, ainda não regulamentadas no Brasil. A autonomia privada, como manifestação incontestada da vontade das partes, funciona como vetora nas operações que circundam os contratos que envolvem as criptomoedas, eis que nesse tipo de transação, referido princípio não é afastado. E como máxima expressão dessa autonomia negocial, a criação de moedas virtuais desafiam as normas vigentes e se apresentam, até então, como instrumentos legais, ou seja, que não violam as normas. Assim, pretende-se verificar em que medida a autonomia privada tenha que estar presente nessas relações comerciais, se existe a possibilidade de haver atividades de negociação de moedas virtuais em que não se observe claramente a autonomia privada, ou casos em que ela seja relativizada. Utilizou-se pesquisa qualitativa, doutrina nacional e artigos científicos sobre o tema em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada. Moedas virtuais. Criptomoedas.

Private autonomy in the operations of buying and selling virtual currencies

ABSTRACT: The scope of this research is to analyze the private autonomy manifested in the operation of the purchase and sale of virtual currencies, considering the classic characteristics of the legal business in the contract modality and the nuances suffered to adapt to this new Business transaction model. Nevertheless, and keeping most of the other characteristics that composes it, existing in the legal order the involvement of various commercial activities around the calls Criptomoedas, which do not escape the hostel of Brazilian law. The importance of the discussion on the topic lies in the need to delimit rights and obligations within the negotiating sphere that make up the purchase and sale of virtual currencies, which are not

yet regulated in Brazil. Private autonomy, as a manifestation incited by the will of the parties, acts as a vector in the operations surrounding the contracts involving the criptomonedas, and this type of transaction, said principle is not removed. And as a maximum expression of this negotiating autonomy, the creation of these virtual currencies defies the prevailing norms and has hitherto been as legal instruments, that is, that do not violate the norms. Thus, it is intended to verify the extent to which private autonomy has to be present in these commercial relations, whether there is the possibility of contracts for the purchase and sale of virtual currencies in which there is clearly no obvious private autonomy, or cases where She's relativized. It was used for both the deductive method, based on doctrinal sources, legislation and scientific articles.

KEYWORDS: Private autonomy. Virtual currencies. Crypto-coins.

INTRODUÇÃO

O estudo realizado foi desenvolvido com o intuito de verificar a atuação da autonomia privada enquanto princípio norteador na formação dos contratos, cujo enfoque se volta para as operações de negociação de moedas virtuais, as chamadas criptomonedas, tipo de transação comercial virtual em que se faz a mineração (busca) desses bens móveis em ambiente totalmente virtual e para as quais se atribui valor monetário de compra em determinadas situações.

A análise da autonomia privada dentro desse ambiente ainda em exploração é tendente a reafirmar a necessidade de atribuir às relações virtuais a adequação às normas vigentes, excepcionando-se a criação de normas próprias, a não ser que se trate de situação nunca antes vista, o que não é o caso. Nessa esteira de ideias, no ordenamento jurídico brasileiro não se pode admitir que existam situações que estejam à margem da nossa legislação, e no contexto da aquisição de moedas virtuais, embora seja uma operação de certa forma internacionalizada, para negociações feitas aqui no Brasil (por serem o direito subjetivo e a liberdade contratual os instrumentos da autonomia privada), as normas que o regem devem seguir os preceitos de direito aqui aplicados.

Dessa forma, e não obstante à incidência dos demais princípios que norteiam a feitura dos contratos, a autonomia privada toma destaque tendo em vista que se manifesta em dois momentos subjetivos determinantes. O primeiro diz respeito à iniciativa de escolher as moedas virtuais como instrumento de troca para realização do negócio jurídico, aqui destacando-se a ausência de liquidez dessas moedas e a alto risco dessas operações. Depois, e de forma decisiva, a utilidade que será dada a esse bem (moeda), seja como forma de investimento ou para compra de bens (ações) ou serviços (como em contratos futuros).

A operação que circunda as atividades de aquisição e venda envolvendo moedas virtuais está inserida no contexto dos contratos, fixados como os de compra e venda ou permuta, uma vez que, mesmo sendo bem de valor flutuante, é através de moeda corrente que ele é adquirido em valor unitário, daí iniciada a operação de aquisição, que deve ser feita através dos chamados mineradores, detalhes que serão melhor tratados no texto. Em seguida, uma segunda operação de compra, que se dará na aplicação dessas moedas, a exemplo das operações acima mencionadas. Portanto, o indivíduo ou empresa ao adquirir moedas virtuais, tem que estar ciente de que sua autonomia deverá estar muito bem dimensionada e aplicada, para que, em determinados momentos, por envolver operações de risco, não sejam lesados e fiquem impossibilitados de reclamar o prejuízo, risco exponenciado pelo fato da atividade não ser totalmente regulamentada.

O presente trabalho almeja, assim, uma análise da vinculação exercida pela autonomia privada sob uma perspectiva civil-constitucional-consumerista, vinculada a boa-fé objetiva, função social dos contratos e equilíbrio econômico, no que pertine à aquisição e venda de moedas virtuais, dado ao seu exponencial crescimento mundial nos últimos anos. Essa análise é tendente a concluir que as operações comerciais envolvendo as criptomoedas devem se pautar pelas normas contratuais vigentes, porém, em determinados momentos e de acordo com algumas nuances, a insegurança da transação faz com que diversos desses princípios sejam mitigados, e por vezes, afastados.

Para a condução deste trabalho, então, foi utilizada pesquisa qualitativa, doutrina nacional e artigos científicos sobre o tema em questão. Dividiu-se a pesquisa em momentos. Partiu-se da análise do princípio da autonomia privada no Direito Civil Contratual à luz da teoria geral dos contratos. Após, passou-se a análise dos contratos que envolvem negociações de aquisição e venda de moedas virtuais e suas relações com os Direitos Constitucional, Civil e do Consumidor. Fez-se, paulatinamente, uma análise sobre a incidência da autonomia privada como vetor das negociações de aquisição e venda de criptomoedas, assim como a operação econômica que a circunda. Por fim, foi analisado cada um dos preceitos contratuais da boa-fé objetiva, função social dos contratos e equilíbrio econômico face a essa nova tecnologia. Espera-se que ao final sejam atingidos os objetivos propostos.

1 A AUTONOMIA PRIVADA COMO FORMA DE DETERMINAR O REGULAMENTO CONTRATUAL

A significação da palavra contrato encontra diversos entendimentos, dentre eles aquelas que dizem respeito ao processo ou às fases de formação do instrumento e ao seu resultado ou produto, perfazendo o todo de cada elemento que é afeto a direitos e obrigações às quais as partes se submetem.

Diante dos interesses colocados pelas partes, a fixação e tradução das obrigações jurídicas deverão estar em consonância com a conveniência jurídica do próprio contrato, levando-se em conta o fato que o instrumento contratual é apenas uma forma de externar o exercício de iniciativas econômicas. Para que esse instrumento seja idealizado e depois colocado em prática, é necessário que as partes estejam cientes de todos seus anseios diante da celebração contratual. Acerca do regulamento contratual, Roppo (1998, p. 126-127) preleciona que:

Determinar o regulamento contratual (ou conteúdo) significa, substancialmente, definir que composição, que arranjo recíproco receberão os interesses das partes, envolvidos na operação econômica e a que o contrato é chamado de dar veste e vinculatividade jurídica. [...] significa, em suma, fixar e traduzir em termos jurídicos, os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto refletem a conveniência econômica do próprio contrato.

Essa atividade não foge às mais diversas formas que se externa a operação comercial de troca, que deu origem à compra e venda. A instituição de moeda corrente, o que se convencionou chamar de dinheiro, sofreu um processo que culminou com a determinação do modo que essas operações econômicas seriam efetuadas. A relação existente entre as chamadas moedas virtuais ainda é alvo de diversas críticas. Diga-se com total razão, eis que não se tem uma determinação unânime sobre qual seja a natureza jurídica das criptomoedas.

O ato de firmar um instrumento contratual, face a todas as capacidades e vontades das partes e diante do objeto avençado, constitui um verdadeiro ato de arbítrio do homem, o que para Rodrigues Junior (2004, p. 118) é “o exercício da faculdade que ele tem de dispor dos

diversos meios que possui de desenvolver o seu ser e preencher os fins de sua natureza, de sua existência intelectual, moral e física”.

Importante destacar que a autonomia privada, nas palavras de Boulos (2003, p. 125) “enquanto autonomia, não é originária.”, pois sua manifestação pode ocorrer de forma variável “de acordo com a forma pela qual é regulamentada por cada ordenamento jurídico, em razão das modificações decorrentes, por exemplo, da atividade legislativa.”. Vale dizer, ainda, que com o advento do Código Civil de 2002 houve uma forma inovadora na disciplina da figura do abuso de direito e “ao estabelecer que o limite da liberdade contratual é a função social do contrato, traçou os contornos da autonomia privada de formas diversas daquela desenhada pelo legislador de 1916”, utilizando-se de “normas de ordem pública ou de imperatividade absoluta, que constituem o principal meio de que se vale o Estado para limitar a autonomia privada.” (BOULOS, 2003, p. 126).

A função social do contrato, informada pelos princípios constitucionais da dignidade humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV), estes, fundamentos da República, e ainda os princípios da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I), que compõem os objetivos da República, compele às partes o dever de perseguir, juntamente aos interesses individuais, os interesses extracontratuais socialmente relevantes, os quais também merecem tutela, relacionados ao contrato ou por ele de alguma forma atingidos. (TEPEDINO, 2008, p. 393)

Desse modo, a liberdade condicionada de contratar deve obedecer aos ditames legais, sob pena de se tornar uma iniciativa abusiva. No atual Código Civil, “além de alargar as hipóteses por meios das quais a regra (repita-se, ainda vigente) ‘os pactos tem que ser cumpridos’ pode e deve ser afastada, estabeleceu um regime de cláusulas gerais que contém princípios”, e estes, “constituem verdadeira limitação à liberdade contratual e, em maior escala, à própria autonomia privada.” (BOULOS, 2003, p. 129). O art. 187 do Código Civil de 2002 é um exemplo de cláusula geral, que repudia o abuso de direito, como também o é a boa-fé objetiva do art. 422 e aquela que veda o enriquecimento sem causa (arts. 884 e ss). Na legislação consumerista, “dentre dessas práticas abusivas, encontram-se temas relacionados à oferta, publicidade, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores, por exemplo” (FERNANDES; SOUZA, 2017, p. 56).

Sob esse aspecto, o novo diploma civil tratou “de reconhecer como *cláusula geral*, que a liberdade contratual possui a *razão de ser* e seu *limite* na função social do contrato”, de modo a deixar claro que “o princípio da função social do contrato é a *pedra angular* do novo Direito contratual brasileiro” (BOULOS, 2003, p. 129) e deve nortear todas as contratações, sejam exteriorizadas em contratos típicos ou atípicos. De mais a mais, a possibilidade de haver uma liberdade é passo para que haja um abuso, devendo os particulares perseguirem seus anseios por meio de manifestação de vontade, a partir das limitações funcionais que o contrato tem perante a sociedade.

Do mesmo modo se põe a boa-fé objetiva como princípio que reflete valores éticos de lealdade, correção e veracidade, “o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual” (NEGREIROS, 2002, p. 116).

Numa perspectiva constitucional, “o princípio da boa-fé assenta cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que se presume parte integrante de uma comunidade, e não ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana”. Por essa razão, “é possível conduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da

República a construção de uma sociedade solidária, a qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.” (NEGREIROS, 2002, p. 117).

Além desse enfoque constitucional, evidencia-se, portanto, a necessidade de fiscalizar o comportamento do sujeito contratante, uma vez que “se o Código de Defesa do Consumidor [...] nessa nova fase da teoria contratual serviu de mote teórico para o relançamento da boa-fé no plano contratual, [...], eis que a legislação de consumo, bem como toda ordem contratual, estão fundidas no princípio constitucional da livre iniciativa” (NALIN, 2003, p. 126), e desse modo não é exclusiva do CDC.

Conforme entende Tartuce (2005, p. 197):

Ao lado da função social dos contratos, a boa-fé objetiva procura valorizar a conduta de lealdade dos contratantes em todas as fases. Na dúvida, os contratos devem ser interpretados conforme a boa-fé (art. 113 do novo Código Civil – função de interpretação da boa-fé). Em reforço, lembramos a interpretação a favor do consumidor (art. 47 do CDC) e do aderente (art. 423 do novo Código Civil).

As relações contratuais, portanto, se difundem no ordenamento e se estreitam conforme se aproximam das situações concretas, em que se deve sempre observar os princípios norteadores das atividades negociais. Assim, ao observar as atividades que circundam as negociações envolvendo moedas virtuais pode-se relacioná-las com situações privadas, patrimoniais e consumeristas, no instante em que se verifica a predominância de capital privado, de cunho patrimonial e dentro de uma relação de consumo entre as empresas *startups* (empresas de tecnologia) ou até casas de câmbio especializadas em comercializar esse tipo de moeda, e investidores e entusiastas das moedas virtuais, como forma de patrocinar investimentos em novos projetos ligados às criptomoedas.

Essas novas técnicas de contratação, na visão de Glitz (2002, p. 210), “se tornaram necessárias, juntamente com novos tipos contratuais que proporcionassem respostas rápidas aos desafios recém surgidos”, e assim, “se apresentassem de modo mais condizente com a realidade célere do capitalismo do Século XXI.”. A contratação eletrônica aqui tratada, como modo de exteriorização dessa autonomia, compõe o quadro de complexidade das recentes tecnologias, fazendo parte dos novos fenômenos sociais e econômicos que não encontram interpretação e aplicação no Direito Civil quando buscadas respostas para seus problemas, fazendo-se necessário uma nova forma de interpretação dos conceitos tradicionais.

Veja-se que esses reflexos da evolução tecnológica são facilmente observados nas relações contratuais. Nos dias de hoje, essas relações estão mais intimamente ligadas a novas formas de contratação do que àqueles celebrados solenemente no passado. O ordenamento jurídico deverá estar atento a essas modificações em progressão aritmética, a fim de evitar que fiquem a margem do direito e se tornem meios concretos para práticas ilícitas no meio virtual, dentre as quais está a aquisição e venda de moedas virtuais.

2 A AUTONOMIA PRIVADA COMO VETORA DAS OPERAÇÕES QUE CIRCUNDA A AQUISIÇÃO E VENDA DE MOEDAS VIRTUAIS

As tradicionais operações de compra e venda de mercadorias envolvem a realização de trocas, em geral, por meio de moeda corrente, de forma bilateral. O vendedor se obriga a transferir à outra parte o domínio da coisa, “mediante a contraprestação de certo preço em dinheiro” (GONÇALVES, 2013, p. 214). Referida avença pode ter como objeto bens de toda natureza, móveis ou imóveis, cujo caráter obrigacional é recíproco, porém, a transferência do domínio da coisa cabe ao vendedor em benefício do comprador por meio da tradição.

Na operação de aquisição e venda de moedas virtuais, a criptomoeda é o bem transacionado, espécie de unidade monetária virtual, representativa nesse tipo de negócio. As partes se identificam como sendo comprador, qualquer pessoa, e como vendedor, em regra, as *startups* ou casas de câmbio especializadas no assunto. A negociação se dá por meio congênere ao tradicional IPO - Initial Public Offer, ou oferta pública inicial (quando uma empresa abre seu capital na bolsa de valores), com traços peculiares ao financiamento coletivo também conhecido como crowdfunding.

Toda essa transação, inclusive no momento que a antecede, é marcada pela autonomia privada, cujo vetor se manifesta através da liberdade de contratar. Conforme entendimento de Sztajn (2011, p. 3) “na área financeira a liberdade de contratar é fundamental para a inovação, e estimula a criatividade dos agentes que engendram soluções para atender as novas exigências do tráfico negocial”.

É inegável que as criptomoedas, enquanto bens negociáveis virtualmente, a exemplo dos *bitcoin e ethereum*, são frutos da autonomia privada, exercício da liberdade conferida às partes para negociarem, criando instrumentos que possam ser utilizados funcionalmente como bem intermediário de troca e “seu poder liberatório decorre de pacto entre contratantes [...]”, e “não há como garantir limites de criação dessa mercadoria, [...]. E, nada obstante, a criação dessa moeda virtual, [...] não viola norma jurídica cogente.” (BAROSSO FILHO; SZTAJN, 2015, p. 1693).

A dinâmica que envolve as operações virtuais de aquisição e venda de moedas digitais apresenta limites. Embora a atividade de mineração (no *blockchain*¹) de *bitcoins* ainda não esteja regulamentada no Brasil, já existe uma grande movimentação de operações envolvendo esse tipo de negócio, o que tem sido um problema enfrentado pelas autoridades no assunto. O órgão competente para possível regulamentação é relegada à Comissão de Valores Mobiliários que reconhece, a depender do contexto econômico, que a emissão de ativos virtuais pode representar valores mobiliários nos termos do Art. 2º da Lei 6.385/76.

Assente na doutrina é o entendimento de que as moedas virtuais ou criptomoedas na verdade não são moedas, mas apenas meios de troca, e assim “a *bitcoin* não é dotada de uma das funções usuais de qualquer moeda fiduciária, a aptidão para ser unidade de conta”. Por isso, “pode ser vista como meio de troca que facilita ‘permutas’”. E arrematam os autores: “*bitcoin* não é moeda, mas meio de troca, cuja função primordial é evitar custos” (BAROSSO FILHO; SZTAJN, 2015, p. 1689).

À luz dos princípios que regem o direito contratual, sob análise da compra e venda de moedas virtuais, essa operação encontra alicerce na ampla liberdade contratual, na qual as partes por suas liberalidades escolhem pactuar por meio desse bem, sem qualquer interferência do Estado. O negócio jurídico avençado poderia ser classificado como contrato atípico, porque não regulamentado no ordenamento jurídico, embora gerado por necessidades e interesses das partes (autonomia privada). Porém, há quem sustente que os contratos envolvendo criptomoedas classifiquem-se como sendo “contrato de troca ou permuta, ou seja, um escambo de bens que forma obrigações de dar coisa certa.” (MARTINS, 2016, p. 24).

Não obstante, o negócio jurídico pactuado perpassa momentos de subjetividade determinantes. A escolha das moedas virtuais como instrumento de troca para negociação, ainda que

¹ *Blockchain* é uma espécie de banco de dados, que “consiste em dois aspectos: um ‘livroregistro’ que mostra publicamente o histórico de todas as transações feitas pelas chaves públicas, e um processo de validação por meio de aglutinação das transações em blocos encadeados, cuja decodificação se dá em função dos blocos adjacentes. Os mineradores, para terem a chance de receber as taxas e os novos lotes de moedas, recebem esses blocos para serem decodificados, com o intuito de validar em massa as transações efetuadas.” (MARTINS, 2016, p. 142).

ciente dos riscos a elas inerentes, a compreensão da utilidade que será agregada (forma de investimento em ações) ou para compra de bens (mercadorias) ou serviços (como em contratos futuros), todos frutos da liberalidade que permeia a autonomia privada, a mesma que permite que essa negociação com moedas virtuais não caia nas raias da ilegalidade, pela garantia que se tem de pactuar licitamente sobre o que desejarem e da forma como bem entenderem as partes. Nesse contexto, se está diante do exercício do “direito subjetivo (como meio colocado à disposição dos particulares para realizarem seus interesses) e a liberdade negocial ou contratual (como faculdade de celebrar negócios jurídicos) que são os meios [...] de adquirir e exercer os direitos subjetivos”, e assim, “apresentam-se como mecanismos jurídicos colocados pela ordem jurídica a disposição dos particulares para que esses operem essa auto-regulamentação de acordo com seus interesses.” (BOULOS, 2003, p. 125).

A mesma ordem jurídica impõe limites da faculdade de regulamentação. No caso das negociações envolvendo criptomoedas, aplicam-se todas as regras que norteiam os contratos de um modo geral, pois a pactuação, embora pautada na autonomia da vontade, não pode ter caráter absoluto, suprallegal. O limite inicial se dá pela supremacia da ordem pública, que como cláusula geral “está no nosso ordenamento por meio do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, regra de direito internacional privado que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva à ordem pública.” (GONÇALVES, 2013, p. 44). São consideradas de ordem pública “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam cerceando nos seus limites a liberdade de todos.” (PEREIRA, 2016, p. 25-26).

Assim, não se admite que sejam infringidas as regras de bons costumes, conceito que decorre da observância de normas de convivência, de acordo com a conduta social pelos sentimentos morais da época, ou seja, a forma como a sociedade tolera determinados comportamentos. Pode-se definir que bons costumes sejam “aqueles que se cultivam como condições de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até dentro de um mesmo país e mesma época.” (GONÇALVES, 2013, p. 45.). A noção de ordem pública e de respeito aos bons costumes são verdadeiros freios e limites à liberdade contratual.

A boa-fé objetiva nessa atividade já não traz tanta certeza como as que foram ditas acima. Isso porque as atividades que circundam as negociações de criptomoedas não são ainda regulamentadas, e essas “moedas” são consideradas altamente voláteis e não confiáveis. O risco de investimento nessas operações, envolvendo fraudes, perdas de valores investidos em face da flutuação da cotação, dentre outros, constituem algumas das situações que podem ocorrer. No Código Civil, a boa-fé é definida não somente como critério de interpretação da declaração de vontade (art. 113) e de violação da abusividade no exercício de direitos subjetivos (art. 187), mas igualmente como uma regra de conduta imposta aos contratantes (NEGREIROS, 2002, p. 126).

Recentemente, nos Estados Unidos, o FBI, polícia federal americana, fechou uma pequena corretora de criptomoedas (Coingather), acusada de cometer crimes relacionados a operações sem licença, no início das operações com moedas virtuais (GUSSON, 2018). Essa empresa, fundada em 2014, não acumula muitas queixas de seus usuários, a não ser, em relação a taxas praticadas até 10 vezes maiores que a média do mercado nesse ano. Já no ano de 2017, começaram a surgir suspeitas de que seus funcionários estivessem envolvidos em atividades ilícitas, o que acabou sendo confirmado e culminando com a referida operação.

No Brasil, o investimento em moedas digitais tem chamado a atenção de veículos de comunicação como o jornal norte-americano Financial Times, que descreveu os líderes do movimento de *bitcoins* no Brasil como “anarquistas do capitalismo”, ao buscar entender o

assombroso crescimento do mercado de criptomoedas no país (NASSIF, 2018). É claro que a ascensão da moeda virtual no Brasil acompanha os demais países, haja vista ser de incidência mundial. O que chama a atenção, no entanto, é que esse tipo de investimento, que garante até 1700%/a (mil e setecentos por cento ao ano) de rendimento é bem maior que nossos tradicionais índices, como a poupança. A moeda iniciou o ano cotada em R\$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais) e atingiu sua maior cotação antes do natal, chegando a U\$ 19.300,00 (dezenove mil e trezentos dólares), ou R\$ 63.690,00 (sessenta e três mil, seiscentos e noventa reais). As três maiores casas de câmbio de *bitcoin*, as chamadas *exchanges*, tinham em dezembro cerca de 1,4 milhões de pessoas cadastradas, mais que o dobro de pessoas registradas na bolsa de valores de São Paulo, por exemplo (MENDONÇA, 2018).

A respeito, e conforme observado, o investimento em criptomoedas representa um negócio temerário, “por ser um arranjo em que a circulação da *bitcoin* não passa por supervisão e nem pelo crivo de uma instituição reguladora a garantir limites à sua criação [...]”. Em razão dessas lacunas, está evidente a insegurança das operações, e “a probabilidade de desastres financeiros existe, mas pode-se perceber reduções de assimetrias que diferenciam o comportamento nesse mercado.” (BAROSSO FILHO; SZTAJN, 2015, p. 1686-1687). Portanto, falta-lhe a clareza da lealdade, da probidade e da boa-fé, e desse modo, há certa mitigação na aplicação desses princípios.

Barossi Filho e Sztajn (2015, p. 1683) apontam que:

Se as pessoas, livremente, ajustam entre si que determinado bem tem poder liberatório, serve para liquidar obrigações, embora de circulação restrita, pode-se pensar em riscos que cada uma das partes aceita e assume. Os riscos são alocados pelo contrato. Se, porém, a circulação se expande, a falta de controle ou fiscalização pode facilitar o aumento exponencial dos riscos até que se atinja o limite da incerteza.

Não se pode admitir a não observância da ética nesses tipos de contrato. É uma questão de lógica antecedente, pois caso uma das partes já tenha de antemão objetivo atroz, todas as demais etapas estarão, conseqüentemente, comprometidas. Assim, a boa-fé objetiva se desdobra em três especializações funcionais, a equidade, a razoabilidade e a cooperação. No art. 924 do Código Civil de 1916, ao juiz era dada a prerrogativa de reduzir o montante da cláusula penal quando houvesse o cumprimento parcial da obrigação. Atualmente, o Código de 2002 (art. 127) impõe ao juiz o dever de reduzir equitativamente a penalidade, em outras palavras, não se trata mais de uma questão meramente discricionária. Em casos abusivos, há previsão legal no art. 413 que respalda a redução caso a multa seja manifestadamente excessiva (NEGREIROS, 2002, p. 136).

Nesse caso específico das operações econômicas envolvendo criptomoedas, deve-se buscar a ideia da finalidade econômico-social do contrato, de modo que se possa adequá-lo ao princípio da boa-fé. As operações envolvidas ainda são, de certa forma, desconhecidas, mas o que se pode afirmar é que as realizadas no território brasileiro, ou que a obrigação de fazer tenha que ser cumprida aqui, não podem se moldar de maneira diferente do que já existe no nosso ordenamento jurídico. Embora a tecnologia aplicada nas transações de *bitcoins* seja *peer-to-peer*, ou seja, ponto a ponto, sem intermediários, e, diga-se, demonstre mais segurança ao usuário, nada obsta que venha permeada de outras questões que maculem o contrato a ser avençado, dando uma falsa impressão de “perfeição” da atividade.

Sob uma perspectiva constitucional, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva é dedutível, e é com base nele que se torna plenamente possível que a norma de cogência seja imposta aos contratantes, abrangendo o direito do consumidor e indo para além dele. Com o advento do novo Código Civil “o art. 422 deverá ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 187,

em que o princípio da boa-fé é expressamente invocado como o limite imposto ao titular do direito, que não o pode exercê-lo de forma contrária à boa-fé.” (NEGREIROS, 2002, p. 139).

Para Tartuce (2005, p. 200):

[...] atualmente e ao contrário, tem-se defendido um “diálogo das fontes” entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Por meio desse diálogo, deve-se entender que os dois sistemas não se excluem, mas se ensinamentos. A tese foi trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, utilizando os ensinamentos de Erik Jayme. Isso se dá diante de uma aproximação principiológica entre os dois sistemas legislativos, principalmente no que tange aos contratos.

A tripartição do princípio da boa-fé, portanto, é composta por uma ideologia pautada na busca de alcançá-la. Exercem função de complementariedade e muitas vezes são difíceis de se definir, caso a caso, sob que aspecto de boa-fé está sendo pautado. Desse modo, não é demais dizer que “a boa-fé está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual.” (NEGREIROS, 2002, p. 140).

Por conseguinte, a discussão agora gira em torno do que seja uma relação contratual justa, enquanto se considere que este seja um ideal a ser alcançado. Na era clássica, “o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa contratual, servindo como parâmetro para avaliação do seu conteúdo e resultado, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada contratante” (NEGREIROS, 2002, p. 156-157). Já na fase contemporânea, a preocupação reside no contratante vulnerável, em razão da desproporção entre o poder negocial dos contratantes, e assim, “a disciplina contratual procura criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, como é o caso do balanceamento das proporções.” (NEGREIROS, 2002, p. 157). O preceito da justiça contratual, portanto, desprende-se da verificação da autonomia privada para averiguação dos efeitos que essa liberdade produziu. Daí porque se entenda que, nos dias atuais, embora o contrato possa ser avençado sob a égide da autonomia privada, não significa que não possa ser posteriormente modificado, por apresentar cláusulas que transpareçam ausência de equilíbrio contratual entre as partes.

Para Teresa Negreiros (2002, p. 155):

A vedação a que as prestações contratuais expressem um equilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, a vedação a que se desconsidere o sinalagma contratual com seu perfil funcional, constitui expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição: o princípio da igualdade substancial, pressuposto – como é notório – da justiça social, o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações a favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante.

A depender da relação que se engendra, do negócio que é pactuado, e em razão do já dito risco premente que rodeia a aquisição e venda de criptomoedas, o desequilíbrio contratual pode causar efeitos deletérios, pois geralmente não se sabe com quem se está negociando, pontualmente em decorrência de ser o ambiente virtual marcado pela impessoalidade. Num panorama não muito animador para aqueles que desejam investir nessa nova tecnologia, CVM-Comissão de Valores Mobiliários no Brasil divulgou uma nota em outubro de 2017, reconhecendo, a depender do contexto econômico, que a emissão de ativos virtuais podem representar valores mobiliários, porém, não mencionou qualquer interesse em regulamentá-la.

Apesar das incertezas que envolvem essas negociações, as empresas devidamente constituídas, cujo objetivo seja a prestação de serviços envolvendo operações comerciais com criptomoedas, devem obedecer ao princípio da boa-fé objetiva. Traçando um paralelo entre essas

atividades e as que já são efetuadas em ambiente virtual, por terem diversas semelhanças em relação aos direitos do consumidor, e por não fugirem à responsabilidade social:

[...] 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. (CARDOSO; CARMO, 2017, p. 16).

Em relação à eficácia perante terceiros, é salutar analisá-la à luz das regras que devem ser observadas nos contratos de aquisição e venda de moedas virtuais em razão do *blockchain*, bancos de dados públicos que registram as atividades envolvendo as criptomoedas. Bem, se os bancos de dados são públicos, implica dizer que qualquer pessoa pode ter acesso, e, dessa forma, “garante” que terceiros possam tomar conhecimento das transações que tenham interesse.

No site www.blockchain.info/pt, cuja plataforma está em Luxemburgo (embora o *blockchain* esteja distribuído em diversos computadores, descentralizadamente), é possível acompanhar as movimentações das transações feitas pelas empresas “mineradoras” e suas atividades comerciais, como uma espécie de bolsa de valores virtual. Parte do texto está em português, sendo perfeitamente possível, para quem possui conhecimento na área, fazer esse acompanhamento, destacando somente que quem não possui conhecimento algum não vai conseguir decodificar os dados nele existentes.

Partindo-se da autonomia privada como vetora dessa atividade, a condição de parte, na concepção clássica, “é definida pela manifestação da vontade no momento da conclusão do contrato; [...] é a vontade de estar ligado ao contrato [...]”. Assim, “o alargamento da noção de parte faz-se, pois, no tempo, sendo por isso um conceito evolutivo. Por outro lado, também a lei pode impor a certas pessoas cuja vontade não participa da formação do vínculo a formação de parte.” (NEGREIROS, 2002, p. 222). O novo Código Civil indica, nesta ótica, que a liberdade de contratar seja praticada, de acordo com a razão e nos limites da função social do contrato, e a própria lei respalda a força obrigatória do contrato, que encontra sua razão de ser nos fins almejados pelo direito em geral, sob os fundamentos da justiça social, segurança, bem comum, dignidade da pessoa humana. (NEGREIROS, 2002, p. 228).

Por esses fundamentos, vê-se a caracterização do terceiro como condição de parte, e dessa forma, na relação negocial envolvendo as criptomoedas, ele pode utilizar instrumentos jurídicos para fazer valer os seus direitos ou evitando que haja o descumprimento das obrigações contratuais, do mesmo modo que o credor poderá se insurgir caso haja comportamento temerário de terceiro, numa relação cíclica que necessita ser harmoniosa sob pena de causar sérios prejuízos na relação contratual.

CONCLUSÃO

Viu-se ao longo da pesquisa que as relações contratuais envolvendo moedas virtuais ainda se encontram em território não explorado totalmente e as questões relativas a segurança das transações e das informações permanecem duvidosas. Por ser uma novíssima tecnologia, cujas transações se dão apenas em meio virtual, dentro de plataformas especializadas com atuação no mundo inteiro, a fiscalização e regulamentação em nosso país está longe de ser exercida. Não que não haja preocupação da Comissão de Valores Imobiliários e o mercado financeiro como um todo, mas as peculiaridades dessas transações ainda despertam certa desconfiança.

A autonomia privada como pilar da relação contratual clássica cunhada por Enzo Roppo não deixa de exercer papel de relevo nas negociações envolvendo aquisição e venda de moedas virtuais. Conforme restou evidenciado, é através dela que a negociação se exterioriza quando permeia a vontade antecedente das partes até a realização do negócio jurídico, traçando um perfil de subjetividade como forma determinante para escolha desse tipo de avença.

Apesar da manifestação inconteste das partes, e estando em termos a avença pretendida, referida negociação não escapa à tutela dos demais princípios que norteiam a teoria geral dos contratos, nem tampouco os princípios gerais do direito. Fundamentos de validade e compreensão social como a impossibilidade de imposição de cláusulas abusivas, de onerosidade excessiva, de fraude ou a escolha de objeto ilícito são algumas das proibições que também alcançam a matéria dos contratos virtuais de criptomoedas.

A dificuldade de constatação desses gravames talvez seja o maior desafio enfrentado atualmente, uma vez que o ambiente virtual é capaz de macular e esconder detalhes que apenas aqueles que estão inseridos no contexto ou possuem conhecimento para decifrar os dados contidos no *blockchain* serão capazes de detectar, e talvez não, dependendo da situação. A facilidade de acesso a esse tipo de investimento, pautado por rendimentos e valores fora da realidade da maioria das operações comerciais e investimentos conhecidos, tem sido motivos determinantes para que cada vez mais pessoas a procurem, apesar de saberem dos riscos decorrentes e da volubilidade da moeda virtual.

O fato é que esses novos princípios do contrato, pautados na boa-fé, equilíbrio contratual e a função social são primordiais para que se tenha uma relação balanceada e transparente. Contudo, não é tarefa fácil de ser feita nem mesmo nos contratos tradicionais, nos quais, de certa forma, há possibilidade de formalizá-lo fisicamente. Conceber o contrato como uma ferramenta a serviço da pessoa, da sua dignidade e de seu desenvolvimento, diante dos princípios constitucionais, significa que nele serão necessários constar valores como justiça social e proteção do consumidor, trazendo uma ruptura com a autonomia privada.

Portanto, é salutar reafirmar a necessidade de aplicação de todos os princípios que regem a teoria geral dos contratos, tendo em vista, principalmente, que as atividades negociais envolvendo a aquisição e venda de criptomoedas estão em expansão de proporções geométricas, sendo inseridas nas mais diversas áreas econômicas. A mitigação desses princípios, como ora se observou, leva a uma gama de incertezas que de certa maneira impedem ou retardam seu crescimento econômico, já que não se pode afirmar de antemão que seja uma atividade ilegal.

Inegável a evolução trazida pelo novo Código Civil no tocante aos contratos, modernizando as relações negociais para que estas estejam mais intimamente ligadas ao fim a que se destinam, com a possibilidade de modificação das cláusulas e termos contratuais, na medida em que estejam em desacordo com os novos ditames. Assim, procura-se compatibilizar essa nova realidade com as inovações tecnológicas que se apresentam, de modo que nada possa estar num patamar supralegal. No Brasil a doutrina avança um pouco mais que a jurisprudência, no sentido de tentar dialogar a respeito dessas novas perspectivas, que de início se impõem a uma modernização de modelo contratual quase forçada. É dizer que o direito terá que se adequar a essa nova realidade e vice-versa, num todo harmonioso que possibilite o crescimento econômico sem que reverbere à ilegalidade.

A crescente procura dos brasileiros por criptomoedas, na verdade, demonstra não apenas o interesse específico nessa nova tecnologia, mas uma alternativa de investimento que até então tem proporcionado ganhos extraordinários que nenhum fundo de investimento sequer sonha em realizar. Por ser um comércio acessível, em face de sua abertura digital pública e às casas de câmbio, qualquer pessoa do povo pode ter acesso e adquirir as criptomoedas, mesmo

cientes dos riscos a ela vinculados. A cobrança de taxas de administração e a possibilidade de repasse de parte desses lucros de rendimento não tem afastado a população, cada vez mais em busca de uma saída para a crise de investimentos que há anos se tem observado no Brasil. Por esta e outras razões, principalmente por não ter como ignorar essa atividade e a necessidade de tutelar direitos e obrigações, até em face do recolhimento de impostos, essa atividade reclama regulamentação o mais rápido possível.

Com o objetivo de proporcionar maior credibilidade e segurança às partes contratantes, terceiros interessados e o sistema como um todo, necessário se faz a continuidade dos estudos e a observância do desenrolar em relação à Comissão de Valores Mobiliários, haja vista se tratar de situação que mais cedo ou mais tarde terá que ser pesquisada, avaliada e por fim, regulamentada.

REFERÊNCIAS

BAROSSO FILHO, Milton, SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual. **Revista Justitia**, São Paulo, n. 1, p. 251-268, jan/dez. 2013;2014;2015.

BOULOS, Daniel Martins. A autonomia privada, a função social do contrato e o novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 125-136.

CARDOSO, Gleissa Mendonça Faria; CARMO, Valter Moura do. Função Social/Solidária da Empresa nos Negócios Virtuais. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 137-157. jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/509/371>>. Acesso em 25 abr. 2018.

FERNANDES, Jean Carlos; SOUZA, Wallace Fabrício Paiva. A aplicação da teoria do finalismo mitigado nos contratos empresariais pelo superior tribunal de justiça e o desestímulo ao empreendedorismo. **Revista Argumentum – RA**, Marília/SP, v. 18, n. 1, p. 43-68, jan./abr. 2017.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antonio; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209-246.

GUSSON, Cassio. FBI fecha corretora de criptomoedas Coingather. **Criptomoedas fácil.com**, 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.criptomoedasfacil.com/fbi-fecha-corretora-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 3: contratos e atos unilaterais. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Armando Nogueira da Gama Lamela. Quem tem medo do Bitcoin? O funcionamento das moedas criptografadas e algumas perspectivas de inovações institucionais. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 3, p. 137-171, maio/jun. 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0137_0171.pdf>. Acesso em 25 abr. 2018.

MENDONÇA, Heloisa. Brasil vive febre de investimentos em bitcoins, de empregadas domésticas a bancários. **El País**, São Paulo, 6 fev. 2018. Economia. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/30/economia/1517320821_596729.html>. Acesso em: 25 abr. 2018.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: Conceito Pós-Moderno. Em busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

NASSIF, Luis. Crise e criatividade permitiram o avanço das criptomoedas no Brasil. **GGN**, 14 mar. 2018. Economia. Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/crise-e-criatividade-permitiram-o-avanco-das-criptomoedas-no-brasil>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 116-117.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. Contratos. 20. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 25-26.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

SZTAJN, Rachel. **Sistema Financeiro**: entre estabilidade e risco. Rio de Janeiro. Elsevier, 2011.

TARTUCE, Flávio. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). **Arte Jurídica**: biblioteca científica de Direito Civil e Processo Civil, v. 3. Curitiba: Juruá, 2005. p. 195-206.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, G e FACHIN, LE (Coord.). **O Direito e o Tempo**: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas – Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 389-399.

Recebido em: 30 mar. 2018.

Aceito em: 10 maio 2018.

INTERESES DE PRESTAMOS DE DINERO. LIMITACIONES LEGALES Y EFECTOS CIVILES DE SU ABUSIVIDAD EN EL DERECHO ROMANO

Carmen Lopez-Rendo Rodríguez

Profesora Catedrática de la Universidad de Oviedo
clrendo@uniovi.es

RESUMEN: El trabajo estudia las limitaciones a los intereses en las diferentes épocas establecidas por la ley de las XII Tablas, las *leges foneraticias* y los emperadores en las épocas post-clásicas y justiniana para posteriormente reseñar las consecuencias civiles de acordar/pactar intereses ilegítimos. El estudio finaliza con unas conclusiones en las que se refleja la aplicación de las soluciones jurídicas romanas al problema planteado por las clausulas suelo en el derecho español.

PALABRAS CLAVES: La usura. *Usurae centesimae*. Evolución histórica de las limitaciones a los tipos de interés en el Derecho romano. *Usurae supra legitimun modum*.

Juros de empréstimo de dinheiro. Limitações legais e efeitos civis da sua abusividade no Direito Romano

RESUMO: O trabalho estuda as limitações aos juros nas diferentes épocas estabelecidas pela Lei das XII Tábuas, as *leges foneraticias* e os imperadores nos períodos pós-clássicos e justiniano para posteriormente revisar as consequências civis de concordar / pactuar juros ilegítimos. O estudo encerra com algumas conclusões em que se reflète a aplicação das soluções jurídicas romanas ao problema levantado pelas cláusulas de base na lei espanhola.

PALAVRAS-CHAVE: Usura. *Usurae centesimae*. Evolução histórica das limitações aos tipos de juros no Direito Romano. *Usurae supra legitimun modum*.

Interest of money loans. Legal limitations and civil effects of his abusivity in roman law

ABSTRACT: The work studies the limitations to interests in different times established by the law of the XII Tables, the *leges foneraticias* and the emperors in the post-classic and justinian times to later review the civil consequences of agreeing / pacting illegitimate interests. The study finishes with some conclusions in which the application of the Roman legal solutions to the problem raised by the ground clauses in Spanish law is reflected.

KEYWORDS: Usury; *Usurae centesimae*; Historical evolution of the limitations on interest rates in Roman Law; *Usurae supra legitimun modum*.

INTRODUCCION

He elegido este tema de gran actualidad en el ámbito social, económico y jurídico con la finalidad de destacar la consideración que en el derecho romano tenían los intereses de los préstamos, así como las limitaciones normativas que fueron estableciéndose en cada época, y las consecuencias civiles que el ordenamiento jurídico romano estableció en casos de incumplimientos.

En España y en los tribunales españoles, desde el año 2013, como consecuencia de la crisis económica, se han venido produciendo unas reclamaciones de los consumidores contra las entidades bancarias con fundamento en unas cláusulas limitativas de interés variable de préstamos con garantía hipotecaria, conocidas en la doctrina y en la práctica diaria con el nombre de cláusulas suelo o cláusula suelo/techo¹, que han llegado hasta el Tribunal Supremo² y hasta el TJUE, cuya gran sala dictó Sentencia el 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15,³

Ante las respuestas jurídicas de los Tribunales españoles⁴, he creído conveniente analizar las fuentes del Derecho romano, en las que se encuentran normas, y principios aplicables a los préstamos de dinero que devengaban intereses, que abordan cuestiones de especial importancia en esta materia, tales como la naturaleza de los intereses, causas de los mismos, limita-

¹ Me estoy refiriendo a este tipo de cláusulas que contienen las escrituras de préstamos hipotecarios: “3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés. En todo caso, aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2'50 %, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuesto, determinará el “tipo de interés vigente” en el “período de interés”. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la bonificación prevista en el apartado siguiente. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá ser, en ningún caso, superior al 15 % nominal anual”.

La inclusión de las cláusulas suelo en España, ha sido una práctica habitual desde el comienzo de la burbuja inmobiliaria, que duró desde 1997-1998 hasta el año 2007, en que se produjo el estallido. La mayoría de las hipotecas suscritas a partir de esos años, tenían un interés variable (normalmente Euribor más un diferencial) y un límite (suelo) a pagar por el deudor, aunque el Euribor más el porcentaje fijado por el banco fuera menor.

² Aun cuando las llamadas “cláusula suelo” sean lícitas, ello no significa que su incorporación en el contrato se pueda haber realizado sin advertir claramente al contratante que su contrato tiene en las cláusulas de su préstamo hipotecario un límite mínimo al interés variable y sin que conste el convencimiento de que el consumidor ha comprendido lo que ello supone, pues en caso contrario la falta de la necesaria “claridad y transparencia” convertirá a la cláusula en abusiva. Por ello el Tribunal Supremo en la STS (sala civil) 9 de mayo de 2013, ha dejado claro que: “Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio” STS (Sala civil) 9 de mayo de 2013. Núm.241/2013. Ponente. Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno Bayón Cobos. Cendoj Roj. STS 1916/2013. La votación y fallo se produjo el 19 de marzo de 2013. Fundamento jurídico decimoquinto, párrafo 256

³ STJUE 21 de diciembre 2016: <https://ep00.epimg.net/descargables/2016/12/21/26aea35b8c66e78f3169264b9f90ecbe.pdf>. El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: *El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.*

⁴ STS (Sala civil) 9 de mayo de 2013. Núm.241/2013. Ponente. Excmo. Sr. Don Rafael Gimeno Bayón Cobos. Cendoj Roj. STS 1916/2013. Auto de aclaración de 3 de junio de 2013. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/Pleno_de_la_Sala_I_del_Tribunal_Supremo_resuelve_la_peticion_de_aclaracion_sobre_su_sentencia_relativa_a_la_s_clausulas_suelo_en_hipotecas. STS (Sala civil) de 8 de septiembre de 2014, núm 464/2014. Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno Roj: STS 3903/2014. Id Cendoj: 28079119912014100017. <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7195886/Clausulas%20abusivas/20141024>.

Se trata de una sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, que cuenta con el voto particular emitido por el Magistrado Excmo. Sr. Sancho Gargallo. STS (Sala Civil) de 25 de marzo de 2015, núm. 139. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Id Cendoj: 28079119912015100015. Vid. REDONDO TRIGO, F., “Acercas de la limitación de la retroactividad de la “cláusula suelo” en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Público” en RCDI nº750, pp.2385-2404- STS (Sala civil) de 29 de abril de 2015 núm 222/2015. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. Id Cendoj: 28079110012015100275. 2.1.5. STS (Sala Civil) de 23 de diciembre de 2015. Pleno. Núm: 705. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela

ciones legales, consecuencias del incumplimiento de las limitaciones legales, entre otras. Todas estas cuestiones son las que serán abordadas en el presente trabajo.

1 NATURALEZA Y CAUSA DE LOS INTERESES

El interés puede ser visto como precio por el uso o cesión del dinero- *usus æris*- o bien en el sentido de compensación por el riesgo del mutuante, que utiliza Paulo en un fragmento de comentarios al Edicto, libro 32.1 contenido en D. 17.2.67.1⁵, en el que, a propósito del reparto de los intereses percibidos de un préstamo de dinero efectuado por uno de los socios, que no era socio de todos los bienes, aclara que debe repartir los intereses, solamente si hubiera prestado en nombre de la sociedad, porque si lo hizo en su propio nombre, *nam in suo nomine*, debe retener los intereses, puesto que a él le habrá pertenecido el riesgo del capital, *quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit*.

En Derecho clásico romano, Pomponio, en un texto recogido en Comentario a Quinto Mucio, libro VI, que nos transmite D.50.16.121⁶, deja claro que el interés que se percibe del dinero no entra en los frutos porque no proviene del mismo capital, sino de otra causa, esto es, de nueva obligación. Papiniano en D.6.1.62 pr.⁷, destaca que el interés no proviene de la naturaleza sino que se percibe por el derecho: “*usura non natura pervenit, sed iure percipitur*”.

La causa de los intereses varía según las épocas, de tal forma que en el derecho clásico el interés nace mediante una *stipulatio* adicional al contrato de préstamo- mutuo, mientras que en el derecho justiniano, el derecho a cobrar intereses en un contrato de préstamo nacía ya de una disposición normativa, aun cuando no hubiera existido escrito.

En el Derecho clásico romano, los intereses en un principio debían pactarse mediante una *stipulatio* adicional al contrato de préstamo-mutuo⁸, tal como lo resalta Africano en D.19.5.24: “*pecuniae quidem creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi*”⁹. Si

⁵ D.17.2.67.1 Paulo; Comentarios al Edicto, libro XXXII: “*1. Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet*”.

⁶ D.50.16.121 Pomponius libro VI ad Quintum Mucium: *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*.

⁷ D.6.1.62 pr Papinianus libro VI quaestionum: “*Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur*”.

⁸ Isidoro de Sevilla 5, 25, 18: *Mutuum appellatum est quia id, quod a me tibi datur, ex meo tuum fit*. Vid. GIUFFRÉ, V., *La datio mutui. Prospettive romane e moderne*, Napoli, 1989. HERRERA BRAVO, R: *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Jaén, 1997; SALAZAR REVUELTA, M: *La gratuidad del “mutuum” en el Derecho romano*, Jaén, 1999. ARNESE, A., *Usura e modus: Il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all’attualità*. Bari, 2013.

⁹ D. 19.5.24, Africanus libro octavo quaestionum: *Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semmissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecutus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisset. Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod*

por un préstamo, el *accipiens* adquiere otra deuda extraordinaria por encima de la restitución, no es a consecuencia de la *traditio*, tal como transmite Paulo en los comentarios al libro III *ad edictum* recogidos en D. 2, 14, 17 pr¹⁰, sino que esa se origina por una *stipulatio*, que es una causa autónoma e independiente de la entrega.

El simple pacto no producía acción alguna para reclamar intereses, pero sí se concedía al deudor una *exceptio* a oponer a la reclamación del acreedor, alegando que eran indebidos¹¹.

Esta exigencia y consideración quiebra en la época justiniana, y la Novela 136.4¹²(del 564), concede a los banqueros el derecho de cobrar un interés del 8% incluso sin escrito- *non solum ex stipulatione, sed etiam ex non scripto tales usuras illis dari quales lex illis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae-*.

Justiniano lo explica argumentando, que se dice que vulgarmente los intereses no surgen sin estipulación, y son muchos los casos en que nacen sin estipulación, del solo pacto, y a veces ni siquiera en virtud de pacto, sino que son exigidos “automáticamente”. El fundamento de esta disposición lo expresa en la conclusión de esta novela, indicando: “*no sería justo que quienes están dispuestos a ayudar a todos los necesitados, sufriesen injusticia por tal sutileza*”: “*Nam qui omnibus fere indigentibus opem ferre parati sunt, iustum non est eiusmodi subtilitate laedi*”.

La misma Novela, capítulo 5, párrafo 1¹³ admite la validez de los pactos de intereses, y contempla dos presunciones *iusuris et de iure*, en las que se permite al acreedor exigir el 8% de interés: 1. Futuros mutuos, pactados por escrito, en los que se contrata un mutuo con intereses, pero no se ha determinado el porcentaje de interés, de tal forma que los prestatarios no pueden oponer la gratuidad del mutuo, presumiéndose el interés del 8%, como si expresamente se

amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat. GIUFFRÉ, V, *La datio mutui. Prospettive romane e moderna*, Napoli 1989.

¹⁰ D.2.14.17 *pr Paulus libro III ad edictum: Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

¹¹ D.2.14.7.4, *Ulpianus libro IV ad edictum: « Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem ».*

D 12.6.26.3, *Ulpianus, libro XXVI ad edictum: « Indebitum autem solutum accipiemus non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit ».*

D.46.3.102.1, *Scaevola, libro V Responsorum: “1. Cum de sorte debita constaret, de usura litigatum esset, novissime ex appellatione pronuntiatum est solutas quidem usuras non repeti, in futurum vero non deberi: quaero, pecunia data utrum usuris cedere deberet, quod petitor defenderet, an vero sorti proficeret. Respondi, si qui dabat, in sortem se dare dixisset, usuris non debere proficere ».*

¹² Nov.,136.4: “*Quoniam vero legem tulimus, ne argentariae mensae praepositi ultra bessem usuras fenerentur, illi autem nos docuerunt, etiam sine scripto se fenerari solere, quantum vero ad usuras, fidem sibi non servari, utpote mutuo sine scriptis contracto nec stipulatione interposita, (iuxta vulgatum illud, non convenire, ut usurae absque stipulatione currant, licet multi sint casus, in quibus non stipulatae etiam usurae, vel ex solo pacto nascuntur, nonnunquam etiam ne quidem ex pactis, sed sua sponte introductae tamen exiguntur) propterea etiam sancimus, non solum ex stipulatione, sed etiam ex non scripto tales usuras illis dari, quales lex illis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae. Nam qui omnibus fere indigentibus opem ferre parati sunt, iustum non est eiusmodi subtilitate laedi*”. DIAZ BAUTISTA, A : *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de justiniano)*, Universidad de Murcia, 1987, pp.,34 ss.

¹³ Nov.136.5.1 1: *Quodsi vero usuras certas pepigerint, pactae valeant. Si vero hoc solum scriptum sit, mutuum sub usuris contractum esse, contrahentes nequeant dicere, quia usurae definitae non sunt, propterea pecuniam non fenebrem esse, sed per praesumptionem ita fiat exactio, quasi bessem usurae expresse nominatae sint. Atque hoc quidem in posterum servetur. In rationibus vero iam confectis, etsi mentio usurarum facta non sit (quoniam manifestum est, apud omnem argentariae mensae praepositum contractus sub usuris celebrari, et qui ipse usuras solvit, sine usuris expensas facere non posse), liceat; iis bessem usuras exigere, ut tamen in posterum ea observent, quae illis haec sacra lex largitur*. DIAZ BAUTISTA, A : *Estudios sobre la banca bizantina (negocios bancarios en la legislación de justiniano)*, Universidad de Murcia, 1987, pp.,37 ss

hubiera mencionado. 2. Mutuos ya realizados en los que no se ha hecho mención a interés alguno.

La justificación de ésta medida legislativa está basada en la onerosidad inherente a los contratos bancarios, tal como dice expresamente: *como quiera que es manifiesto que con todo el que está al frente de un establecimiento de banco los contratos se celebran con intereses, y que el mismo que paga intereses no puede hacer desembolsos sin intereses.*

2 LIMITACIONES A LOS INTERESES

En el derecho romano la voluntad de las partes a la hora de establecer los intereses estaba sujeta a limitaciones, consistentes por un lado en no superar una determinada tasa de intereses, que va variando en las diferentes épocas, y oscila entre el 12% anual y el 6% anual que establece Justiniano con carácter general y por otro lado, tampoco estaba permitido estipular *usurae ultra sortis summam ni ultra duplum o supra duplum*, es decir, no podía estipularse intereses que superasen el capital, y mucho menos los que superasen el doble del capital¹⁴.

Por ello es conveniente exponer cuales fueron esos límites, y qué consecuencias estableció el ordenamiento jurídico romano en los supuestos de acordar o pactar intereses *supra legitimum*.

La palabra latina que se utilizó para designar el interés en principio fue *foenus*¹⁵ y *usurae*¹⁶. Estos intereses se medían en un tanto por ciento del capital-*sors*¹⁷ que fue variando a lo largo de las diferentes etapas del derecho romano¹⁸.

¹⁴ Vid. D. 12.6.26.1; CJ 4.32.10

¹⁵ Varrón, según Aulo Gelio 16,12, define *Foenus* de la siguiente forma: “*dictum a fetu et quasi a fetura quadam pecuniae parientis atque increscentis*”. Herrera Bravo, R.: *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Jaen, 1997, p.24, 25: “*Faenus deriva de la palabra griega ποινή que significa no solamente pena, sino también premio o recompensa, y es usada para aquellos intereses que se acuerdan en el momento del préstamo de dinero, y para el otro tipo de intereses se adoptan los términos “usura” y “usurae” (D.24.2.2.4). “Faenus” equivale a ganancias o lucro y mas concretamente al interés del dinero prestado. Con Respecto a su etimología Aulo Gelio después de ridiculizar algunas etimologías sobre dichas palabras, parece aprobar la de Varron, el cual según Gelio en el Libro III de su tratado “Sobre Lengua Latina” nos dice que “Faenerator” viene de “Faenus” y que Faenus deriva de Fetus (producto), a causa del producto del dinero que se multiplica (...)*”.

¹⁶ *Usurae*, vid Varron, *De linguae latinae*, l. 5, 36,183, “*a quo usura, quod in sorte accedebat, impendium appellatum; quae quom accederet ad sortem, usu usura dicta, ut sors quod suum fit sorte*”. Isidoro de Sevilla *Etymologiae* 5.25.15 *Vsura est incrementum fenoris, ab usu aeris crediti nuncupata*. CERVENCA, G., *Usura* (Dir. rom.), en EdD 45 (1992), p. 1126. BRASSIELLO, U., V. *Usura*. *NNDDI*, Torino, 1957, pp.368 y ss; NOODT, G., *De foenore et usuris. Opera Omnia* I. Colonia, 1763; SCIALOJA, V., “*Unciarium Fenus*”. *Studi Giuridici II*. Roma, 1934., pp. 287 y ss. HERRERA BRAVO, R., *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho romano*, Jaen, 1997, p 22 indica que la expresión “*usurae*” deriva etimológicamente de “*usus*”, también del término latino e “*utor*”, equivalente a usar, hacer uso y sobre todo significa provecho y utilidad, pero también precio e interés, esto es provecho que se obtiene de lo que se ha prestado. Consiste en la remuneración que el deudor de dinero o de otras cosas, ha de satisfacer al acreedor por la privación que para él supone el no disfrute del capital debido (*sors*). El término tiene para los romanos el simbólico significado de intereses, y no el de intereses excesivos, que nosotros los modernos llamamos usurarios”. TORRENT, A. *Diccionario de Derecho romano*, Madrid 2005, p. 1426-1427 quien afirma que en latín reciben la denominación de *usurae* los intereses convencionales también llamados *fenora*. DE LA ROSA DIEZ, P.: “Aspectos del préstamo con interés en derecho romano. Estudios de derecho de obligaciones”. *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez. Vol.I*. Las Rozas, Madrid, 2006., pp.501 y ss.

¹⁷ TORRENT, A., *Diccionario de derecho romano*, ob. cit, p. 1426 matiza que *sors* literalmente significa suerte, hecho aleatorio, quizá por el riesgo que envolvía toda operación de crédito sujeta a la eventualidad de no restitución.

¹⁸ Vid. APPLETON CH.: “*Contribution à l'histoire du prêt à intérêt à Rome. Le taux du 'fenus ancianarium'*”, *NRHD*, Paris 1919, XLIII, pp.467 y ss; BIANCHINI M.G., *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana en Studi in o A. Biscardi II*. Milano, 1982, pp. 389 y ss; SALAZAR REVUELTA, M. *La gratuidad del mutuum en el Derecho romano*. Jaen, 1999, pp 174 y ss. SOLIDORO MARUOTTI, L., “*Tassi usurari e giurisdizione*”. *Diritto@storia*.

En la Ley de las XII Tablas, en la tabla 8. 18 a y b se señala una tasa de interés determinada como límite: *el foenus unciarium*¹⁹.

T.8.18a. (Tac, Ann.6.16.2): *XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceat* -Está sancionado por las XII Tablas que alguien cobre más de una uncia de interés.

T.8.18b. (Cato, Agr. Praef.): *Maiores...in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli*.-Nuestros antepasados... establecieron en las leyes que el ladrón fuera condenado al doble y el usurero al cuádruple.

TORRENT²⁰ pone de relieve que no está claro si este tipo de interés era mensual o anual, ni si el año era de diez meses, propio del antiguo calendario romano en cuyo caso el tipo de interés sería el 8,33% o de 12 meses (en este caso 10%).

Las leyes *Liciniae Sextiae* (367 a. C.), de *aere alieno*, permitían al deudor insolvente la imputación al capital de los intereses pagados por los préstamos de dinero, y el fraccionamiento de sus pagos en tres anualidades iguales²¹.

Lex Duilia Memmenia de unciario fenore (357 aC) hace referencia al interés del 1 por ciento²². Otro plebiscito, *de fenore semiunciarium*, del año 347 a. C., redujo el tipo de interés

Rivista Internazionale di Scienze giuridiche e tradizione romana, 7, 2008, URL: <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Solidoro-Tassi-usurari-giurisdizione.htm>

¹⁹ La *uncia* comprendía la doceava parte del *as*. Sobre el *foenus unciarium* vid. William Smith, LLD, WILLIAM WAYTE, G. E. MARINDIN, *Ed A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, 1890 "(...) Niebuhr reckons the *foenus unciarium* on the year of ten months, so that it would amount to 10 per cent on the year of twelve months; and in this he is followed by Huschke (*Recht des Nexum*, p. 98 ff.) and Mommsen (*Röm. Gesch.*, i. 3 274=1.220 tr. Dickson), while Walter (*Gesch. des Röm. Rechts*, § 609) and Steuber understand 8 1/3 per cent on the full year. *The treatise of Steuber (Der Zinsfuß bei den Römern, Basel, 1857)*, collects and criticises the recent literature of the subject. For the year of ten months, see CALENDARIUM p. 341 a." APPLETON, C., « Contribution à l'histoire du prêt à intérêt a Rome: le taux du *foenus unciarium* » en *RHD* 43(1919) 467 y ss; PIKULSKA, A, « *Fenus unciarium* », *RIDA* 40 (2000), 165 y ss. TORRENT, A., *Diccionario de derecho romano*, ob., cit p. 569 indica (...) "El *foenus unciarium* de XII Tab. 8,18, que la situaba en la doceava parte (*uncia*) al mes del capital prestado que arrojaba la escalofriante cifra del 100% anual".

²⁰ TORRENT, A., *Diccionario de derecho romano*, ob., cit p.360. JIMENEZ MUÑOZ, F.J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, 2010., p.27, n. 24, el tipo de interés de la ley de las XII Tablas se situaba en un 8,33% en el primitivo año de 10 meses y en un 10 % en los posteriores de 12 meses. Destaca que no se señala si los intereses eran mensuales o anuales, si bien en la nota 25 advierte que si fueran mensuales alcanzarían un 83,33% en un año de 10 meses y un 100% en el año de 12 meses. Robert Whiston, Ma. Esto ha sido interpretado de diversas formas para significar, (1) una doceava parte de la centesima paga mensualmente, es decir, un uno por ciento por año; y (2) una doceava parte del principal se paga mensualmente, o cien por ciento al año. Niebuhr refuta largamente las dos opiniones; pero puede ser suficiente para observar que una es incompatible con el sentido común, y la otra con la historia temprana de la República. Una tercera y satisfactoria opinión es la siguiente: - La *Uncia* fue la duodécima parte del *as*, y desde el pleno (12 oz.) la moneda de cobre todavía estaba en uso en Roma, cuando las Doce Tablas se convirtieron en ley, la frase *foenus unciarium* sería una expresión natural de interés de una sola onza en la libra; es decir, una duodécima parte de la suma prestada, o 8 1/3 por ciento, no por mes, sino al año. Esta tasa, si se calcula para el año de duración romana de diez meses, daría un 10 por ciento para el año civil de los doce meses, que era de uso común en la época de los decenviros. La analogía de los términos griegos τόκος, ἐπίπριτος, etc., confirma este punto de vista, que, como observa Niebuhr, no queda invalidada por la admisión, que supone un pago anual y no mensual de interés.; pues aunque en los últimos tiempos de la República los intereses vencían todos los meses, no hay rastro de esta habiendo sido el caso anteriormente (Rein, *Römische Privatrecht*, P304). Tampoco es difícil dar cuenta de los cambios; probablemente estaba relacionado con las modificaciones realizadas de vez en cuando en la ley romana de deudor y acreedor (como la abolición de la esclavitud personal para la deuda), el efecto natural de lo que sería para hacer acreedores más escrupulosos en el préstamo de dinero, y mucho más vigilantes en la exigente debido al interés en ella. HERRERA BRAVO, R, *Usurae*. Ob., cit., pp.38 y ss.

²¹ Tito Livio, *Ab Urbe condita*, VI. 35 y 39. En VI.35.4. relata que los tribunos de la plebe Gayo Licinio y Lucio Sextio, hicieron públicos unos proyectos de ley dirigidos en contra del poder de los patricios y a favor de los intereses de la plebe. Uno de ellos que trataba sobre deudas disponía que la usura pagada se imputara a la disminución del capital y que los deudores pudieran satisfacer sus créditos en tres plazos anuales. En 6, 39, 2 deja constancia de hasta qué punto el proyecto sobre la represión de la usura era del agrado de la plebe.

fijado por las XII Tablas de una onza por as libral, 1/12, a media onza, 1/24 de capital, y permitió a los deudores fraccionar también el pago de la deuda. La *Lex Genucia* del año 342 aC²³ prohibió para el territorio de Roma - no para el latino- el préstamo con intereses, dado que en esos momentos la usura estaba muy difundida, y había que acabar con el problema. Si bien no lo consiguió, puesto que los romanos transmitían el crédito a un ciudadano latino, quien les abonaba los intereses para reclamar posteriormente los intereses y el principal al deudor ciudadano romano²⁴. Ante esto se dictó una *Lex Sempronia*²⁵, que extendió la *Lex Genucia* a los latinos y demás pueblos aliados con Roma. Una *Lex Marcia* del año 104 aC²⁶ concedió la

²² Tito Livio *Ab Urbe Condita*, VII. 16: “*Haud aeque laeta patribus insequenti anno C. Marcio Cn. Manlio consulibus de unciario fenore a M. Duillio L. Menenio tribumis plebis rogatio est perlata; et plebs aliquanto eam cupidius sciuit*”. CORPET MM-VERGER & PESSONNEAUX, *Histoire romaine de Tite-Live*, t. II, Paris, Garnier, 1904: “*Les patriciens vivent avec moins de joie, l'année suivante, sous le consulat de C. Marcus et de Cn. Manlius, les tribuns du peuple M. Duilius et L. Ménius présenter, sur l'intérêt à un pour cent, une loi que le peuple, au contraire, accueillit et adopta avec empressement*”.

²³ Tito Livio *Ab Urbe Condita*, en concreto, VII, 42, 1 refiere que en el año 192 a. C. se sustanciaron muchos pleitos contra los usureros, y duda que esta *lex* se debiera al tribuno Genucio. *Praeter haec inuenio apud quosdam L. Genucium tribunum plebis tulisse ad plebem ne fenerare liceret ...* CORPET MM-VERGER & PESSONNEAUX, *Histoire romaine de Tite-Live* T.II, Paris, 1904: “*Les patriciens vivent avec moins de joie, l'année suivante, sous le consulat de C. Marcus et de Cn. Manlius, les tribuns du peuple M. Duilius et L. Ménius présenter, sur l'intérêt à un pour cent, une loi que le peuple, au contraire, accueillit et adopta avec empressement*”. Vid. POMA, G., “Il plebiscito Genucio ne fenerare licet (Liv VII.42.1)” en *RSA* 19(1989), pp., 73 y ss; FASCIONE, L., “*La legislazione di Genucio*”, en F. Serrao (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, II, Napoli, 2000, 179 ss., en particular 182-185; CARDILLI, R., “Plebiscita et leges Antiusura. Leges fenebres, ius civile ed ‘indebitamento’ della plebe: a proposito di Tac. Ann. VI, 16, 1-2.” *DIRITTO E STORIA* n°7, 2008. <http://www.dirittoestoria.it/7/Memorie/Cardilli-Plebiscita-leges-antiusura.htm>

Tácito, *Annales*, 6, 16 “*...sane uetus urbi faenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agigaretur; dein rogatione tribunicia ad senuncias redactum, postremo uetita uersura. ...*”; BURNOUF, JL, *Oeuvres complètes de Tacite, traduites en français avec une introduction et des notes*, Paris, 1859. “*... L'usure fut de tout temps le fléau de cette ville, et une cause sans cesse renaissante de discordes et de séditions. Aussi, même dans des siècles où les mœurs étaient moins corrompues, on s'occupa de la combattre. Les Douze Tables réduisirent d'abord à un pour cent l'intérêt, qui, auparavant, n'avait de bornes que la cupidité des riches. Ensuite un tribun le fit encore diminuer de moitié ; enfin on défendit tout prêt à usure ...*” CARDILLI, R : *Plebiscita et leges Antiusura.ob.*, cit.

Appiano, *Bellum civile*, 1, 54 relata cómo en el año 91 a. C. la situación económica era especialmente difícil afectando particularmente a los propietarios de tierras, produciéndose numerosos conflictos entre acreedores y deudores al exigir aquellos los préstamos con intereses a pesar de que la *Lex Genucia de federatione* los prohibía e imponía castigos de tipo pecuniario a los que osaban infligirla. Vid. CAPONE, L., “Gli interventi edilizi nella repressione delle usurae”, *LABEO* 45 (1999), pp., 193 y ss. FASCIONE, L., *La legislazione di Genucio, Legge e società nella Repubblica Romana* 2. Napoli, 1988; POMA, G., “Il plebiscito Genucio ne fenerare liceret (Liv., VII, 42, 1)”, en *RSA* 19., FASOLINO, F, *Studi sulle Usurae*, ob.,cit., p.25 sobre este pasaje de Appiano manifiesta que el historiador, a propósito de la muerte del pretor Aellio en el 89 a.C la reconduce al hecho de que el magistrado habría buscado dar eficacia a una antigua ley, inaplicable en la práctica, con la cual se prohibía el préstamo con intereses. En la página 26 el autor relata la discusión doctrinal existente sobre el plebiscito Genucio y su contenido que puede conducirse a: a) los partidarios de que el contenido se refería a la prohibición total de los préstamos a interés. b) los partidarios de estimar que establecía con carácter excepcional una remisión total de los intereses sobre deudas ya existentes, dejando inalteradas las cosas para el futuro.

²⁴ Tito Livio *Ab Urbe Condita* XXXV 7: “*De ea re nihil temere decerni placuit; ad frequentiores consultatio dilata est. instabat enim cura alia, quod ciuitas faenore laborabat et quod, cum multis faenebribus legibus constricta auaritia esset, uia fraudis inita erat ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent; ita libero faenore obruebantur debitores. cuius coercendi cum ratio quaereretur, diem finiri placuit Feralia quae proxime fuissent, ut qui post eam diem socii ciuibus Romanis credidissent pecunias profiterentur, et ex ea die pecuniae creditae quibus debitor uellet legibus ius creditorum diceretur. inde postquam professionibus detecta est magnitudo aeris alieni per hanc fraudem contracti, M. Sempronius tribunus plebis ex auctoritate patrum plebem rogauit plebesque sciuit ut cum sociis ac nomine Latino creditae pecuniae ius idem quod cum ciuibus Romanis esset.*”

²⁵ DI LELLA, L, *Il plebiscito Semproniano del 193 a.C e la repressione delle “usurae”*, *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche* 95 (1984), pp. 277 nt 68 y 279.

²⁶ Gai 4.23: “*Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortis causa plus M*

manus iniectio contra los usureros. Sila propuso en el año 88 a.C la *Lex Cornelia Pompeia de fenore*²⁷, que reestableció la regulación de las XII Tablas- *fenus unciarium*.

Plutarco 20.3²⁸relata que en las provincias de Asia el procónsul Lucio Licinio Lucullo en los años 72-70 a.C estableció el límite máximo del interés en el 12%, disponiendo también, que los intereses no debían superar el capital debido, y prohibiendo que el acreedor se apropiase de más del 25% de los bienes del deudor. Asimismo sancionó con la pérdida del crédito a quien añadiese intereses al capital prestado.

Cicerón, gobernador de Cilicia en el 51 a.C, reprodujo en el propio edicto provincial la normativa que afectaba a la *centesima*, estableciendo el límite del 12% anual, pero permitió el anatocismo, que Lúculo había sancionado con la pérdida del crédito (Ad Att 5.21.13)²⁹.

Esta normativa se extendió a Roma en el año 51 a.C, mediante un senadoconsulto³⁰, que unificó el tipo máximo de interés al 12% anual (1% mensual): *Usurae centesimae*³¹, que se mantendrá por Diocleciano (CJ 4.2.8)³² y Constantino (CTh 2.3.3.1) y hasta las reformas operadas por el derecho justinianeo. También se denominaban *kalendariae*, porque se cobraban los días primero de cada mes (*kalendae*), y generaban la *actio kalendarii*.

assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectioem cum eis ageretur".

²⁷ Festus, 516 L (BRUNS, C. G., *Fontes*, II, Tübingen, 1909, p. 43) "*Unciaria lex appellari coepta est, quam L. Sulla et Q. Pompeius tulere, qua sanctum est, ut debitores decimam partem [sortem annuis usuris penderent]*".

²⁸ Plutarco, Lúculo 20.3. Vid BROUGHTON, T- ROBERT S., *The Magistrates of the Roman Republic II*, New York 1952, 106 y ss, SOLIDORO MARUOTI, L., « Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale ». *INDEX*, 25(1997), pp. 179 y ss. TORRENT, A., *Usurae supra legitimum modum: Del edicto de Lucullo a los Severos en Studi per Giovanni Nicosia VIII*, Milano, 2007, pp. 259 y ss. GARCÍA GONZALEZ, J.M., "El préstamo y la Usura en el mediterráneo antiguo", *LUCENTUM*, N° 3, 1984, p.310 y ss: "(...) en cuanto al límite máximo {centesimae usurae, supra sortis summam, ultra alterum tantum} hay una corriente doctrinal que la sugiere importada de Egipto a fines de la época republicana, siguiendo un texto de Plutarco que atribuye a Lúculo, durante su gobernación, el límite del 12% al año (que sería el precedente de la centésima), y que, de Asia, habría sido traído luego a Roma (PLUTARCO, Lúculo, 20). Diodoro Sículo también postula el origen egipcio de la tasa máxima, pero remitiéndolo al derecho antiguo, autóctono, de aquella región, durante el siglo VIII a. C".

²⁹ Cic. Ad Att. 5.21.11: "(...) interim cum ego in edicto translaticio centesimas me observaturum haberem cum anatocismo aniversario (...) PUGLIESE, G., "Riflessioni sull'editto di Cicerone in Cilicia" en *Synteletia Arangio Ruiz II*, Napoli, 1964, pp. 982 ss; PEPPE, L, Note sull'editto di Cicerone in Cilicia", en *LABEO* 37, 1991, pp 14 ss. TORRENT, A., "*Usurae supra legitimum modum*", ob., cit., pp. 259.

³⁰ Cic. Ad Att. 5.21.13 (...) *Cum senatus consultum modo factum sit, puto, postquam tu es profectus, in creditorum causa, ut centesimae perpetuo fenore ducerentur*". Vid. MOMMSEN, T *Romische Geschichte*, 3, Leipzig, 1856, 537 ss; MARTINI, R., *Ricerca in tema di editto provinciale*, Milano, 1969; SOLIDORO MARUOTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale" en *INDEX*, 25 (1997), pp. 179 y ss; CERVENCA, G., v.Usura (Diritto romano) Enc.Dir. XIV, Milano, 1992, pp. 1127 e. FASOLINO, F., *Studi sulle Usurae*, Salerno, 2006, pp 37 y ss, donde analiza los problemas que presenta este senadoconsulto sobre la validez general del mismo.

³¹ Sobre la regulación de los intereses en la época republicana, ver. ROYER, J. P., "Le problème des dettes à la fin de la République romaine", en *Revue historique de droit français et étranger*, 45 (1967), pp. 191-240 y 407-450; CERVENCA, G., *Contributo allo studio delle "usurae" cd. Legati nel diritto romano*, Milano, 1969. BARLOW, CH.T., *Bankers, Moneylenders, and Interest Rates in the Roman Republic*, Michigan, 1978; TILLI, G., "Postremo vetita versura", en *BIDR*, 86-87 (1984), pp.147-163; STORCHI MARINO, A., "Quinqueviri mensarii, Censo e debiti nel IV secolo", en *ATHENAEUM*, 81 (1993), pp. 213-250; RIVIERE, Y., "Les quadruplateores, la répression du jeu de l'usure, et de quelques autres délits sous la république romaine", en *Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École Française de Rome, Antiquité*, 109 (1997), pp. 577-631; SOLIDORO MARUOTI, L., « Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale ». *INDEX*, 25 (1997), pp.179 y ss; PIKULSKA, A. "Problème de l'usure en Rome républicaine, favor debitoris?" en *ORBIS IURIS ROMANI*, 6 (2001), pp. 124-150.

³² CJ 4.2.8 Imperatores Diocletianus, Maximianus. "*Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondesti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PROCULO. * <A 293 S. XVII K. IAN. AA. CONSS.>*"

Constantino, en una constitución del año 325 d.C que nos transmite CTh 2.33.1³³, estableció un máximo del 50% en los préstamos en especies, y de un 12% anual en los préstamos de dinero³⁴. Posteriormente, y debido a la introducción de la *siliqua*, que correspondía a 1/24 del *solidus*) los tipos de intereses se fijaron en la práctica en un 12,5% -*usura pseudocentesima*- por razones de cálculo³⁵, que posteriormente adopta el Código de Eurico 285,9³⁶.

Estos límites máximos no significan que en los intereses pactados convencionalmente hubiera que llegar a ellos. La determinación del tipo de interés dependía del resto de elementos que se tenían en cuenta para la concesión de los préstamos: duración, liquidez del deudor, el objeto, etc.

En la edad republicana, Cicerón ep.5.6.2³⁷ da cuenta de buenos préstamos de larga duración garantizados, pactando intereses al 6%. En la época imperial, eran comunes los acuerdos de intereses en porcentajes que oscilaban entre un 4 y 6%³⁸. En cambio, los préstamos no garantizados, de breve duración, solicitados por personas de dudosa liquidez, o en estado de necesidad, la tasa de interés convencional solía ser del 12% o más. A esta categoría pertenece la definida por Seneca como *sanguinolenta centesima*³⁹.

³³ Cth 2.33.1: IMP. CONSTANT(INUS) A. AD DRACILIANUM AGENTEM VICES P(RAE)FECTORUM P(RAE)TORI O. *Quicumque fruges humidas vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modiis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere. P(RO)P(OSITA) CAESAREA XV KAL. MAI. PAULINO ET IULIANO CONSS.*

³⁴ Cth 2.33.1" (...) *Quae lex ad solas pertinet fruges: Nam pro pecunia ultra singulas Centesimas creditor vetatur (vetetur gothofredus) accipere. Interpretatio. Nam quando pecunia fuerit commodata, nisi unam tantum centesimam a creditoribus exigi non iubemus*". SOLIDORO MARUOTTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionali", ob.cit., p.186. n 27 donde indica que la derivación oriental de la medida del 50% en la circunstancia de que Constantino emanó la constitución durante su residencia en Cesarea de Palestina, encargándose a Draciliano, funcionario de Palestina en Egipto. Tal circunstancia indujo a pensar a Godofredo que la disposición tuviese vigor solamente en Palestina. Numerosas fuentes acreditan la difusión en todo el resto del Imperio.

³⁵ BIANCHI, E., "In tema di usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo del IV secolo. II.", en *ATHENAEUM*.62, 1984, pp., 142 y ss.

³⁶ D'ORS, A: *El Código de Eurico. Estudios Visigóticos II*, Madrid, 1960.p 207-208: "*indica que los intereses no son exigibles si no figuran en la cautio (CE 285,3) o si el acreedor, aprovechándose de la necesidad del prestatario, estipuló unos intereses superiores a la tasa legal (CE 285,2), que se fija como la romana, corriente en la época post-Constantiniana, de la pseudo- centesima, es decir, la del 12,50 por 100 anual: tres siliquae por cada solidus o 1 solidus por cada 8. En la nota 682 aclara que cada solidus tenía 24 siliquae, remitiéndose a S. Isidoro, Etym 16.25.9. Leovigildo, para el mutuo de fruges, establece el interés del 50 por 100 (LV 5, 5, 9). Estas normas, aunque dentro siempre de la tradición romana, reflejan una nueva postura legislativa, congruente con la idea antes señalada como típicamente Euriciana del reparto del riesgo. Es de advertir todavía que la pérdida de todo interés cuando se han estipulado excesivos supone una cierta mitigación de la disciplina vigente, pues CTh 2,33,2(386) c. interp. Establece la pena del quadruplum de lo indebidamente cobrado, el duplum para los préstamos anteriores a la ley) y ETH 134 la de perder incluso el capital prestado- Amitat sortem debiti creditor qui ultra legitimam crediderit a debitore poscendum-; la norma Euriciana aparece así como una mitigación de la de Eth*".

³⁷ Ciceron *Epistula ad familiares a Publio Sextio* 5.6., (...) *partim mihi non credunt et a me insidias metuunt nec putant ei nummos deesse posse, qui ex obsidione feneneratos exemerit.Omnino semissibus magna copia est; ego autem meis rebus gestis hoc sum assecutus, ut bonum nomen existimer.*

³⁸ Pers. Sat 5.149 s (tasa del 5%); colum de r.3.3.9 (tasa del 6%); Plinio. N.h. 14.4.6.56 (califica *usura civilis ac modica* la tasa del 6%); Plin. Ep. 7.18 (tasa del 6%). TORRENT, A: *Usurae supra legitimum modum*, ob., cit., p. 262 sostiene que "*ciertamente nunca se aplicó con rigor este tipo del 12% anual elevado medio punto por Constantino (CTh 2.33.1.)*, en cuanto muchos textos dejan traslucir que no sólo había diferentes tasas de interés entre las distintas provincias sino también entre diversas civitates, de modo que por encima de eventuales rescriptos imperiales limitadores, el mos regiones (que obviamente traducían en términos económicos las necesidades de financiación en cada provincia) imponía diversos tipos válidos en las obligaciones convencionales en que ambas partes mediante stipulationes privadas fijaban el tipo de financiación".

³⁹ Seneca, *De beneficiis* 7,10: *Quid sunt istae tabulae, quid computationes, et uenale tempus, et sanguinolentae centesimae?* Solía recurrirse al mutuo con *stipulatio* en la praxis negocial. Vid. D.45.1.122.pr; D.12.1.40 y D.45.126.2.

Justiniano inspirado en el principio del *favor debitoris*, ve la necesidad de reorganizar todo el régimen jurídico de la *usurae*, tanto la convencional como la legal, para lo cual dicta una serie de disposiciones normativas⁴⁰. Comienza estimando necesaria hacer una ley para reducir los tipos de interés máximos, moderando los antiguos que producían una dura y pesadísima carga. Así en C 4.32.26.1, del 13 de diciembre del año 528 d.C.⁴¹, estableció como tipo máximo general para los préstamos ordinarios entre particulares, el 6% anual- *dimidia centesima*-, con excepciones para las personas ilustres o las que les aventajan⁴², que no podían estipular intereses superiores al 4% anual- *minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum*-; los banqueros y demás comerciantes profesionales al 8% anual⁴³, y los préstamos marítimos y de mercancías al 12% y 12½%, anual, prohibiendo a los jueces aplicar las costumbres locales- *mos regiones: Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis*.

El 1 de abril del año 529 dicta una constitución imperial, dirigida a Menna, Prefecto del pretorio, recogida en CJ 4.32.27⁴⁴, en la que rechaza la mala interpretación que venían reali-

Los acreedores que intencionadamente pretendían exigir intereses en medida superior a la legalmente establecida por el ordenamiento jurídico, para no dejar ningún rastro de ello a fin de que el deudor no lo utilizase como prueba, solían acudir a un mecanismo- *stipulationes sortis et usurarum*- por el que el promisor se obligaba al pago sin distinguir lo debido a título de capital ni cuanto se debe a título de intereses. Al asumir el promisor una obligación abstracta, debía pagar la totalidad del objeto de la *stipulatio*.

⁴⁰ Sobre la legislación justiniana en tema de *usurae* ver, CASSIMATIS, G, *Les intére'ts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin* (Paris, 1931). BONINI, R: *Ricerca di diritto giustiniano*, Milano, 1968; BIANCHINI, G, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*. *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, pp. 393 y ss. LUCHETTI, G., « *Banche, banchieri e contratti bancari nella legislazione giustiniana* ». *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 450 y ss. FASOLINO, F., *Studi sulle Usurae*, ob., cit., p.160 indica que la constitución, cualificada como generalis sanctio por el mismo emperador, afronta de manera general y organizada la materia de los intereses; la nueva disciplina así emanada contempla por tanto diversos aspectos de la *usurae*, poniendo siempre el acento en la óptica de su contención

⁴¹ CJ 4.32.26:1. *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. 2. Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiectionibus autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent. 3. Nec liceat iudici memoratam augere taxationem occasione consuetudinis in regione obtinentis. IUST. A. MENAE PP. * <A 528 D. ID. DEC. CONSTANTINOPOLI IUSTINIANO PP A. II CONS.> HERRERA BRAVO, R, *Usurae*, ob., cit., pp 49 y ss afirma que se la c. 26 se califica como una generalis sanctio, proveyendo junto al límite máximo del 6% otra serie de tipos más bajos o un poco mas altos al tipo fijado.*

⁴² SOLDORO MARUOTI, L, "Sulla disciplina degli interessi convenzionali", ob. cit., pp. 558 y ss; FASOLINO, F., *Studi sulle usurae*, ob. cit., pp 168-169.

⁴³ FASOLINO, F., *Studi sulle usurae*, ob. cit., pp 169 ss. donde destaca que el fundamento de esta excepción establecida para los banqueros se encontraba en la presión de las reclamaciones efectuadas por las potentes corporaciones de *argentarii*, categoría en favor de la cual, les fueron concedidos beneficios sustanciosos, basta pensar en la novela 136.4 del 6 de febrero de 535, con la cual los banqueros obtenían la extensión de la tasa más elevada a los intereses derivados de pactos verbales, evidentemente frecuentes en el ámbito de su actividad; también en Ed 9.6.pr el emperador concede a los *argentarii* aplicar la tasa mas elevada en el caso que hubiere conseguido una milicia o hubieren devenido ilustres, derogando cuanto había establecido poco antes con relación a esta categoría social en CI 4.32.26.2. A este autor no le parece de todo exacto esta hipótesis pues también piensa que Justiniano tuvo en cuenta la necesidad de preveer una adecuada forma de remuneración para los que profesionalmente se dedicasen a la actividad de préstamos con interés. Reducir el margen de ganancia de los banqueros habría significado desincentivarles de continuar invirtiendo los capitales en financiación que se revela necesaria para las inversiones productivas y comerciales y para garantizar un determinado nivel mínimo de consumo. Por otro lado, la opinión tradicional parece excesivamente centrada en la consideración solo de los *argentarii*, olvidando el dato que la tasa del 8% se extendía a todas las categorías de empresarios.

⁴⁴ CJ 4.32.27. *Imperator Justinianus. De usuris, quarum modum iam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removentes iubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statutae sunt usuras stipulati*

zando algunos sobra la tasa de intereses que había establecido, y ordena que los que habían estipulado intereses mayores a la tasa legal, debían ajustar sus acciones a la cuantía tasada en la misma ley desde el tiempo de su promulgación, habiendo de exigir los intereses del tiempo transcurrido hasta su promulgación conforme al tenor de la estipulación. Asimismo, reafirmó la antigua prohibición de las *usurae supra duplum*, no concediendo de ninguna manera que los intereses superen en más del doble el capital prestado, extendiendo dicha prohibición también a los juicios de buena fe así como en todos los demás casos en que se exijan intereses.

En la Novela 121.2⁴⁵ del año 542 d.C, el emperador Justiniano, en relación con la prohibición de exigir *usurae supra duplum*, dispone que los intereses ya pagados serán imputados al capital, o estando obligado el deudor a restituir el capital *-sors-* cuando hubiere abonado al acreedor, a título de intereses, una suma igual al doble de la suma prestada. Asimismo, abole de forma expresa un rescripto del emperador Caracalla, de contenido opuesto, que nos transmite CJ 4.32.10⁴⁶, de tal forma que los intereses pagados por plazos sí le aprovechan al deudor, a los fines de respetar el límite del *duplum*.⁴⁷

Basilio Macedonio en el siglo IX prohibió la usura, pero su hijo Leon VI el filósofo revocó la prohibición permitiendo unos intereses del 4% tal como se nos trasmite en la constitución 83 del emperador León a Stiliano⁴⁸, al estimar que a causa de la pobreza, la prohibición de los intereses establecida por su padre, no redundaba en mejoría, que era el propósito del legislador, sino en empeoramiento, porque después de promulgada la ley, quienes antes entregaban dinero en mutuo, al no poder percibir ningún lucro del mutuo, son inhumanos y crueles contra los que necesitan de tal humanidad de recibir dinero a préstamo. Siendo por ello que dicta una nueva constitución, en la que dispone que el uso del mutuo produzca intereses al 4%, por lo que cada año produce para los prestamistas una silicua cada sueldo.

La tasa usual en época justiniana, no obstante, era del 6% anual con carácter general para los préstamos ordinarios entre particulares, salvo el préstamo marítimo, que por su propia naturaleza soportaba la imposición de tasas superiores, sin olvidar que los préstamos de los banqueros y demás comerciantes profesionales estaban fijadas en el 8% anual.

*sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis eius suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos. 1. Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant. 2. Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus. * IUST. A. MENAE PP. * <A 529 D. K. APRIL. CONSTANTINOPOLI DECIO VC. CONS.>*

⁴⁵ NJ 121.2: *Itaque quoniam leges nostrae nihil supra duplum solvi volunt, eamque a prioribus discrepantiam habent, quod illae quidem debita usque ad duplum sistebant, si nulla solutio facta esset, nos autem eas quoque solutiones quae per partes fiant debita solvere permisimus, siquidem usque ad duplum perveniant, sancimus ut secundum hoc fiat computatio, atque illi si quantum reliqui sit ad mille aureos solvant etiam feneratorum auroreorum cautionem recipiant, ne ex hac causa eveniat ut multiplicatum debitum exigatur. Epilogus. Magnificentia igitur tua quae nobis placuerunt et per hanc sacram pragmaticam sanctionem declarantur ad opus et effectum adducere studeat, ut et interpretatio contra haec prolata in sententiis, quarum supplices meminerunt, abiciatur, et omnia quae per obreptionem et ab una parte adversus legem acta sunt vel agentur cessent. Divinitas te servet per multos annos, frater iucundissime. Dat. XVII. k. Mai. CP. Belisario vc. cons.*

⁴⁶ CJ 4.32.10 *Imperator Antoninus. Usurae per tempora solutae non proficiunt ad dupli computationem. Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem * ANT. A. CRATO ET DONATO MIL.*

⁴⁷ Vid NJ 138 *Imp. Justinianus pp. Aug. Hermogeni magistro officiorum. Manifestissima est nostri numinis constitutio, quae usque ad dupli quantitatem exactionem debiti concludit Si igitur creditores tui quidam in duplum acceperunt, alii adhuc minus consecuti sunt, hi quidem qui in duplum ex usurarum quantitate per diversa tempora consecuti sunt, nullam adversus te inquietudinem proponere concedantur, alii autem, si simili modo repleti fuerint, eo modo silere compellantur; et si debita sua consecuti fuerint, feneratorum cautiones recuperari, vel si remanserint, suis viribus vacare, si preces verae sunt, praesentis oraculi sanctione decernimus.*

⁴⁸ Novela del emperador Leon a Styliano, constitución 83

3 CONSECUENCIAS CIVILES DE ACORDAR/PACTAR INTERESES ILEGÍTIMOS

En el derecho romano se prevenían consecuencias penales⁴⁹ y civiles para aquellos acreedores que exigían ilegítimamente intereses. En el presente trabajo únicamente voy a destacar las consecuencias civiles que prevenía el ordenamiento jurídico romano en estos supuestos, que afectaban tanto al derecho del acreedor como al resarcimiento del deudor.

3.1 Consecuencias que afectan al derecho de crédito del acreedor

El ordenamiento jurídico romano negaba al acreedor acciones para reclamar intereses que superasen la tasa legal: *denegatio actionis*.

La sanción establecida en estos supuestos consistía en la imposibilidad de ser exigidos. Los intereses ilícitos se tenían por no expresados o no puestos. Así se manifiesta Ulpiano, comentario al edicto, Libro XXVI, contenido en D. 12.6.26.1, donde se afirma que no pueden comprenderse en la estipulación, ni exigirse los intereses sobre el duplo: *supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci, nec exigi possunt (...)*⁵⁰.

Paulo en sus comentarios a Sabino, Libro XII recogidos en D.22.1.20⁵¹, deja claro que los intereses ilícitos, mezclados con el capital, no vician el capital y por tanto no se deben: *Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitare*.

Marciano en el comentario a la Instituta, libro XIV, que nos transmite D. 22.1.29⁵², relata que se determinó *–placuit–*, que si alguno hubiere estipulado o intereses sobre la tasa estable-

⁴⁹ GLÜCK, F, *Commentario alle Pandette*, ob. cit., pp., 106 y ss. ROTONDI G., *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura. Scritti giuridici III*. Milano 1922. SOLIDORO MARUOTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionale nell'età imperiale", *INDEX 25* (1997), pp. 203 y ss., SALAZAR REVUELTA, M., "La represión penal de la usura en la república romana y su evolución". *REVISTA ESTUDIOS HISTORICO-JURIDICOS*. n. 26, Valparaíso 2004, pp. 85-111. Idem: *Les sanctions pénales des usurae illicitae dans les codes romains des périodes post-classique et byzantine et leurs antécédents historiques. Doctrine et pratiques pénales en Europe*. Montpellier, 2011, pp.45 y ss.

⁵⁰ D. 12.6.26.1, Ulpianus libro 26 ad edictum: *Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae*. CERVENCA, G, "Sul divieto delle cd. "usurae supraduplum"", *INDEX 2* (1971) 291 y ss. Id. Sv Usura (diritto romano) en ED, 45, Milano 1992, 1128. SOLIDORO MARUOTTI, L., "Ultra sortis summam usurae non exiguntur" en *LABEO 28* (1982), 164 y ss; y en "Sulla disciplina degli interessi convenzionale nell'età imperiale", *INDEX 25* (1997) 179 y ss.

⁵¹ D.22.1.20 Paulus, libro 12 ad Sabinum: "*Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceterum sortem non vitare*". SOLIDORO MARUOTTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionale", ob., cit., p. 201, destaca que el pasaje tiene un enunciado de carácter general. Se pueden convenir intereses excediendo de la tasa consentida sin que por esto resulte afectada la totalidad del contrato. Sin embargo, no está claro si Paulo mantiene exigible solamente la *sors* (y la formulación del texto haría pausable esta hipótesis), o, de conformidad, con la solución precedentemente expuesta, también podrían exigirse los límites legales. Si una disputa jurisprudencial realmente existió, ella desapareció con una constitución emanada en el año 239, con la cual se precisó, que en presencia de una estipulación que tenía por objeto *usurae* ilícitas, el deudor estaba obligado a pagar ya el capital, ya los intereses en la medida de la *centesima*".

⁵² D. 22.1.29 Marcianus libro 14 institutionum: "*Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras, quod illicite adiectum est pro non adiecto haberi et licitas peti posse*". Vid. MURILLO VILLAR, A, *Anatocismo. Historia de una prohibición. Homenaje a JL. Murga*, Madrid 1994, pp. 504 y 505. FASOLINO, F: *Studi sulle usurae*, ob.cit., pp. 56 y ss. quien afirma que el fragmento, de cuya claridad no puede dudarse expone coherentemente con la naturaleza institucional de la obra de la cual es un experto, un evidente principio general, casi seguramente introducido, como se resalta con la expresión *placuit*, por constituciones imperiales que, sin embargo, no vienen expresamente mencionadas. Un sector de la doctrina, ha sostenido la alteración del fragmento, al estimar que solo en la edad postclásica o justinianea existía la posibilidad de reducir los efectos negociales por medio de la invalidez parcial. Vid. PARTSCH, J, *Die Lehre vom Scheingeschäfte im römischen Rechte*, ZSS 42 (1921) p. 266., nt 1; CUGIA, S, *La nullità parziale del negozio giuridico nel D.24.1*, Napoli 1922; BETTI, E, *Diritto romano*, Padova

cida, *sive supra statutum modum uis usuras stipulatus fuerit*, o intereses de los intereses, *sive usurarum usuras*, se tenga por no expresado lo que ilícitamente se expresó, *quos illicite adiectum est, pro non adiecto haberi*, y que se puedan pedir los lícitos: *et licitas peti posse*.

En consecuencia, estimaban que el contrato de préstamo era válido y eficaz y también el acuerdo, en virtud del cual el préstamo producía intereses; si bien la cuantía de los intereses no podía superar la tasa legal establecida, de tal forma que si la superaba, el acreedor únicamente podía reclamar la cuantía que se ajustase a los límites de la tasa legal, teniendo por no puesto lo añadido ilícitamente. La disciplina clásica preveía, en consecuencia, la invalidez parcial de la estipulación que tenía por objeto intereses que excedían de los límites fijados normativamente⁵³.

El deudor únicamente ha de pagar el capital debido y los intereses lícitamente acordados, reduciéndose los que superen la cuantía *ex officio iudicis*⁵⁴, tal como refiere Paulo en un comentario del *liber singularis de usuris*, recogido en D. 22.1.17 Pr., en el que reproduce un rescripto de Marco Aurelio: *divus Marcus fortunato ita rescripsit: "Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget"*.

Esta regla fue sancionada legalmente en una constitución de Diocleciano del año 293 d.C., recogida en CJ 4.2.8⁵⁵, que proclama que solamente se pide con derecho el capital que se fijó en la estimación por convenio entre las partes, y a título de intereses el importe legal: *et usurarum titulo legitima summa tantum recte petitur*.

Constantino, en una constitución reproducida en CTh 2.33.1⁵⁶, establece que el acreedor sufrirá la pérdida no solo de los intereses, sino también del capital. Esta sanción se reproduce posteriormente en la *Lex Romana Burgundionum* 31.4⁵⁷, y en el Edicto de Teodorico 134⁵⁸.

Justiniano niega la tutela jurisdiccional al acreedor que quiera exigir intereses superiores a la tasa legal -inexigibilidad de intereses así pactados-, disponiendo que los intereses ya pagados disminuyan en esta cantidad la deuda principal -el capital-, prohibiendo que se exija tanto

1935, pp. 333 y 343. SOLIDORO MARUOTI, L., *Ultra sortis summam usurae non exiguntur*, Labeo 28, p.170. Idem en "Sulla disciplina degli interessi convenzionali" cit., p.200.

⁵³ Invalidez parcial que también se observa en D. 22.1.9.pr Papinianus libro 11 responsorum" *Pecuniae faenebris, intra diem certum debito non soluto, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere: quare pro modo cuiuscumque temporis superfluo detracto stipulatio vires habebit*" y en D.22.1.20 Paulus, libro 12 ad sabinum, vid n. 70. Vid. TORRENT, A. *Usurae supra legitimum modum*, ob., cit., p.282. DOMINGUEZ TRISTAN, P., "La nulidad parcial en el derecho contractual europeo", ob., cit.

⁵⁴ SOLIDORO MARUOTI, L. "Sulla disciplina degli interessi convenzionali", ob., cit., pp. 200-201.

⁵⁵ CJ 4.2.8 *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Si pro mutua pecunia, quam a creditore posebas, argentum vel iumenta vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spondidisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. PROCULO. * <A 293 S. XVII K. IAN. AA. CONSS. Vid. SOLIDORO MARUOTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionali", ob., cit., p. 201 y nota 62 y 202.

⁵⁶ CTh. 2.33.1 : *IMP. CONSTANT(INUS) A. AD DRACILIANUM AGENTEM VICES P(RAE)FECTORUM P(RAE)TORI(O). Quicumque fruges humidus vel arentes indigentibus mutuas dederint, usurae nomine tertiam partem superfluum consequantur, id est ut, si summa crediti in duobus modis fuerit, tertium modium amplius consequantur. Quod si conventus creditor propter commodum usurarum debitum recuperare noluerit, non solum usuris, sed etiam debiti quantitate privandus est. Quae lex ad solas pertinet fruges: nam pro pecunia ultra singulas centesimas creditor vetatur accipere. P(RO)P(OSITA) CAESAREA XV KAL. MAI. PAULINO ET IULIANO CONSS. Vid. SOLIDORO MARUOTI, L., "Sulla disciplina degli interessi convenzionali", ob., cit., p. 205.*

⁵⁷ LRB 31.4: *Si quis duas centesimas pro cautione sibi stipulari fecerit aut fieri pertulerit, etiam eius pecuniae, quam praestetit, amissione multabitur secundum Theodosiani: de usuris.*

⁵⁸ Edicto de Teodorico 134: *Qui ultra legitimam centesimam a debitore suo speraverit. Amittat sortem debiti creditor, qui ultra legitimam centesimam crediderit a debitore poscendum.* [CTh. 2, 33, 2).

esta parte que ha de disminuirse desde un principio, como los intereses de la misma y así lo dispone en una constitución dada en Constantinopla el año 528 d.C contenida en CJ 4.32.26.1⁵⁹ y en la Novela 121⁶⁰ del año 542 d.C.

En la práctica, la constitución recogida en CJ 4.32.26.1 se consideraba aplicable solo a futuros pactos de intereses, celebrados tras la entrada en vigor de dicha disposición. Pero esa no habría sido la intención de Justiniano, quien para evitar estas malas interpretaciones, promulgó una nueva constitución, en las calendas de abril del año 529 d.C a la que se refiere CJ 4.32.27.pr.,⁶¹ en la que dejando claro su rechazo a esas interpretaciones, dispuso que los que antes de esta ley estipularon intereses mayores a los que se fijaron, deben ajustar sus acciones a la cuantía tasada en la misma ley desde el tiempo de su promulgación, habiendo de exigir los intereses del tiempo que transcurrió antes de la misma ley conforme al tenor de la estipulación. Es decir, dispuso una parcial eficacia retroactiva a lo establecido en la constitución recogida en CJ 4.32.26.1 para todos los pactos anteriores al 13 de diciembre del año 528.

El emperador no habla de declarar previamente la nulidad de las estipulaciones, o acuerdos relativos a los intereses en medida superior a la establecida. FASOLINO⁶² afirma que se entiende implícita en virtud de lo sancionado por Novela Teodosiana 9, del año 439, sobre la base de la cual se declaraba la ineficacia y la inexistencia de todos los actos contrarios a prohibiciones normativas, ante la ausencia de una explícita previsión en tal sentido por parte del legislador: *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*.

Como puede observarse, impera mayoritariamente en las fuentes romanas la técnica conservadora de los negocios jurídicos, de forma que la nulidad de la estipulación es parcial, en aplicación de la regla *utile per inutile non vitiatur*⁶³.

SOLIDORO⁶⁴, refiriéndose al aspecto procesal de la cuestión, destaca que la protección del deudor se arbitraba mediante la *denegatio actionis* del magistrado, por manifiesta iniquidad de la *intentio*, o concediendo una *exceptio* al demandado para oponerse a la pretensión del acreedor, destacando las diferencias entre ambos mecanismos procesales, pues la *denegatio actionis* no impedía que la acción pudiera ser ejercitada ante otro magistrado, mientras que la concesión de la *exceptio* al deudor, conllevaba el efecto extintivo de la acción que producía la *litis contestatio*, de tal forma que el acreedor no podía volver a reproducir su pretensión ante otro magistrado.

⁵⁹ CJ 4.32.26.1 “ *Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes*”.

⁶⁰ N 121 (...) *ne ex hac causa eveniat ut multiplicatum debitum exigatur*.

⁶¹ CJ 4.32.27, Pr.: *Imperator Justinianus. De usuris, quarum modum iam statuimus, pravam quorundam interpretationem penitus removens iubemus etiam eos, qui ante eandem sanctionem ampliores quam statuta sunt usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis eius suas moderari actiones, illius scilicet temporis, quod ante eandem fluxit legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos. IUST. A. MENAE PP. * <A 529 D. K. APRIL. CONSTANTINOPOLI DECIO VC. CONS.>*

⁶² FASOLINO, F., *Studi sulle usurae*., ob.,cit., pp.178-179

⁶³ D. 45.1.1.5 *Ulpianus libro 48 ad Sabinum: “Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spondearis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem”*.

⁶⁴ SOLIDORO MARUOTI, L., “Sulla disciplina degli interessi convenzionali”, ob. cit., p.202-203 y la nota 64 donde se cita bibliografía sobre la relación *denegatio actionis* y *exceptio*.

3.2 Resarcimiento del deudor

¿Qué medios confería el ordenamiento jurídico romano, para que el deudor obtuviese el resarcimiento de los intereses que hubiera pagado por encima de la tasa legal?. En el Derecho romano se distinguían dos supuestos según que el capital aun no hubiera sido devuelto íntegramente al acreedor, o sí se hubiera pagado íntegramente, habiéndose extinguido la obligación por pago.

3.2.1 Si el capital no se había pagado íntegramente

El ordenamiento jurídico romano **optó por la solución de aplicarlos al capital**, no pudiendo ser repetidos.

Tito Livio, *Ab Urbe condita*, VI.35.4⁶⁵ relata que los tribunos de la plebe Gayo Licinio y Lucio Sexto, hicieron públicos unos proyectos de ley dirigidos en contra del poder de los patricios, y a favor de los intereses de la plebe. En uno de ellos disponía, que la usura pagada se imputara a la disminución del capital, y que los deudores pudieran satisfacer sus créditos en tres plazos anuales.

Ulpiano, en los comentarios al Edicto, libro XXVI, contenido en D.12.6.26.pr⁶⁶ contesta apelando a un rescripto del Divino Severo *-quo iure utimur-*, que no pueden ser repetidos: *repeti quidem non posse*, sino que han de ser aplicados al capital *-sed sorti imputandum*. Si después pagó el capital, puede repetirse el capital, como no debido: *et si postea sortem solvit, sortem quasi indebitum repeti posse*.

Tal principio también se reproduce en las Sentencias de Paulo 2.14.2⁶⁷ *Usurae supra centesimam solutae sortem minuunt, consumpta sorte repeti possunt*. De tal forma, que solamente los intereses pagados por encima de la *centesima* deben imputarse al capital, pudiendo recuperar el exceso pagado a título de intereses, mediante el ejercicio de la *condictio indebiti*, cuando se hubiere pagado el capital.

A diferencia de las anteriores consecuencias que nos transmiten los juristas romanos, la Novela Teodosiana 9 del año 439 d.C. dispone que todos los actos contrarios a prohibiciones, normativamente impuestas, se sancionan con ineficacia e inexistencia, aunque faltase una explícita disposición legal en tal sentido, bien pudiendo la prohibición derivar de una *lex imper-*

⁶⁵ Tito Livio, *Ab urbe condita*, VI.35.4 (...) “ *creatique tribuni C. Licinius et L. Sextius promulgavere leges omnes adversus opes patriciorum et pro commodis plebis: unam de aere alieno, ut deducto eo de capite quod usuris pernumeratum esset id quod superesset triennio aequis portionibus persolveretur*”.

⁶⁶ D. 12.6.26.pr: “*Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debita solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus Severus rescripsit (quo iure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. Proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors indebita repetuntur. Quid si simul solverit? Poterit dici et tunc repetitionem locum habere*”. Vid. FASOLINO, F, *Studi sulle usurae*, pp.41 y ss. TORRENT, A: *Usurae supra legitimum modum*, ob., cit., n.49 en la que indica que en la reconstrucción del edicto suena así: “*Nunc videndum de indebito soluto. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed et si sciens se non debere solvit, cessat repetitio*”. Igualmente ver la situación económica que existía en esa época y que relata el profesor Torrent en las páginas 266 y ss.

⁶⁷ *Pauli sententiarum interpretatio* 2.14.2. *In pecuniis creditis cum solutio usurarum sortem aequaverit, si quid amplius creditori fuerit datum, de capite debiti subtrahitur. Si vero et centesima et caput impletum est, quod amplius creditor accepit, reddere cogetur debitori*. Vid. TORRENT, A, *Diccionario de derecho romano*, ob., cit., pp. 360 y 361.

fecta, o de un senadoconsulto, por lo tanto no sería idóneo para provocar la rescisión del acto viciado.

Justiniano en CJ 4.32.26.1⁶⁸ dispone que los intereses recibidos por el acreedor contra la tasa establecida en ésta constitución, obligatoriamente han de aplicarse al capital, disminuyendo en esta cantidad la deuda principal, sin que el acreedor tenga facultad para deducir o retener alguna cosa por razón de silicua, o espórtulas o de cualquier otra causa, de las cantidades que se hayan de dar a interés.

Sentado lo anterior, una cuestión a resolver afecta a la forma en que se imputarán al capital los intereses pagados contra la tasa establecida.

LEYSER⁶⁹ señala dos formas de efectuar la imputación:

1) La primera consiste en deducir cada año del capital lo pagado de más de la tasa lícita de intereses, de modo que cada año se reduce el superávit del capital.

2) La segunda consiste en dejar intacto el capital, hasta que sea pagado, y luego restar en bloque el superávit pagado en intereses, como una única suma del capital.

A primera vista puede observarse que ambos modos de cómputo son muy diferentes y que el primero resulta más gravoso al acreedor que el segundo. En efecto para este autor, con el primer modo el capital puede ser cancelado por el exceso de intereses pagados por encima de la tasa lícita; mientras que con el segundo no será tan fácil. Según LEYSER, la primera forma de realizar el cómputo debería tener lugar si el acreedor demanda para obtener el capital, a continuación, se opone la excepción derivada de los intereses pagados por encima de la tasa lícita. El segundo cómputo debe tener lugar si el deudor, después de que ya ha pagado la capital, repite con una *condictio* los intereses pagados por encima de la tasa legal.

WINCKLER⁷⁰, MÜLLER⁷¹ niegan que los intereses pagados ilegítimamente disminuyan *ipso iure* el capital; se concederá al deudor solo la facultad de deducir del capital el superávit pagado en intereses; mas este superávit lo consideran como un capital especial, sobre el cual el acreedor debe pagar por todos los años, que disfrutaron del capital, los intereses.

Otro sector doctrinal, encabezado por BAUER⁷², opina que los intereses pagados en exceso disminuyen *ipso iure* el capital en el momento del pago. Esta idea se ajusta a la naturaleza de la compensación. El capital de año en año, motivado por los intereses pagados de más progresivamente, va disminuyendo, y finalmente desaparecerá totalmente. El acreedor debe tolerar este efecto de la compensación, por cuanto al aceptar los intereses ilícitos, él mismo lo ha provocado.

⁶⁸ CJ 4.32.26.1: (...)”*Si quis autem aliquid contra modum huius fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem, sed et si acceperit, in sortem hoc imputare compelletur, interdicta licentia creditoribus ex pecuniis fenori dandis aliquid detrahare vel retinere siliquarum vel sportularum vel alterius cuiuscumque causae gratia. Nam si quid huiusmodi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars quam usurae eius exigi prohibeantur*”.

⁶⁹ LEYSER., A VON, *Meditationes ad Pandectas*, Vol IV, editio nova, Gegel 1778. *Specimen* CCXL, 10, pp. 879 y ss.

⁷⁰ WINCKLER, K. G. VON, *De conditione immodici foeneris*, Lipsiae 1765.

⁷¹ MÜLLER, *Observation pract. ad Leyserum*, T.III citado por GLÜCK, F, *Commentario alle pandette*, traducido por Filippo Serafini, L.XXII, Milano, 1906, p.104, n.80.

⁷² BAUER, JG, *De usuris sorti imputandis vel repetendis*, Lipsiae, 1760.

3.2.2. Si el capital ya había sido pagado

El deudor puede reclamar los intereses recibido por el acreedor por encima de la tasa lícita, por medio de la *condictio*. C.4.32.18⁷³.

CUJACIO⁷⁴, analizando el texto de las Sentencias de Paulo 2.14, indica que las *usurae* que exceden de la centesima, *per errorem solutae repeti possunt*.

Para GLUCK⁷⁵, se trata de una *condictio sine causa*, mas que una *condictio indebiti*, pues estima que en este caso no se puede admitir un error por parte del deudor, ni por parte del acreedor, y como los intereses una vez pagados han perdido la cualidad de intereses, así esta claro por qué para los juristas romanos el superávit de los intereses no podían ser reclamados como intereses, sino como capital restituído, tal como se observa en D. 12.6.26. pr.

CONCLUSION

Estas soluciones propuestas por el derecho romano, están de plena aplicación en el derecho español vigente.

En la práctica jurídica española, cuando los tribunales españoles se enfrenten a estos problemas derivados de la exigibilidad del crédito por parte de un acreedor, que pretenda exigir intereses derivados de las llamadas cláusula suelo, podrían aplicar las siguientes soluciones:

- A) Inadmitir a trámite la demanda: *denegatio actionis*, al contener reclamación de intereses derivados de una cláusula que ha de tenerse por no puesta, por aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y del artículo 83 del TRLGCIU, y tal como ya se habían pronunciado a este respecto Ulpiano en D. 12.6.26.1 y Justiniano en CJ 4.32.26.1 y Novela 121.
- B) Exigir al acreedor que recalcule el préstamo, teniendo por no puesta la cláusula suelo, tal como estableció Diocleciano en una constitución recogida en el CJ 4.2.8.
- C) Reducir *ex officio iudicis* los intereses que superen la cuantía lícita, tal como refería Paulo, en D.22.1.17 pr.⁷⁶: *Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget*.

La denegación del despacho de ejecución viene regulada en el artículo 552 de la LEC, en cuyo apartado 1º reformado por la disposición transitoria segunda de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («B.O.E.» 6 octubre) impone al tribunal la obligación de examinar de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciarse que alguna cláusula puede ser calificada como tal dará audiencia por

⁷³ CJ 4.32.18 *Imperatores Diocletianus, Maximianus*. *Indebitas usuras, etiam si ante sortem solutae non fuerint ac propterea minuire eam non poterint, licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa iuris varietate repeti posse pensa ratione firmatum est.* * DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIO CASTORI.

⁷⁴ CUIACIUS, J, *Opera Omnia*. Lugdumi, 1606, p.434.

⁷⁵ GLÜCK; F. *Commentario alle pandette*, traducido por Filippo Serafini, L.XXII, Milano, 1906, pp.105.

⁷⁶ D.22.1.17.pr. *Paulus libro singulari de usuris*: "Cum quidam cavisset se quotannis quincunces usuras praestaturum et, si quo anno non solvisset, tunc totius pecuniae ex die qua mutuatus est semisses soluturum, et redditus per aliquot annos usuris mox stipulatio commissa esset, divus Marcus fortunato ita rescripsit: "Praesidem provinciae adi, qui stipulationem, de cuius iniquitate questus est, ad modum iustae exactionis rediget". Haec constitutio ad finitum modum excedit: quid ergo? sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura".

quince días a las partes. Oídas éstas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3ª, disponiendo el apartado 2º que el auto que deniegue el despacho de la ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación sólo con el acreedor. También podrá el acreedor, a su elección, intentar recurso de reposición previo al de apelación.

Una vez firme el auto, que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia, o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución. Por esta vía podría utilizarse la *denegatio actionis*.

También nuestro ordenamiento jurídico prevee como instrumento de defensa que concede al deudor o ejecutado la oposición por la vía del artículo 557 1, apartados 3º *Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie* y 7º *Que el título contenga cláusulas abusivas*, ordenándose, por el letrado de la administración de justicia, la suspensión del curso de la ejecución, tal como dispone el apartado 2º del artículo 557 de la ley.

La reducción *ex officio iudicis* exigiría una reforma legislativa, que quizá fuera conveniente realizar.

Respecto al resarcimiento del deudor, y en aquellos supuestos en que el Tribunal **declare la no vinculación, y tenga por no puesta la cláusula abusiva**, las consecuencias serían diferentes según que el préstamo aun no hubiera sido devuelto por el acreedor, o en los supuestos que ya hubiera cumplido con su obligación, y el acreedor hubiera ya recuperado íntegramente el capital prestado.

Me parece totalmente acorde a derecho las soluciones que ofrecía el Derecho romano para éstos supuestos y que pueden adoptarse plenamente en estos momentos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de tal forma que:

- 1) Si el préstamo aún no ha sido devuelto totalmente al acreedor, el tribunal deberá declarar la no vinculación, y tener por no puesta la cláusula abusiva. Respecto a las cantidades abonadas hasta la declaración de abusividad, las mismas deberán ser imputadas al capital, disminuyendo éste desde el principio, esto es, con efectos *ex tunc*, sin que proceda la devolución al deudor, tal como disponía Ulpiano en D.12.6.26 por Justiniano en CJ 4.32.26.1 y Novela 121.
- 2) En los supuestos en que el capital se haya devuelto por el deudor íntegramente al acreedor, en este caso, nos encontraríamos ante un cobro de lo indebido, tal como apuntó Ulpiano en D.12.6.26.Pr., y Paulo en Sentencias 2.14.2, de forma que procedería la devolución de lo abonado indebidamente, siempre que se den los requisitos de los artículos 1895 y ss del Código Civil, que exige error o ignorancia, tal como ya requerían los juristas romanos en D.12.6.1; D.12.6.7, D.12.16.19.1, y posteriormente se recogió en CJ 6.5.1.

Si una persona abonó a sabiendas los intereses pactados en la cláusula suelo, no lo repite con razón y no podrá prosperar la acción del cobro de lo indebido, tal como se establece en los artículos 1895 y ss, y se recoge en las fuentes jurídico romanas en D.12.6.1; CJ 6.5.9.pr.

Por todo ello, para determinar si procede o no la devolución de los intereses por parte del acreedor, es preciso acreditar, por la persona que efectuó el pago, el error o la ignorancia tal como dispone el artículo 1.900 del Código civil.

Los problemas de prueba existieron ya desde antiguo, y por ello es necesario plantearse qué solución deberían dar los tribunales a aquellos supuestos, en que se hubiere pagado los

intereses de la cláusula suelo, por razón de la duda, tanto de la inclusión de la misma en la escritura de hipoteca, como de su funcionamiento.

Este caso también se planteó en el Derecho romano y en un texto recogido en CJ. 4.6.11⁷⁷ se debatió si podían repetir o no lo que hubieren pagado con ánimo incierto. Los emperadores mandaron que a ninguno de los que con ánimo incierto hubieren dado dinero no debido, o hubieren pagado alguna otra cosa, se le deniegue la repetición, y que no se alegue contra ellos la presunción de transacción, si esta no se probase especialmente por la otra parte.

Estas soluciones jurídicas son totalmente acordes tanto al derecho comunitario como al derecho español, esperando que sean estudiadas y analizadas, tanto por el legislador como por la jurisprudencia, para solucionar los problemas derivados de **tener por no puestas** las llamadas cláusula suelo, pues de ésta forma no se altera el orden socio-económico en que fundamenta el TS su decisión de limitar los efectos de la retroactividad, y se da cumplimiento al artículo 83 de la LGCYU⁷⁸.

En definitiva, una vez más se pone de manifiesto el hecho de que el Derecho privado europeo, y el Derecho privado comparado en general, suponen una actualización y adaptación a las necesidades modernas de viejas concepciones, acuñadas por la ciencia jurídica romana, a la que siempre hay que mirar, pues estos problemas ya se plantearon y fueron resueltos de una forma equilibrada y práctica, valorando los intereses en juego en el negocio, y la solución mas equitativa y justa para todas las partes implicadas en el negocio jurídico.

Recibido em: 28 set. 2017.

Aceito em: 26 fev. 2018.

⁷⁷ CJ. 4.6.11 *Imperator Justinianus. "Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverunt pecuniam, certamen legislatoribus incidit, utrumne id, quod ancipiti animo persolverunt, possint repetere an non. 1 . Quod nos decidentes sancimus omnibus, qui incerto animo indebitam dederunt pecuniam vel aliam quandam speciem persolverunt, repetitionem non denegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur. * IUST. A. IULIANO PP. * <A 530 D. K. OCT. CONSTANTINOPOLI LAMPADIO ET ORESTA VV. CC. CONSS.>"*

⁷⁸ Artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCYU): *Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.*

BRUTO, QUINTO MUCIO E L'ABORTO PROVOCATO EX LEGE AQUILIA

Maria Virginia Sanna

Professora de Direito Romano e Direitos da Antiguidade
da Universidade de Caligari
mavisanna@alice.it

RIASSUNTO: Questo articolo intende discutere la teoria della dottrina dominante secondo il terzo capitolo della *lex Aquilia* che considera solo i “*ceterae res*”. Nella più antica interpretazione della *lex*, infatti, Bruto non estende il “*rumpere*” agli schiavi e ai “*pecudes*”, ma estende la nozione di “*rumpere*”, prima legata agli schiavi e ai “*pecudes*”, all'aborto. Bruto usa l'espressione “*quasi rupto*” perché non c'è contatto “*corpore*” con il feto, una cosa ronzante, mentre Q. Mucio usa “*rumpere*” perché, secondo lui, c'è un contatto “*corpore*” con l'equa, una cosa retta.

PAROLE CHIAVE: Aborto. *Lex Aquilia*. Dano. *Rumpere*.

Brutus, Quinto Mucius e o aborto provocado ex lege aquilia

RESUMO: Este artigo pretende debater a teoria da doutrina dominante de acordo com o terceiro capítulo da *lex Aquilia* considera apenas a “*ceterae res*”. Na interpretação mais antiga da *lex*, de fato, Brutus não estende o “*rumpere*” aos escravos e “*pecudes*”, mas estende a noção de “*rumpere*”, antes relacionada aos escravos e pecudes, ao aborto. Brutus usa a expressão “*quasi rupto*” porque não existe um contato “*corpore*” com o feto, uma coisa ruptum, enquanto Q. Mucius usa “*rumpere*” porque, segundo ele, há um “*corpore*” de contato com o equa, uma coisa ruptuma.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. *Lex Aquilia*. Dano. *Rumpere*.

Brutus, Quinto Mucius and the abortion provoked ex lege aquilia

ABSTRACT: This article intends to debate the theory of the dominant doctrine according to the third chapter of the *lex Aquilia* considers only the “*ceterae res*”. In the most ancient interpretation of the *lex*, in fact, Brutus doesn't extend the “*rumpere*” to slaves and “*pecudes*”, but extends the notion of “*rumpere*”, before related to slaves and “*pecudes*”, to abortion. Brutus uses the expression “*quasi rupto*” because there isn't a contact “*corpore*” with the fetus, a *ruptum* thing, while Q. Mucius uses “*rumpere*” because, according to him, there is a contact “*corpore*” with the equa, a *ruptum* thing.

KEYWORDS: Abortion. *Lex Aquilia*. Damage. *Rumpere*

1. Il problema della rilevanza dell'aborto provocato ad una cavalla (o a una schiava) *ex lege Aquilia* è affrontato da due giuristi repubblicani, i cui pareri sono riportati da Ulpiano e da Pomponio in: Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 27, 22: Si mulier pugno vel equa ictu a te percussa eiecerit, Brutus ait *Aquilia teneri quasi rupto* Pomp. 17 ad Q. Muc.: D. 9, 2, 39 pr.: Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur, in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur, do-

minus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse¹

Per Bruto, afferma Ulpiano, si sarà tenuti *ex lege Aquilia* quasi rupto se una schiava o una cavalla, *pregnantes*, percosse la prima pugno la seconda ictu², espellono il feto; per Quinto Mucio, riferisce Pomponio, il dominus di una cavalla *praegnans* - che pascolando su un fondo altrui e venendo da questo scacciata avesse espulso il feto - poteva agire *ex lege Aquilia* cum eo qui coegisset, ma solo se la cavalla era stata percossa o scacciata consulto con più veemenza del necessario.

Mentre Quinto Mucio, che scrive una cinquantina d'anni dopo Bruto, parla di *ruptio* della cavalla (quia equam in iciendo ruperat), Bruto utilizza il sintagma quasi rupto; non sembra, dunque, estendere il significato di *rumper* sino a comprendervi il caso dell'aborto, probabilmente perché non era ancora giunto, diversamente da Quinto Mucio, ad intendere il *rumper* come *corrumpere*, estensione, pure, dovuta ai veteres secondo il noto

- Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 27, 13: Inquit lex ruperit. Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corruperit³.

¹ Su cui da ultimo, A. CORBINO, *Lex Aquilia e procurato aborto*, in *Mélanges M. Humbert*, Paris 2012, 159 ss.; *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, in «SDHI» 75 (2009) 77 ss. Si veda anche, dello stesso autore, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nella visione romana*, in *Filia*, Scritti G. Franciosi, I, Napoli 2007, 607 ss.; *Il dettato aquiliano, tecniche legislative e pensiero giuridico nella media repubblica*, in *Studi L Labruna*, II, Napoli 2007, 1127 ss.; *Il danno qualificato e la lex Aquilia*², Padova 2008; *L'oggetto dell'aestimatio damni nella prospettiva del primo e del terzo capitolo del plebiscito aquiliano*, in *Studi R. Martini*, I, Milano 2008, 699 ss.

² Parla di *abortus ictu* anche per la schiava L. DE PINTO, *Procurato aborto nei giuristi severiani*, in «Koinonia» 37 (2013) 317 ss. L'autrice ritiene che da D. 9, 2, 27, 22 e D. 9, 2, 9 pr. si ricavi una conferma della "mancanza, per quell'epoca, di specifiche norme che elevassero il procurato aborto da illecito di carattere privato a illecito di carattere pubblico". Prendendo in esame sia testi concernenti l'aborto della schiava e della cavalla, sia testi concernenti l'aborto della donna libera, la De Pinto afferma che in entrambi i casi la preoccupazione riscontrabile sarebbe quella economica; l'idea non sembra condivisibile, dal momento che secondo la dottrina prevalente, cui l'autrice aderisce, il divieto di aborto nel caso della donna libera sarebbe dovuto all'esigenza di salvaguardare gli interessi del padre, interessi di natura certo non solo economica.

³ L'utilizzo del quasi ruptum potrebbe, peraltro, dipendere anche dalle peculiarità del caso dell'aborto; se infatti, come vedremo in seguito, l'oggetto della *ruptio* fosse il feto, anche intendendo *rumper* come *corrumpere*, il feto non sarebbe *corruptum*. Se riteniamo, comunque, come a me pare più probabile, che Bruto non intendesse ancora il *rumper* come *corrumpere*, egli non sarebbe tra i veteres di cui in D. 9, 2, 27, 13; d'altra parte Ulpiano usa l'avverbo *ferere*, dunque non tutti i veteres intesero *rumper* in tal modo. Per D. Daube, *On the Third Chapter of the Lex Aquilia*, in «LQR» 52 (1936) 253 ss., ora in *Collected Studies in Roman Law I*, Frankfurt am Main 1991, 3 ss., citato da *Collected Studies*, 5, il responso di Bruto in D. 9,2,27,22 e quello di Quinto Mucio in D. 9, 2, 39 pr., concernenti la causa di un aborto, mostrano che l'offesa non compresa sotto *urere* e *frangere* rientrava nella più ampia concezione di *rumper*. Per G. Mac Cormack, *Aquilian Studies*, in «SDHI» 41 (1975) 43 ss., se si deve prendere alla lettera l'affermazione di Ulpiano per cui presso *ferere omnes veteres* il verbo *rumper* era inteso come *corrumpere*, se ne potrebbe dedurre che la maggioranza dei giuristi avrebbe esteso il significato di *rumper* tanto da includervi il *corrumpere*, mentre altri avrebbero ristretto l'estensione di *rumper* a situazioni che dovevano essere classificate come quasi *rumper*. Secondo Mac Cormack è però possibile che Ulpiano abbia definito *corrumpere* ciò che i più antichi giuristi definirono quasi *rumper*, oppure ancora è possibile che "the early jurists held that certain states of affairs constituted *rumper* and did not differentiate them in terms of quasi *rumper* or *corrumpere*. These states of affairs may have been ones which a later jurist would have included under *corrumpere*". Osserva D. Manfredini, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1979, 56, che se è vero che i giuristi classici attribuivano ai veteres il significato di *rumper* come *corrumpere*, probabilmente alludevano ai giuristi della tarda repubblica per i quali effettivamente è provata la tendenza a interpretare *rumper* come *danneggiare*, tendenza non da tutti seguita (*ferere omnes veteres* D. 9, 2, 27, 13); ciò in ogni caso, documenterebbe, per l'autore, il fatto che *rumper* aveva un valore più ristretto rispetto a quello di *danneggiare*. Se Bruto, mirando ad estendere la tutela aquiliana al caso dell'aborto procurato alla schiava, qualifica il fatto come quasi *ruptio*, vuol dire che ai suoi tempi *rumper* non significava *danneggiare*. Per A. Bignardi, *Frangere e rumper* nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, Ricerche F. Gallo, I, Napoli 1997, 11 ss., in part. 39, è difficile pensare che i veteres siano giunti *ex abrupto* all'equivalenza di *rumper* come *corrumpere*, ma è possibile che a tale risultato siano arrivati in seguito ad un processo di graduale interpretazione ed elaborazione

Bruto fu probabilmente pretore nel 142 a.C.⁴, Quinto Mucio console nel 95⁵; dal momento che ci troviamo davanti alle prime testimonianze dell'attività interpretativa della *lex Aquilia*⁶, per una loro corretta lettura è forse utile soffermarsi preliminarmente sulla datazione della *lex*.

Accettando la datazione tradizionale del 286 a. C.⁷, il responso di Bruto riferito da Ulpiano si collocherebbe a 140/150 anni dalla sua emanazione; buona parte della dottrina ha, peraltro, messo in discussione tale datazione, che si basa sulla Parafraresi di Teofilo 4, 3, 15⁸, in cui si ricorda una διάστασις fra plebe e Senato e su uno scolio ad Bas. 60, 3, 1, 4, in cui si tratta di una sollevazione e separazione della plebe (ἔστασίασε τὸ πλῆθος πρὸς τοὺς συγκλητικὸς καὶ διέστε ἀπ' αὐτῶν). Dato che in D. 9, 2, 1, 1 si afferma che la *lex Aquilia* è un plebiscito, emanato quando era tribuno delle plebe Aquilio, che delle tre secessioni della plebe di cui si ha notizia una è del 494, una del 449, una del 286, l'unica data plausibile sarebbe quella del 286 a.C., che coincide con l'approvazione della *lex Hortensia*, con cui si stabilì che i plebisciti avessero valore di legge⁹.

dell'ambito di applicazione della previsione legislativa. I. Piro, *Damnum corpore suo dare rem corpore possidere*, L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possesso nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani, Napoli 2004, 23, ritiene che nella risalente testimonianza di Bruto si possa già ravvisare traccia del processo, frutto dell'interpretatio giurisprudenziale, che avrebbe determinato l'estensione, ad opera dei veteres, di rumpere in corrumpere, inteso come espressivo di ogni definitiva alterazione – materiale o funzionale – delle caratteristiche economiche della cosa. Per A. Franciosi, *Il problema delle origini del plebiscito aquilio*. Una messa a punto in tema di datazione, in Filia, Scritti G. Franciosi, II, Napoli 2007, 935 ss., in part. 949 nt. 51, l'intervento interpretativo di Bruto in D. 9, 2, 27, 22 estende il significato di rumpere. Da ultimo per G. Valditara, In tema di stima del danno aquiliano, in «Index» 44 (2016) 197 ss., in part. 206, l'uso di quasi da parte di Bruto è significativo dello sforzo di ricondurre l'aborto entro il concetto di rumpere e quindi l'uccisione del feto ad un danneggiamento rilevante ex capite tertio del corpo della madre: si doveva presupporre che il corpo della madre fosse stato danneggiato attraverso una considerazione della uccisione del feto come ruptio.

⁴ Ma per F. SCHULZ, *Roman Legal Science*, Oxford 1953, 47, in data incerta; per V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio*, Napoli 1993, 18, nel 142 o 140.

⁵ Si vedano A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, Bari 1976, 7 nt. 3; ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 48; GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio*, cit., 22 nt. 20.

⁶ Secondo M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano, Milano 2002, 165 nt. 71, non è necessario arrivare al responso di Bruto per fissare un termine ante quem per la *lex Aquilia*.

⁷ Datazione proposta da A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Recht*, Weimar 1867, 11 ss.

⁸ *Teoph. Par. 4, 3, 15*: ὁ γὰρ ῥωμαϊκὸς χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου, τοῦ Aquilii [δήμαρχος δὲ... οὗτος] τὸν παρόντα νόμον τεθέντος, ἠρέκεσθε τῷ plurimi ῥήματι ἐν τῷ πρώτῳ κειμένῳ κεφαλαίῳ (plebs enim romana, cum tempore dissensionis inter plebem et patres Aquilius hanc legem rogaret, contenta fuit, quod prima parte id verbum plurimi positum esset).

⁹ Per A. BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, in Scritti A. Giuffrè, I, Milano 1967, 77 ss., già prima della *lex Hortensia* le deliberazioni dei concilia plebis potevano avere efficacia vincolante per tutto il popolo. L'autore ritiene che l'episodio nel corso del quale Teofilo parla dell'approvazione del plebiscito Aquilio fosse quello relativo alla rivolta del 342 a.C., il che troverebbe conferma in Gai. 4, 37, in quanto la fictio civitatis prevista nelle ipotesi di furtum e damnum avrebbe senso solo in un periodo in cui i peregrini non potevano essere parti nel processo romano, pertanto prima della creazione del praetor peregrinus. Se si era avvertita la necessità di estendere l'actio ex lege Aquilia anche agli stranieri, questa non solo sarebbe stata applicata in epoca anteriore al 242 a.C., ma doveva essere in vigore già da considerevole tempo. Ricorda A. GUARINO, *La data della lex Aquilia*, in «Labeo» 14 (1968) 120 s., ora in *Pagine*, III, Napoli 1994, 262 ss., che già F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954, 41 ss., aveva, però, osservato che le actiones ficticiae di Gai 4,37 non presuppongono la procedura delle legis actiones ma quella per formulas; per l'autore la *lex Aquilia*, nel testo a noi noto attraverso Gaio e Ulpiano, sarebbe il frutto di una stratificazione di leggi successive, così come, in precedenza, ritenuto da V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1927, 237 nt. 1, per il quale il terzo caput potrebbe essere un complemento posteriore, rifiuto dalla giurisprudenza nella vecchia legge come in un testo unico.

Se per alcuni¹⁰ nella Parafrasi col termine διάστασις Teofilo potrebbe non riferirsi ad una secessione della plebe ma a semplici contrasti tra la plebe e il Senato, altri¹¹, pur ritenendo ricavabile dal passo il collegamento con la secessione, pongono in evidenza che Teofilo era mosso dall'intento di giustificare l'assenza del termine plurimi nel terzo caput della lex, valutando se tale omissione nel plebiscito, atto votato dalla plebe nel corso della secessione, fosse frutto di una precisa volontà politica della stessa plebe¹²; anche l'accenno nello scolio dei Basilici ad una secessio non sarebbe ricollegabile espressamente alla lex Aquilia, ma servirebbe a spiegare il significato del termine plebiscito¹³. Confrontando il passo della Parafrasi con Gai 3,218¹⁴ e con le Istituzioni di Giustiniano¹⁵, si nota, osserva la Bignardi¹⁶, che Gaio e Sabino, a proposito dell'omissione nel terzo caput del termine plurimi, affermano che legis latorem contentum fuisse, quod prima parte eo verbo usus esset, mentre Giustiniano e Teofilo non parlano di legis lator ma di plebs¹⁷: si sarebbe, probabilmente, enfatizzato il riferimento alla secessione per avvalorare l'idea che fosse stata la plebe ad accontentarsi di ottenere l'inserimento del plurimi nel primo caput. Per l'autrice l'improponibilità dell'indicazione di Teofilo risulta poi anche dal contenuto stesso della lex Aquilia; la maggioranza dei provvedimenti adottati dalle assemblee plebee - fatta eccezione per quelli di carattere più strettamente politico - riguardavano, infatti, la distribuzione delle terre e la riduzione dei debiti, ma la lex Aquilia, sanzionando i delitti contro i beni con l'obbligo di pagare al proprietario il maggior valore di quanto distrutto, dimostrerebbe "di essere un provvedimento assunto nell'interesse di una categoria di soggetti nella quale - all'epoca a cui il plebiscito viene tradizionalmente riferito - rientravano certamente tutti i patrizi, ma sicuramente non molti plebei", nonostante l'esistenza di famiglie plebee ricche. Non solo l'affermazione di Teofilo risulterebbe allora priva di senso comune, ma altrettanto infondata apparirebbe la datazione della legge in epoca così risalente.

¹⁰ Per E. PAIS, *Storia di Roma dalle origini all'inizio delle guerre puniche*, I, 2, Torino 1899, 551 s. e ivi nt. 3, il conflitto non sarebbe tra patrizi e plebei ma tra popolo e Senato e potrebbe riguardare una delle sommosse dell'età graciana.

¹¹ A. BIGNARDI, *Theoph. Par. 4.3.15*, ancora sulla data della lex Aquilia, in «AUFÈ» III (1989), 1 ss.

¹² Osserva G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 825 ss.; *Damnum iniuria datum*², Torino 2005, 7, che Teofilo propone una spiegazione storica e non di tecnica legislativa. Per F. LA ROSA, *Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia*, in «Labeo» 44 (1998) 366 ss., in part. 370, l'accenno di Teofilo relativo all'emanazione della legge al tempo delle lotte fra patrizi e plebei costituisce una notizia troppo vaga.

¹³ F. SERRAO, *Uomini d'affari, adstipulatores, lex Aquilia alla fine del III secolo a.C.*, in *Studi R. Martini*, III, Milano 2009, 559 ss., ritiene che un'errata interpretazione aveva indotto larga parte degli studiosi a collegare lo scolio a quanto afferma Teofilo e ad attribuire a Teofilo e all'ignoto scoliasta la notizia che la legge sarebbe stata approvata su proposta del tribunato Aquilio in una fase di tensione fra plebe e Senato, anzi durante una secessione, collocando in tal modo nella secessione non l'origine del tribunato bensì il tribunato di Aquilio e il suo plebiscito sul danno ingiusto. Lo scolio dell'anonimo si limitava invece, per l'autore, a precisare ai lettori dei Basilici, promulgati ben undici secoli dopo, che cosa erano i plebisciti proposti dai tribuni, magistratura plebea creata durante una grande secessione della plebe dal senato, ossia durante la prima secessione del 494 a.C.

¹⁴ Gai 3, 218: *Ac ne 'plurimi' quidem verbum adicitur. Et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus xxx aestimationem redigere, quo plurimi res fuerit, vel ad id, quo minoris fuerit. Sed Sabino placuit proinde habendum, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse, <quod prima parte eo verbo usus esset>.*

¹⁵ I. 4, 3, 14: *Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. sed Sabino <recte> placuit perinde habendam aestimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuisset: nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est.*

¹⁶ BIGNARDI, *Theoph. Par. 4.3.15*, cit., 29 ss.

¹⁷ Si veda G. VALDITARA, *Gai. 3,218 – I. 4,3,15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche F. Gallo*, II, Napoli 1997, 481 ss.

Se le fonti che hanno portato a fissare come unica data possibile quella della secessione della plebe verificatasi nel 286 a.C.¹⁸ non sembrano, dunque, fornire una testimonianza univoca, non sono mancate proposte di datazioni meno risalenti: l'Honoré¹⁹, ritenendo comprensibile la pena variabile prevista dalla lex Aquilia solo in un periodo di forte inflazione, la colloca tra il 207 e il 195 a.C., alla fine della II guerra punica; per il Cannata²⁰, la lex è da attribuire all'epoca di Sesto Pedio e forse a Publio Aquilio, che deve essere stato tribuno della plebe nel 210 a.C.; anche il Serrao²¹, per il quale la lex Aquilia, "espressione di un'economia schiavistica piuttosto sviluppata", non può essere datata agli inizi del III secolo, in cui può ravvisarsi una fase di transizione "ma non ancora un'età in cui il modo di produzione schiavistico aveva acquistato forza e vigore"²², ritiene che l'autore della lex possa essere stato Publio Aquilio; sposta ancora più avanti la datazione il Birks²³, il quale propone di fissare l'emanazione del plebiscito intorno al 140-125 a.C., in ogni caso prima della morte di Bruto. Collocare la lex Aquilia in un periodo così vicino a quello di Bruto non appare, a mio avviso, condivisibile, in quanto, se anche il giurista, utilizzando il sintagma quasi rupto non sembra estendere il significato di rumpere sino a comprendervi il caso dell'aborto, fa rientrare all'interno della categoria costituita dal verbo tipizzato rumpere una lesione in qualche modo assimilabile, che a prima vista non vi rientrerebbe. Maggiormente condivisibile appare una datazione nel III secolo, più probabilmente nella seconda metà. Si può ricordare a tal proposito che il Capogrossi aveva richiamato l'attenzione sulla circostanza che nel testo originario della lex Aquilia si usava la parola erus, come ricorda Ulpiano in 18 ad ed. D. 9, 2, 11, 6 (Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino), indicando con erus perlomeno il proprietario di schiavi e animali²⁴. Dall'esame dell'utilizzo dei termini erus e dominus nelle più importanti opere letterarie che vanno dalla fine del terzo alla metà del secondo secolo, quelle di Plauto, Terenzio e Catone, si riscontra, ha

¹⁸ Di recente anche G. NICOSIA, *Brevis Dominus*, in Scritti G. Franciosi, III, Napoli 2007, 1847 ss., ritiene escluso che sulla base di Teofilo, Par. 4, 3, 15, e dello scolio 4 a Bas. 60, 3, 1, si possa far coincidere la data del plebiscito aquilio con quella della lex Hortensia de plebiscitis (287-286 a. C.)

¹⁹ T. HONORÉ, *The Linguistic and Social Context of the Lex Aquilia*, in «The Irish Jurist» 7 (1972) 145 ss.

²⁰ C. A. CANNATA, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzioni del primo capo*, in «SDHI» 58 (1992) 194 ss., ora in Scritti scelti di diritto romano, II, Torino 2012, 1 ss.; *Id.*, *Considerazioni sul testo e la portata originaria del II capo della lex Aquilia*, in «Index» 22 (1994) 151 ss., ora in Scritti, II, cit., 119 ss.; *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* in L. VACCA (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storica comparatistica*, Torino 1995, 25 ss., ora in Scritti, II, cit., 153 ss.; *Il terzo capo della lex Aquilia*, in «BIDR» 98-99 (1995-96) 111 ss., ora in Scritti, II, cit., 239 ss., in part. 260, citati dagli Scritti.

²¹ SERRAO, *Uomini d'affari*, cit., 563 ss.

²² La lex Aquilia fu probabilmente, per il Serrao, la prima "macroscopica espressione del modo di produzione schiavistico che prende atto dell'avvenuta reificazione degli schiavi e tratta la loro uccisione e il loro ferimento dal punto di vista del danno che da quei fatti illeciti deriva al loro proprietario". Si può infatti osservare, rileva l'autore, che mentre nelle XII Tavole la frattura dell'osso del servo è presa in considerazione insieme alla frattura del libero, con la sola differenza della minore pena pecuniaria (Tab. VIII.3), nella lex Aquilia il servus è preso in considerazione insieme alle pecudes.

²³ Per P. BIRKS, *Doing and Causing to Be Done*, in A.D.E. LEWIS e D.J. IBBETSON (a cura di), *The Roman Law Tradition*, in Cambridge 1994, 32 ss., in part. 45, "the one secure fact which we know about the date of the lex is that it had been passed before the jurist Brutus died, since he gave an opinion on its scope. That means that it must have been passed by about 125 BC. Though most scholars do place it earlier, a case every bit as strong can be made for a date after the third Punic war, late in the 140 s." Per G.I. LUZZATTO, s.v. *Colpa penale (diritto romano)*, in «ED», VII, Milano 1960, 614 ss.; G. CRIFÒ, s.v. *Danno (Storia)*, in «ED», XI, Milano 1962, 615 ss., la lex Aquilia sarebbe da collocare in data anteriore al 130 a.C.

²⁴ In D. 9, 2, 27, 5, in cui per la dottrina dominante Ulpiano riporta le parole del terzo caput (vedi infra), utilizza dominus: tantum aes domino dare damnas esto; per parte della dottrina (v. ad es. VALDITARA, *Damnum*², cit., 51), il chiarimento relativo ad erus di D. 9, 2, 11, 6 riguarderebbe solo il commento al primo caput, per altra parte (F. GALLO, *Potestas e dominium nell'esperienza giuridica romana*, in «Labeo» 16 (1970) 17 ss., in part. 42 nt. 49), dato il tenore di D. 9, 2, 11, 6, è probabile che il termine erus fosse indicato anche nel terzo caput. Di questo avviso, di recente, E. TASSI SCANDONE, *Erus...quod est dominus. Le nuove prospettive di indagine terminologica. Un primo bilancio*, in «BIDR» 109 (2015) 141 ss.

osservato il Capogrossi²⁵, un fenomeno di decadimento di *erūs* e il suo progressivo abbandono nell'uso corrente del latino: nelle commedie di Plauto *erūs* è utilizzato in 368 casi, sempre riferito al proprietario di uno schiavo, di fronte ai soli 41 in cui è usato il termine *dominus*²⁶; nelle commedie di Terenzio appare 52 volte di fronte alle 11 in cui viene usato *dominus*, in Catone non appare più impiegato ed è sostituito completamente da *dominus*²⁷. Il Capogrossi aveva ritenuto in un primo tempo²⁸ che l'utilizzo di *erūs* nella *lex Aquilia* ad indicare il proprietario di schiavi e animali e in Plauto solo il proprietario di schiavi mostrerebbe un'accezione più ampia e dunque più antica della *lex Aquilia*, che dovrebbe quindi essere data nella prima metà del III secolo²⁹; in seguito ha però osservato³⁰ che il collegamento di *erūs* nella *lex Aquilia* con beni diversi dallo schiavo può essere stato occasionato dalla preminenza assunta dagli schiavi stessi³¹, per cui al rapporto primario *erūs-servus* si sarebbero collegate

²⁵ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, 414 ss.; ID., *Il campo semantico della schiavitù nella cultura latina del terzo e del secondo secolo a.C.*, in *Studi Storici*, XIX, 1978, 721.

²⁶ per 19 volte a indicare il proprietario di un bene diverso dallo schiavo: *Asin.* 2: *quae quidem mihi atque vobis res vertat bene gregique huic et domino atque conductoribus*, *Capt.* 809: *eorum si quousquam scrofam in publico conspexero, ex ipsis dominis meis dominum exculcabo furfures*, 822: *et petronem et dominum reddam mortales miserum;* *Cas.* 722: *ita quoquo adveniunt, ubi ubi sunt, duplici damno dominos multant*; *Mil. glor.* 729: *quae inprobast, pro mercis vitio dominum pretio pauperet*; *Most.* 108: *tempestat venit, confringit tegulas imbricesque: ibi dominus indiligens reddere alias nevolt*, 661: *sed nomen domini quaero quid siet*, 686: *aedium dominus foras*; *Poen.* 535: *quod tu invitus numquam reddas domino, de quoio ederis?* *Pseud.* 1140: *aedium dominum lenonem Ballionem quaerito*, 1186: *quid mercedis petasus hodie domino demeret? Quid, domino? quid somniatis? Mea quidem haec habeo omnia, meo peculio empta*; *Rud.* 956: *furtum ego vidi qui faciebat: noram dominum id quoi fiebat*, 958a: *nunc mihi si vis dare dimidium, indicium domino non faciam*, 961a: *nam, nisi dat, domino dicundum censeo*, 965: *et qui invenit hominem novi, et dominus qui nunc est scio*, 969: *non ferat, si dominus veniat? dominus huic, ne frustra sis, nisi ego nemo natust, hunc qui cepi in venatu meo*, 1021: *si veniat nunc dominus quouist, ego qui inspectavi procul te hunc habere, fur sum quam tu?* *Trin.* 177: *an ego alium dominum patere fieri hisce aedibus?*

²⁷ Per NICOSIA, *Brevis dominus*, cit., 1847 ss., la tecnicizzazione nel linguaggio giuridico del termine *dominus*, ove opportuno con la specificazione *ex iure Quiritium*, per indicare il 'proprietario', è da considerare frutto dell'elaborazione giurisprudenziale volta a configurare appunto il concetto tecnico di 'proprietario', e da ricollegare al sorgere e rapido diffondersi dell'agere per formulas (e che corrisponde all'epoca in cui nei testi non giuridici emerge la progressiva diffusione dell'impiego di *dominus*).

²⁸ CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 414 ss.

²⁹ Per CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 248 ss., anche ammettendo che il valore di *erūs* attestato nella *lex Aquilia* sia più arcaico di quello plautino, non si vede perchè, in assenza di altre fonti, dovrebbe ritenersi che la *lex Aquilia* sia non solo precedente le commedie di Plauto, ma addirittura da datare nella prima metà del III secolo. Concorda con la Cursi di recente S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum*, I, *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, 86, la quale ritiene che la tesi del Capogrossi poggi 'su un'insuperabile tautologia', poiché domanda all'unica testimonianza pervenuta di un (possibile) più lato impiego di *erūs* di collocarlo nel tempo.

³⁰ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La denominazione degli schiavi e dei padroni nel latino del terzo e del secondo secolo a.C.*, in *Actes du colloque sur l'esclavage*, Warszawa 1979, 171 ss., in part. 187 nt. 14, ora in *Scritti scelti* L. Capogrossi, II, Napoli 2010, 739 ss.

³¹ Per F. BEER, *Dominus e erūs*, in «Diritto e storia» 10 (2012) passim, la circostanza che in Terenzio, autore collocabile pochi decenni dopo Plauto, *erūs* ricorra cinquantadue volte e *dominus* sia, invece, utilizzato in undici circostanze, mostra come in pochi decenni il vocabolo *dominus* inizi a essere impiegato in maniera molto più ampia, secondo una linea di tendenza che sembra confermata dalle fonti coeve, ma anche immediatamente successive al periodo storico preso in esame, dal momento che già Catone utilizza unicamente il termine *dominus* e mai *erūs*. Per il Beer il passaggio dal termine *erūs* a *dominus* potrebbe essere spiegato attraverso la lenta e progressiva evoluzione dei concetti di famiglia e di persona, e con essi di una diversa impostazione dei rapporti di potere fra *pater familias* e *dominus*. Nell'antichità romana il potere di diritto che oggi definiamo proprietà era generalmente concepito come rapporto di natura (o di prioritaria rilevanza) familiare poiché la vita sociale si concentrava fortemente all'interno dell'aggregato familiare. Con il passare del tempo, anche in coincidenza del lento affermarsi di una nuova giurisprudenza dalla metà del II secolo a.C., si diffonderebbe l'utilizzo del termine *dominus* anche per riferirsi al proprietario del *servus*; in questo stesso periodo si evidenzia anche una prima tendenza a differenziare a livello terminologico anche il potere di diritto (*dominium ex iure Quiritium*) dal 'potere di fatto' che era assegnato dal pretore. In questa maniera sembra svolgersi, per il Beer, il lento e progressivo passaggio verso una terminologia che sarà poi consueta e, si può dire, consolidata certamente nel II secolo d.C.

altre relazioni in forma subordinata³². Verrebbe meno, pertanto, il motivo per una datazione nella prima metà del III secolo, così come, in seguito alle osservazioni della Cursi, sembrano venuti meno anche i motivi per la datazione agli inizi del III secolo proposta dal Nörr³³ sulla base dell'idea, invero non probante³⁴, che il verbo *occidere* venga utilizzato da Plauto in senso più ampio rispetto alla *lex Aquilia*. Nello *Pseudolus*, la cui prima rappresentazione risale plausibilmente al 191 a.C., Plauto farebbe quasi una parodia della *lex Aquilia*, ponendo sullo stesso piano l'*occidere gladio* e il *fames occidere*, con un'estensione più ampia rispetto all'interpretazione aquiliana, che originariamente contrapponeva *occidere* (causalità diretta) e *causam mortis praestare* (causalità indiretta)³⁵. Dall'utilizzo in Plauto dell'espressione *fames occidere* si ricaverebbe, per il Nörr, il superamento ermeneutico del primo valore legale del verbo *occidere*

- Pseud. 349: Eho, Pseudole, ei, *gladium adfer*. Quid opus<t> *gladio*? Qui hunc *occidam* atque me. Quin tu te<d> *occidis* potius? nam hunc *fames iam occiderit*

Nella commedia il giovane Calidoro, innamorato di Fenicia, schiava del lenone Ballione, per il cui riscatto ha promesso venti mine, che però non è riuscito a trovare³⁶, alla notizia che il lenone ha venduto la ragazza a un soldato macedone chiede allo schiavo Pseudolo di portargli una spada per uccidere Ballione e se stesso, ma Pseudolo gli consiglia di uccidere solo se stesso perchè sarà la Fame ad uccidere Ballione. Per la Cursi³⁷ il Nörr non coglierebbe pienamente nel segno proponendo una costruzione speculare all'ablativo strumentale per la locuzione *fames occidit*: è la Fame ad uccidere Ballione (*fames occiderit*, al nominativo) 'in un rapporto di causalità diretta', e non Ballione a morire di fame, 'secondo un nesso di causalità

³² Per FRANCIOSI, Il problema, cit., 958 ss., dal momento che nella *lex Aquilia* il significato di *erud* è quello di proprietario di schiavi e bestiame (e meno probabilmente anche di altri beni), che in Plauto compare soprattutto in riferimento al padrone dello schiavo, mentre in Terenzio come perfetto sinonimo di *dominus*, in un'accezione più ampia, si dovrebbe propendere per una datazione all'incirca nell'epoca di transizione tra l'attività di Plauto e quella di Terenzio, ossia nel periodo a cavallo tra la fine del III e il principio del II sec. a.C. Anche il cauto linguaggio di Bruto, il quale si esprime in termini di quasi *ruptio*, ove il quasi denoterebbe una certa timidezza nell'estensione interpretativa, si attaglia, per l'autrice, ad un'epoca relativamente prossima a quella dell'approvazione della legge.

³³ D. NÖRR, *Causa Mortis: Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986, 127 s. e nt. 26; Id., *Texte zur lex Aquilia*, in *Iuris Professio, Festgabe für M. Kaser*, Wien, Köln, Graz 1986, 211 ss.

³⁴ Sembra, invece, accoglierla VALDITARA, *Damnum*², cit., 6 e ivi nt. 32.

³⁵ Per Nörr nell'ambito dell'interpretazione della *lex Aquilia* si sarebbe utilizzata l'espressione *causam mortis praestare* per tutti quei casi di causalità mediata per i quali si doveva esperire, nel processo formulare, un'actio in factum o utilis. Si veda ad esempio il noto Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 7, 6: *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causa praestiterit, ut qui mortis causa praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortem praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.*

³⁶ O meglio ha dato un account di quindici mine con l'accordo di consegnare le altre cinque entro una certa data. Si discute, peraltro, in dottrina se Plauto intendesse riferirsi al contratto arrale greco o al contratto consensuale romano, dal momento che, come è noto, le commedie di Plauto sono tratte da modelli greci, il che aveva portato, in tempi passati, buona parte della dottrina a negare la possibilità dell'utilizzazione degli scritti del comico per la conoscenza del diritto e della società nel suo tempo. In tal senso, tra una bibliografia sterminata, ci limitiamo a ricordare i fondamentali studi di E. FRAENKEL, *Elementi plautini in Plauto*, trad. it. F. MUNARI, Firenze 1960 e di U.E. PAOLI, *Comici latini e diritto attico*, Milano 1962. Diversamente la dottrina più recente, così, tra gli altri, M. V. GIANGRIECO PESSI, *Argentarii e trapeziti nel teatro di Plauto*, in «A.G.» 201 (1981) 39 ss.; G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di 'interdicta'*, in «AUPA» 40 (1988) 182 ss.; C. VENTURINI, *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi*, in AA.VV., L. AGOSTINIANI, P. DESIDERI (a cura di), *Plauto testimone della società del suo tempo*, Napoli 2003, 114 ss.; CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., passim; M.V. BRAMANTE, *Patres filii e filiae nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 95 ss.; S. CRISTALDI, *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in «Index» 39 (2011) 491 ss.; L. PELLECCHI, *Per una lettura giuridica della Rudens*, Pavia 2012.

³⁷ CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 157 ss.

mediata³⁸. Sarebbe proprio Plauto, contrariamente a quanto sostenuto dal Nörr, ad offrire, invece, una testimonianza “per ritenere distinte, almeno ancora agli inizi del II sec. a.C., le aree semantiche dell’occidere e del *causam mortis praestare*”. L’osservazione della *Cursi* è condivisibile, anche se sembra forse eccessivo parlare di una ‘sostificata costruzione plautina’: Plauto, che pur conosce e ricorda correttamente molti istituti giuridici, sembra utilizzare a proposito degli eventi causativi di morte verbi diversi senza attribuire loro un preciso significato tecnico: nello *Pseudolus*, come visto, utilizza l’espressione *fames occiderit*, nell’*Asinaria* *ne nos moriamur fame*³⁹, nella *Persa* *ne enices fame*⁴⁰, nella *Cistellaria* *exponendam ad necem* per indicare la morte che segue all’esposizione⁴¹, ma nelle *Bacchides* *ut necem* per l’uccisione (*cruenta*) minacciata dal soldato nel caso scoprisse l’amata con l’altro uomo⁴², utilizzando, dunque, *necare* con un significato differente rispetto a quello di morte *sine ictu*⁴³. Pur non essendo possibile ricavare da questi elementi una datazione certa della *lex Aquilia*, sembra preferibile, a mio avviso, una collocazione nella seconda metà o più specificamente verso la fine del III secolo; in tal caso, il minor lasso di tempo intercorrente tra l’emanazione della *lex* e l’opera di Bruto potrebbe spiegare il motivo per cui il giurista repubblicano non attribuisse al *rumpere* un significato così esteso da ricomprendervi il caso dell’aborto, mentre con Quinto Mucio, che opera presumibilmente dopo una cinquantina d’anni, l’evoluzione giurisprudenziale fosse, invece, giunta a vedere il *rumpere* come *corrumpere*, e dunque nell’aborto una *corruptio* della cavalla. Ma se anche ritenessimo che la *lex* fosse stata emanata in precedenza, all’inizio o nella prima metà del III secolo, non mi pare esistano prove del fatto che al tempo di Bruto, *fundator*, come è noto, insieme a Manilio e Scevola, del *ius civile*, la giurisprudenza in tema di *lex Aquilia* avesse già raggiunto un elevato grado di evoluzione, come ritiene parte della dottrina⁴⁴.

2. Per il Cannata, che ritiene plausibile, come abbiamo visto, una datazione della *lex* intorno al 210/200, il dettato originario del terzo *caput* avrebbe riguardato solo la distruzione delle *ceterae res*, esclusi schiavi e *pecudes*⁴⁵. Dal momento che nel passo di Bruto, primo testo

³⁸ Per FRANCIOSI, Il problema, cit., 955 ss., se da un punto di vista logico la ricostruzione del Nörr può sembrare lineare, di fatto le conclusioni cui approda la fanno apparire tautologica: si parte dal presupposto della risalenza della legge per tornare allo stesso concetto, attraverso l’analisi del valore di *occidere* nella legge stessa e nell’interpretazione giurisprudenziale.

³⁹ *Asin.* 531: *dum eius expectamus mortem, ne nos moriamur fame.*

⁴⁰ *Persa* 317: *Qui boves bini hic sunt in crumena. Emitte sodes, ne enices fame; sine ire pastum.*

⁴¹ *Cist.* 166: *dat eam puellam ei servo exponendam ad necem.*

⁴² *Bacch.* 859 s.: *Nihil est lucri quod me hodie facere mavelim, quam illum cubantem cum illa opprimere, ambo ut necem.*

⁴³ Il significato di *necare* come morte *sine ictu* (*Fest.* s.v. *Neci datus: proprie dicitur, qui sine vulnere interfectus est ut veneno aut fame*) potrebbe essere stato già utilizzato nelle XII Tavole: *Cic. de leg.* 3, 8, 19: cito [*necatus*] tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer (*Tab. IV.1*). Per B. ALBANESE, *Appunti su XII Tab. 4.1* (Uccisione dei neonati deformi), in *Melanges Sturm*, I, Liege 1999, 3 ss., vi sono, infatti, serie possibilità che si tratti dei resti testuali del versetto decemvirale conservato nella tradizione nota a Cicerone; la lettura cito *necatus*, proposta da Pierre Dupuy, e seguita dalla maggior parte dei moderni editori del *de legibus*, è, per l’autore, avvalorata dal fatto che le locuzioni connesse a *nex* sono applicate specificamente all’uccisione non *cruenta*, e sembra assai probabile che secondo l’antico diritto e i *mores* la soppressione dei neonati deformi dovesse essere realizzata in modo non *cruento*.

⁴⁴ Si vedano U. VON LUBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 17: “Unter seinen interpreten befindet sich M. Iunius Brutus (*Ulp. D.* 9, 2, 27, 22) de rum die Mitte des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts lebte. Das Gesetz ist damals schon durch Auslegung fortgebildet; es muß also bereits geraume Zeit gegolten haben”; CORBINO, Il danno qualificato², cit., 62, per il quale con la soluzione prospettata in *D.* 9, 2, 27, 22 Bruto presuppone come già in corso al suo tempo un’apertura interpretativa che avrebbe portato all’affermarsi (già ad opera dei veteres) dell’idea di attribuire al *rumpere* il significato onnicomprensivo di *corrumpere*.

⁴⁵ CANNATA, Il terzo capo, cit., 239 ss., ritiene, infatti, seguendo una tesi proposta a suo tempo da H. F. JOLOWICZ, *The Original Scope of the Lex Aquilia and the Question of Damages*, in «LQR» 38 (1922) 220 ss., che la *lex Aquilia* prevedesse al terzo *caput* solo fatti dannosi che producessero la perdita delle *ceterae res*. In senso contrario VALDIFARA, *Dammum*², cit., 14 ss., per il quale accettando la tesi del Cannata si dovrebbe concludere che nella *lex Aquilia* era prevista una sanzione per la *ruptio* o la *fractio* di bestiame minuto ma non di quadrupede da gregge. A parte l’incongruenza di una conclusione siffatta, soprattutto se rapportata con il contenuto del capo I, non è pensabile, per

a noi giunto di interpretazione della *lex Aquilia*, si prendono in considerazione una schiava e una *pecus*, cioè proprio quei beni che secondo la tesi del Cannata sarebbero in origine esclusi dall'applicazione del terzo *caput*, all'epoca di Bruto, in un lasso di tempo di soli cinquant'anni, si sarebbe già compiuta quell'evoluzione giurisprudenziale che avrebbe portato, per l'autore, ad ampliare l'ambito del terzo *caput* dalla distruzione delle *ceterae res* al deterioramento di tutti i beni, compresi schiavi e *pecudes*. Il Cannata ritiene che tale evoluzione potè essere compiuta solo da giuristi "ormai convinti che con l'interpretatio si potesse costruire diritto nuovo anche rispetto alle leggi, e capaci di farlo", dai *fundatores*, e per la precisione da Marco Giunio Bruto, ma a me pare che il giurista in D. 9, 2, 27, 22 non intenda estendere l'ambito di applicazione del terzo *caput* della *lex Aquilia* a schiavi e *pecudes*, quanto piuttosto estendere la portata del verbo *rumpere*, già relativo alla *mulier* e all'*equa*, al caso dell'aborto: al momento dell'emanazione della *lex*, la tipicità dei verbi *urere* *frangere* *rumpere* doveva, infatti, essere assoluta, ma ben presto si dovette manifestare l'esigenza di un allargamento delle fattispecie in essi comprese, e *rumpere* era il verbo che meglio si prestava a questo scopo, o dal punto di vista dell'assimilazione, come sembra fare Bruto (quasi *ruptum*, è come se fosse rotto), o, in seguito, da un punto di vista semantico (*rumpere* come *corrumpere*). Bruto in D. 9, 2, 27, 22 dà per scontato che si possa parlare di *rumpere* riguardo alla schiava e alla cavalla, preoccupandosi piuttosto di farvi rientrare anche il caso dell'aborto; se fosse stato il primo a tentare di estendere attraverso l'interpretatio l'ambito di applicazione del terzo *caput* dalla distruzione delle *ceterae res* al danneggiamento di tutti i beni, compresi schiavi e *pecudes*, difficilmente si sarebbe espresso in tal modo.

Appare necessario, allora, esaminare le fonti che ci sono pervenute sull'ambito di applicazione del terzo *caput* della *lex Aquilia*, per verificare se avvalorano l'idea che schiavi e *pecudes* non vi fossero ricompresi:

- Gai 3, 217-18: *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum <numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quae pecudum> numero <non> est, veluti canem, aut feram bestiam, veluti ursum leonem, vulneraverit vel occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum <fuerit>, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum <enim intellegitur quod quoque modo corruptum> est. Unde non solum usta [aut rupta] aut fracta, sed etiam scissa et conlisa et effusa et quoque modo vitiata aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit. Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. Et ideo quidam putaverunt liberum esse iudici ad id tempus ex diebus XXX aestimationem redigere, quo plurimi res fuerit, vel ad id quo minoris fuerit. Sed Sabino placuit proinde habendum, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum esset; nam legis latorem contentum fuisse <quod prima parte eo verbo usus esset>*
- Ist. 4, 3, 13-15: *Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum vel eam quadrupedem quae pecudum numero est vulneraverit, sive eam quadrupedem quae*

l'autore, che non fosse prevista una tutela per il danneggiamento di servi e quadrupedi o che detto illecito fosse regolato da un regime singolare. Inoltre non si comprenderebbe, in tal caso, il riferimento per la determinazione della pena al mese, che, se appare speculare all'anno, presupponendo un'ipotesi di minore gravità quale il ferimento del servo rispetto alla sua uccisione, non ha alcun senso per la gran parte dei beni restanti, il cui valore non doveva subire normalmente variazioni stagionali. Il periodo di trenta giorni si spiega, secondo il Valditara, per i casi in cui il servo potesse ristabilirsi con la necessità di avere riguardo nella valutazione al periodo stagionale in cui veniva a mancare il suo apporto.

pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quae anima carent damnum iniuria datum hac parte vindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est. unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoque modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur: denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumpetur, ex hac parte legis eum teneri. Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri. hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, <obligatur> is qui damnum dederit. Ac ne plurimi quidem verbum adicitur. sed Sabino <recte> placuit perinde habendam aestimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adiectum fuisset: nam plebem Romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa est

- Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 27, 5: Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto⁴⁶
- Gai 3, 217, così come ricostruito nei F.I.R.A. e nelle altre moderne edizioni, individua come oggetto del terzo caput ogni altro danno: sia il ferimento di schiavi e pecudes, sia il ferimento e l'uccisione dei quadrupedi che non sono pecudes, comprese le ferae bestiae, sia qualsiasi damnum iniuria datum in ceteris omnibus animalibus nonché in omnibus rebus quae anima carent attuato con le condotte di urere frangere rumpere. Il testo è stato, però, integrato in base alle Istituzioni di Giustiniano; può essere per noi di interesse esaminarlo anche così come appare nella trascrizione di Goeschen del codice veronese⁴⁷:

8) *Capite tertio de omni cetero damno cavet itaque si*

9) *quis serū ū eam qdrupedem que pecudem nu*

10) *mero de ūū canem ā feram vestiam ū ursum leo*

11) *nem uulneraverit ū occiderit ex hoc capite ao.*

12) *constituit in ceteris qq animalib item in omni*

13) *b rebus qua anima carent damnum iniuria dat*

⁴⁶ Sia damnas sia aes sono stati ritenuti segni dell'antichità della lex Aquilia: la formula damnas esto (su cui si veda D. LIEBS, *Damnum, Dammare und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswoerter*, in «ZSS» 85 (1968) 249 ss.), ricorre in N.A. 6, 3, 36-37, in cui Gellio riferisce le parole di Catone nell'orazione pro Rhodiensibus del 167 a.C.: Verba autem ex ea oratione M. Catonis haec sunt: Deinde paulo infra dicit: Quid nunc? ecqua tandem lex est tam acerba, quae dicat "si quis illud facere voluerit, mille minus dimidium familiae multa esto; si quis plus quingenta iugera habere voluerit, tanta poena esto; si quis maiorem pecuum numerum habere voluerit, tantum damnas esto? Troviamo damnas anche in Plauto Truc. 893: Ego minam auri fero supplicium damnas ad amicam meam (ma secondo altra versione damnis). Il termine aes, che non si trova più nel linguaggio legislativo a partire dalla metà del II sec.a.C., è utilizzato da Plauto, ad esempio, in Asin. 201, Aul. 376, 520, 526, 528, Cas. 23, Most. 63, Poen. 24, Stich. 203.

⁴⁷ Riprendo il testo di recente pubblicato da F. BRIGUGLIO, *La prima trascrizione delle Istituzioni di Gaio. Il Codex DCCCIX (DCCCXIII) Gaii Institutionum Libri della Biblioteca Capitolare di Verona*, Bologna 2013, 134.

14) *hac parte vindicat*

Dopo l'affermazione per cui *capite tertio de omni cetero damno cavet*, si parla dello schiavo e del quadrupede del numero dei *pecudes*, poi del cane o della *fera bestia* come l'orso e il leone, e solo in seguito degli altri animali e delle *res quae anima carent*. Nel dettato che ci è pervenuto manca, però, sicuramente qualcosa perché si parla di *vulnerare* e *occidere* anche riguardo a schiavi e *pecudes*, la cui uccisione era già contemplata nel primo *caput*, e dunque l'*occiderit* sarebbe dovuto essere riferito solo a cani e bestie feroci e non anche agli schiavi e quadrupedi che rientrano nel numero dei *pecudes*. Il problema è risolto dai moderni editori con l'inserimento della parte che appare nelle Istituzioni di Giustiniano, che potrebbe essere giustificato dalla circostanza che, se nel testo era presente il termine *numero* per due volte, il copiatore, per una distrazione, potrebbe aver saltato ciò che veniva dopo il primo *numero* e ripreso dopo il secondo. Sia accettando la lettura del codice veronese, sia la versione integrata dalle Istituzioni di Giustiniano, Gaio parlerebbe, comunque, di ogni *ceterum damnum*. Il Cannata, che, pur riportando in nota il testo dell'apografo dello Studemund⁴⁸, prende in considerazione solo il testo di Gaio integrato dalle Istituzioni di Giustiniano, ritiene che l'ambito di applicazione della *lex* di cui parla Gaio, relativo ad ogni *ceterum damnum*, non sia, però, quello originario, bensì il prodotto della successiva *interpretatio*, e che il terzo *caput* fosse in origine concepito per sanzionare solo la distruzione delle cose non previste nei capi precedenti, le *ceterae res* di cui parla Ulpiano in D. 9, 2, 27, 5. Mentre parte della dottrina più risalente aveva, come è noto, ritenuto una successiva inserzione ulpianea l'intera frase *ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos*, per cui il terzo *caput* reciterebbe *si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*, prendendo cioè in considerazione qualsiasi danno arrecato *iniuria* con le condotte di *urere frangere rumpere*, il Cannata ritiene, invece, che vada espunto *praeter hominem et pecudem occisos* e mantenuto *ceterarum rerum*, da intendere in origine come 'altre cose' e non 'in altri casi'. Secondo l'autore⁴⁹, inserendo il chiarimento interpretativo *praeter hominem et pecudem occisos* nell'antica regola generale, Ulpiano avrebbe cambiato il senso dell'intera frase: "le *ceterae res* non sono più le altre rispetto a schiavi e *pecudes*, perché la norma del primo capo, che ad essi si riferisce in modo speciale, non concerne che una serie limitata di casi, e cioè quelli della loro uccisione, ogni altro caso rientra nel terzo capo". Sarebbe, dunque, Ulpiano ad aver equivocato sul significato di *ceterae res* aggiungendo *praeter hominem et pecudem occisos*, ma sembra difficile che il giurista abbia potuto equivocare se, come afferma lo stesso Cannata⁵⁰, aveva a disposizione un testo completo della legge conforme all'originale. Da nessuno dei testi che ci sono pervenuti, si ricava, pertanto, in modo chiaro che il terzo *caput* fosse in origine concepito per sanzionare solo la distruzione delle cose non previste nei capi precedenti⁵¹; tale circostanza sarebbe, però, ad avviso del Cannata, obbligata, dal momento che la pena consisterebbe sempre, come nel primo *caput*, nel pagamento del valore integrale della cosa⁵², e dunque sarebbe sempre stato previsto, in origine, che la *res* risultasse

⁴⁸ CANNATA, Il terzo capo, cit., 240 nt. 8: *pecudum numero de ūū canem ā feram vestiam ū ursum leonem vulneraverit ū occiderit*.

⁴⁹ CANNATA, Il terzo capo, cit., 256 s.

⁵⁰ CANNATA, Sul testo originale, cit., 8.

⁵¹ Si veda, in tal senso, per la dottrina risalente, N. NATALI, La legge Aquilia, Roma 1896, rist. Roma 1970, 27 s.: 'In questo capitolo si reprimeva il danno materiale diverso dalla uccisione di un servo o quadrupes pecus e dalla acceptilatio in fraudem creditoris; rientra perciò nel 3° capitolo della legge qualunque danno arrecato con incendio (usserit), mediante frattura (fregerit), ed in qualsiasi altro modo, e perciò anche la uccisione di un animale che non appartenga alla categoria dei quadrupedi pecudi e il ferimento dello schiavo e di qualunque animale'; per la dottrina recente BIGNARDI, Theoph. Par. 4.3.15, cit., 26 e ivi nt. 44, VALDITARA, Damnum², cit., 14 ss.

⁵² La circostanza che si dovesse pagare il valore della *res* in diebus triginta proximis mostrerebbe, inoltre, che, pur potendo l'impiego del verbo *rumpere* alludere a fatti che non producevano la distruzione della cosa, ma la sua inutilizzabilità, sarebbe stato sempre previsto, in origine, che la *res* risultasse perduta.

perduta; la condanna in *quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit*⁵³ non potrebbe che riguardare casi di distruzione. L'Autore, pur ammettendo che costituirebbe una stranezza, una vistosa lacuna, che la *lex Aquilia* non prendesse in alcun modo in considerazione i danneggiamenti a schiavi e *pecudes* ma solo nel primo *caput* la loro uccisione⁵⁴, ritiene che questo possa essere spiegato perché tali danneggiamenti sarebbero stati già sanzionati nelle XII Tavole o magari in leggi successive⁵⁵. Se anche non conosciamo tutte le norme delle XII Tavole in materia di danno, quel che sappiamo è, per l'autore, sufficiente per stabilire che esse prevedevano non solo l'*os fractum* dello schiavo ma tutta una serie di 'danneggiamenti non distruttivi', per i quali la pena era espressa con la locuzione *noxiam sarcire*, come il nocumento arrecato da *rivus aquae ductus*⁵⁶, da *pauperies*⁵⁷ e incendio involontario⁵⁸, danneggiamenti che non appaiono, a mio avviso, sempre non distruttivi. L'esistenza di una sanzione pre-aquiliana nelle XII Tavole o magari in una legge successiva sarebbe confermata, per il Cannata, da

- Liv. 22, 10, 3-5: tum donum duit populus Romanus Quiritium quod ver attulerit ex suillo ovillo caprino bovillo grege quaeque profana erunt Iovi fieri, ex qua die senatus populusque iusserit. Qui faciet, quando volet quaque lege volet facito; quo modo faxit probe factum esto. Si id moritur quod fieri oportebit, profanum esto, neque scelus esto. Si quis rumpet occiditve insciens, ne fraus esto

Si parla della *lex de vere sacro vovendo* del 217 a.C., che trattava non solo della *occisio* ma anche della *ruptio* di *pecudes* oggetto di sacrificio, escludendo, nel caso l'autore fosse *insciens*, lo *scelus*. L'utilizzo del decemvirale *ne fraus esto* e non di *iniuria* proverebbe, per il Cannata, che la *lex Aquilia* non esisteva ancora⁵⁹; per il Valditara le osservazioni del Cannata circa l'assenza di un riferimento all'*inuria* e l'utilizzo del decemvirale *ne fraus esto* appaiono, peraltro, inconferenti, in quanto ciò che rilevava non era la liceità giuridica (*iure*) del comportamento dannoso, quanto la non consapevolezza (*insciens*). Per il Corbino⁶⁰, inoltre, il fatto che nella *rogatio* si prendano in considerazione una *ruptio* e una *occisio* come possibili fatti di perdita incolpevole di animali consacrati, "può considerarsi, con buona probabilità, circostanza che echeggia il linguaggio legislativo", ma non si può dire se nel senso che lo presupponga o che lo anticipi; solo nel primo caso la circostanza diverrebbe elemento di datazione significativo.

⁵³ Per G. VALDITARA, Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana, in L. VACCA (a cura di), La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Torino 1995, 76 ss., è riconosciuto pressochè unanimemente che il punto di partenza è costituito dalla stima della cosa distrutta o danneggiata, in una pura aestimatio rei (v. anche G. VALDITARA, Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini, Milano 1992, 4 s., 278 ss.).

⁵⁴ CANNATA, Il terzo capo, cit., 131 nt. 89, 132 nt. 96.

⁵⁵ Per l'autore (258) il legislatore, che possiamo identificare con il tribuno Aquilio, scelse di sanzionare solo i danneggiamenti che eliminavano la cosa, intendendo che per i deterioramenti restassero in vigore le norme precedenti: egli non avrebbe, in altri termini, pensato di emanare una legge che, come si esprimerà poi Ulpiano, regolava interamente la materia dei danneggiamenti di cose altrui abrogando l'insieme delle norme precedenti in materia 'appartenesse-ro esse alle XII Tavole o a qualunque altra legge', ma avrebbe inteso riformare il sistema delle pene sostituendone a quello arcaico uno più moderno ed economicamente fondato (vedi G. CARDASCIA, La portée primitive de la loi Aquilia, in Daube noster, Edimburgh 1974, 60 ss., in part. 63 s.).

⁵⁶ tab. VII.8b. Paulus D. 43, 8, 5: Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tab., ut noxae domino caveatur.

⁵⁷ tab. VIII.6 Ulpianus (l. XVIII ad ed.) D. 9, 1, 1 pr.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII tab. descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit – aut aestimationem noxae offerri.

⁵⁸ tab. VIII.10 Gaius (l. 4 ad l. XII tab.) D. 47, 9, 9: Qui aedes acervumque frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur.

⁵⁹ Se si accoglie la datazione della *lex Aquilia* proposta dal Cannata, la distanza fra le due leggi sarebbe, peraltro, di pochi anni.

⁶⁰ CORBINO, Il danno qualificato², cit., 59 s.

Per il Valditara⁶¹, il testo di Livio smentisce, in ogni caso, la tesi dell'originaria estraneità al contesto aquiliano delle ipotesi di *ruptio* di *servi* e *pecudes*⁶²: la connessione fra *rumpere* e *occidere* è un argomento troppo forte per non pensare che si presupponessero proprio le due ipotesi dei due capi della *lex Aquilia*; al di là della datazione della legge, da Livio si ricaverebbe indubitabilmente che *occisio* e *ruptio* di *pecudes* erano considerate due ipotesi distinte ma parallele: sarebbe stato impensabile che la *lex Aquilia* ne trattasse una soltanto, anche ammesso che fosse successiva al 217 a.C. Ma per il Cannata⁶³, considerando il terzo *caput* applicabile fin dall'inizio anche a danneggiamenti non distruttivi di schiavi e *pecudes*, si sarebbe di fronte ad una stranezza 'ben più massiccia' rispetto a quella costituita dall'assenza di previsioni per il danneggiamento di schiavi e animali: se nel terzo *caput* fosse stata stabilita un'unica sanzione "consistente nel sorgere, in capo al colpevole, dell'obbligazione di pagare al proprietario il valore della cosa danneggiata", sarebbe assurdo che chi avesse solo danneggiato il bene, ad esempio tagliato la coda ad un cane, dovesse dare al proprietario la stessa somma che se l'avesse ucciso⁶⁴. A prescindere dalla considerazione che tagliare la coda al cane non sembra costituire un *rumpere*, in quanto nessun danno viene arrecato, se condannare al *quanti ea res* avesse significato condannare al valore integrale della cosa, nel caso prospettato da Bruto si sarebbe dovuto pagare il valore integrale della schiava o della cavalla. Il problema è sempre stato avvertito dalla dottrina: già il Pernice⁶⁵ aveva ritenuto che sin dall'inizio l'espressione *quanti ea res* fosse interpretata nel senso che si doveva consegnare la cosa danneggiata, altrimenti ferimento e uccisione si sarebbero posti sullo stesso piano comminandosi la stessa pena per l'uno e per l'altro; per il Natali⁶⁶ doveva detrarsi dal maggior valore raggiunto dall'oggetto nel mese precedente il valore più basso dell'oggetto dopo il delitto, quando il danneggiato non avesse preferito consegnare l'oggetto leso. Dal momento che il valore di una cavalla o una schiava *praegnans* è indubbiamente maggiore per via dell'aspettativa che la gravidanza vada a buon fine, la perdita in seguito ad un comportamento altrui del feto potrebbe, peraltro, portare, come osservava il Pugliese⁶⁷, alla condanna del convenuto al pagamento di una somma pari

⁶¹ VALDITARA, In tema, cit., 202.

⁶² In tal senso già VON LUBTOW, Untersuchungen, cit., 109 ss., il quale ritiene che il terzo capo, strettamente connesso al primo, non ripetesse però la menzione letterale di *servus serva quadrupes pecus*, cui esclusivamente si riferiva; l'estensione agli altri beni sarebbe stato reso possibile proprio dal tenore generale: *si quis alteri damnum faxit*.

⁶³ CANNATA, Sul testo, cit., 25 ss., in part. 47 ss.; ID., Il terzo capo, cit., 247 ss. L'autore nel primo articolo osservava che Bruto, nel considerare oggetto della *ruptio* la cavalla, si poneva 'già del tutto nella linea della giurisprudenza successiva, che interpretava la locuzione *ceterae res* del terzo capo come altri casi'. Replica però BIGNARDI, Frangere e *rumpere*, cit., 43 ss., che non si può ammettere che Bruto avesse esteso l'applicazione del terzo *caput* all'ipotesi delle lesioni a schiavi e *pecudes* senza con ciò ammettere che tale ampliamento implicava anche, se non prima, la comprensione nel *rumpere* di lesioni che non determinavano la distruzione della cosa. Pertanto, accettando la rituale lettura di D. 9, 2, 27, 22, e la consequenziale interpretazione del successivo responso di Quinto Mucio, si dovrebbe affermare che, in sede di interpretazione estensiva della legge, i due giuristi di età repubblicana avrebbero operato in modo da far rientrare nella previsione del terzo capo le lesioni a schiavi e *pecudes*, senza però estendere lo stesso principio, e cioè responsabilità per il danneggiamento che non comportasse distruzione del bene, anche alle *ceterae res*.

⁶⁴ F. SCHULZ, Classical Roman Law, Oxford 1951, 590, ritiene non debba destare sorpresa, tenendo a mente la natura penale dell'azione, che anche se una *res* avesse solo subito un deterioramento e non fosse completamente distrutta, l'offensore dovesse pagare il pieno valore del bene. La pena era la stessa quando un cane (che non rientrava tra i *pecudes*) era ucciso e quando era solo ferito, ed è 'primitivo' non distinguere fra i due casi, ma le vecchie leggi mostrerebbero caratteristiche 'primitive'. Per D. PUGSLEY, On the Lex Aquilia and Culpa, in «TRD» 50 (1982) 1 ss. = American are Aliens and Other Essays on Roman Law, Exeter 1989, 58, Gaio dà decisamente l'impressione che la misura dei danni fosse il pieno valore dello schiavo, il suo più alto valore nei passati trenta giorni. Poiché il diritto non era così 'primitivo', e certamente non lo era quello classico, bisogna vedere, per l'autore, se ci sono altre possibili interpretazioni.

⁶⁵ PERNICE, Zur Lehre, cit., 240, ritiene che, se il danneggiato non avesse preferito consegnare l'oggetto leso, dovesse detrarsi dal maggior valore raggiunto dall'oggetto nel mese precedente il valore più basso dell'oggetto dopo il delitto.

⁶⁶ NATALI, La Legge Aquilia, cit., 162 ss.

⁶⁷ PUGLIESE, Il diritto e la vita materiale, in Atti dei convegni lincei, 61, Roma 1984.

alla differenza tra il valore che la cavalla incinta avesse avuto nell'ultimo mese anteriore al delitto e il suo valore dopo l'aborto⁶⁸. Per il Cannata⁶⁹, la valutazione doveva essere effettuata non come *pretium corporis*, ma come quantificazione pecuniaria del danno subito dal proprietario a causa della *ruptio*: il valore del *fetus ruptus* corrisponderebbe alla diminuzione di valore venale, che l'aborto ha cagionato, della cavalla gravida⁷⁰. Anche per il Cannata, dunque, Bruto avrebbe calcolato il valore da risarcire tenendo conto della perdita economica subita dal proprietario e non del valore integrale della *res*.

Da ultimo, il Valditara⁷¹ ritiene invece che si dovesse risarcire il maggior valore del bene negli ultimi trenta giorni, tenendo conto della circostanza che l'*actio legis Aquiliae* era un'azione penale: nell'ambito della clausola *quanti ea res fuit/ fuerit* non era possibile una stima del *fetus*, ma la perdita del *partus* come bene futuro rappresentava certamente un pregiudizio economico (*damnum*) per il proprietario della cosa madre: "Il riconoscimento che la schiava ovvero la cavalla gravida erano state fisicamente danneggiate, esemplarmente evidente in Quinto Mucio, ma chiaramente presupposto anche da Bruto, fa ritenere che l'*aestimatio* avesse ad oggetto l'unico bene giuridicamente esistente, ovverosia il *corpus* della serva o della cavalla". "Nell'ambito di una *aestimatio rei*", prosegue l'autore, "il valore di mercato di una madre gravida sarebbe stato senz'altro più elevato di quello di una schiava/giumenta comune. Era questo pertanto l'oggetto della condanna a cui sia Bruto sia Quinto Mucio dovevano tendere: il maggior valore di una schiava/cavalla gravida". Il Valditara ritiene, pertanto, che anche per il terzo *caput* si dovesse risarcire il maggior valore del bene; la differenza con il primo *caput* consisterebbe solo nel maggior arco temporale del primo (l'anno) rispetto al terzo (trenta giorni). Ai tempi di Bruto e Quinto Mucio il *damnum* non sarebbe stato valutato come perdita economica ma come violazione dell'integrità fisica di un bene⁷², in quanto quest'ultimo sarebbe il significato più risalente. Mi pare, peraltro, che il termine *damnum* col significato di perdita economica, spesso contrapposto a *lucrum* nel senso di guadagno, sia già attestato in una serie di passi di Plauto. Si vedano ad esempio

- Asin. 181 ss.: Is dare volt, is se aliquid posci, nam ibi de pleno promitur; neque ille scit quid det, quid damni faciat, 187: perdidici istaec esse vera damno cum magmo meo
- Capt. 324 ss.: Ego virtute deum et maiorum nostrum dives sum satis. Non ego omnino lucrum omne esse utile homini existumo: scio ego, multos iam lucrum lutulentos homines reddidit. Est etiam ubi profecto damnum praestet facere quam lucrum
- Cist. 106: Quamquam mi istud erit molestum triduum, et damnum dabis, faciam

⁶⁸ La circostanza che il valore del parto possa essere stimato risulta, anche se si tratta di un giurista più tardo, da Tryph. 4 disp. D. 49, 15, 12, 18: Si natum ex Pamphila legatum tibi fuerit tuque matrem redemeris et ea apud te pepererit, non videri te partum ex causa lucrativa habere, sed officio arbitrioque iudicis aestimandum constituto pretio partus, perinde atque si, quanto mater est empta, simul et partus venisset. Nel riscatto della madre il redemptor ha pagato un prezzo più alto perché la donna era praegnans e dunque la summa redemptionis comprende anche il prezzo del nascituro; dovrà pertanto essere stimato il prezzo del parto. Per un esame più approfondito del passo mi permetto di rimandare a M.V. SANNA, Nuove ricerche in tema di redemptio ab hostibus, Cagliari 2001; EAD., Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto, in F. BOTTA (a cura di), Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione, Torino 2003, 217 ss.

⁶⁹ CANNATA, Sul testo della lex Aquilia, cit., 175.

⁷⁰ Concorda col Cannata GALEOTTI, Ricerche, I, cit., 249 (su cui vedi di recente, M.F. CURSI, in «Iura» 64 (2016) 458 ss. cit., 85 ss., e F.B.F. RODRIGUES ROCHA, in «Interpretatio prudentium», I (2016) 2, 285 ss.), per la quale la somma da corrispondere al dominus dovrà essere calcolata misurando l'incidenza che la perdita del feto ha avuto sul valore della schiava o della pecus, e dunque il pretium corporis del fetus ruptum corrisponderà alla diminuzione del valore venale della madre, cagionato dall'aborto.

⁷¹ VALDITARA, In tema, cit., 197 ss.

⁷² VALDITARA, Sulle origini del concetto di damnum², Torino 1998; ID., In tema, cit., 197 ss.

- Men. 256 ss.: Ne tu hercle, opinor, nisi domum revertaris, ubi nihil habebis, geminum dum quaeris, gemes. Nam ita est haec hominum natio: in Epidamnieis voluptarii atque potatores maxumei; tum sycophantae et palpatores plurumei in urbe hac habitant; tum meretrices mulieres nusquam perhibentur blandiores gentium. Propterea huic urbei nomen Epidamno inditumst, quia nemo ferme huc sine damno devortitur, 268: Ne mihi damnum in Epidamno duis
- Merc. 236: ait sese illius opera atque adventu caprae flagitium et damnum fecisse hau mediocriter; dicit capram, quam dederam servandam sibi, suai uxoris dotem ambedisse oppido
- Poen. 327 ss.: Ecquid amare videor? Damnum, quod Mercurius mimime amat. Namque edepol lucrum amare nullum amatorem addecet, 748 ss.: qui in re divina dudum dicebant mihi malum damnumque maxumum portendier: is explicavi meam rem postilla lucro
- Trinum. 1022 ss.: inter eosne homines condalium te redipisci postulas? Quorum eorum unus surrupuit currenti cursori solum. Ita me di ament, graphicum furem. Quid ego quod periiit petam? Nisi etiam laborem ad damnum adponam epitheciam insuper. Quin tu quod periiit periisse ducis?

Il termine *damnum* dunque già per Plauto può significare perdita economica; se pensiamo con il Cannata ad una datazione della *lex Aquilia* nel 210/200, ma anche in un periodo precedente, non si tratterebbe di un significato tardo, ma con tutta probabilità del significato originario⁷³.

3. D'altra parte, così come *ceterarum rerum* non significa necessariamente 'delle altre cose', ma può significare anche 'degli altri casi, degli altri affari', *ea res* nel terzo *caput* può significare 'that matter', e cioè, con il Crawford "a generic reference to the pecuniary loss; and the pecuniary loss in turns depends on the value of the king involved and what has been done to it". Osserva, inoltre, l'autore che "it is thus not certain that the 30 days follow, rather than precede, the act *damnum faxit*"⁷⁴. Occorre, infatti, tener conto del fatto che nel passo di Ulpiano si afferma *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*, con il verbo al futuro; il Daube⁷⁵, con una tesi che ebbe un certo seguito in dottrina in passato⁷⁶, ma che sembra oggi nuovamente condivisa da una parte della dottrina⁷⁷, aveva ritenuto che il terzo *caput* della *lex Aquilia* con *quanti ea res erit in diebus triginta proximis* non intendesse riferirsi al valore del bene nei

⁷³ J.M. KELLY, The Meaning of the Lex Aquilia, in «LQR» 80 (1964) 73 ss., pone in evidenza che Plauto, nato certamente non molto dopo 30 anni la lex (286 a.C.), utilizza *damnum* come 'pecuniary loss or expense', opponendolo frequentemente a *lucrum* come profitto.

⁷⁴ M.H. CRAWFORD, Roman Statutes, II, London 1996, 726. Anche per VON LUBTOW, Untersuchungen, cit., 25, *damnum* indica non il 'Beschädigung', ma la perdita patrimoniale, il pregiudizio economico ('Vermögensverlust').

⁷⁵ DAUBE, On the Third Chapter, cit., 3 ss.

⁷⁶ Si vedano J.A. LIFFE, Thirty Days hath Lex Aquilia, in «RIDA» 5 (1958) 493 ss.; KELLY, The Meaning, cit., 73 ss.; ID., Further Reflections on the Lex Aquilia, in Studi Volterra I, Milano 1971, 235 ss. Sembra dello stesso parere relativamente all'originaria previsione della *lex Aquilia* anche A. WATSON, Personal Injures in the XII Tables, in «TR» 43 (1975) 213 ss., per il quale il significato di *ruperit* sarebbe stato esteso, in un secondo momento, sino al danneggiamento di cose inanimate

⁷⁷ CORBINO, Il danno qualificato², cit., 181 ss.; M. BRUTTI, Il diritto privato nell'antica Roma³, Torino 2015, 534 ss. V. anche R. ZIMMERMANN, The Law of Obligations, Cape Town-Johannesburg 1990, 968 s., per il quale 'the period of 30 days may well have been taken over from XII Tables; for in the olden days the condemned debtor had been granted exactly this period of time to pay or render restitution and thus to avert the harsh consequences of *manus iniectio*. This kind of regime made perfect sense under the *lex Aquilia* too; before the judge could be asked to assess the damages, a period of 30 days had to elapse; within this time-span a wound might have healed, the debtor might have paid a sum that satisfied the other party, he might have repaired the sedan chair that he had damaged or he might have given his creditor a new one'

trenta giorni passati, ma al danno, cioè alla perdita economica sofferta dal proprietario, nei trenta giorni seguenti⁷⁸. Lo stesso Ulpiano usa però il *fuit* in

- 18 ad ed. D. 9, 2, 29, 8: Haec verba: quanti in triginta diebus proximis fuit, etsi non habent plurimi, sic tamen esse accipienda constat
e Gaio il *fuert* in
- Gai 3, 218: Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proximis ea res fuerit, damnatur is qui damnum dederit

La tesi del Daube sembrava ormai abbandonata dalla dottrina prevalente, convinta, in particolare dopo le osservazioni dell'Ankum⁷⁹, che la *lex Aquilia* usasse il verbo al passato e che l'*erit* di D. 9, 2, 27, 5 fosse dovuto ad un errore del copista; anche il Cannata⁸⁰ ritiene si tratti di un errore, pur osservando che non si può parlare, con l'Ankum, di un 'fantasme florentin', perché l'*erit* compare nei manoscritti della *Vulgata*, e dunque l'errore della *Littera Florentina* poteva essere condiviso da altri manoscritti. E' impensabile, però, osserva l'autore, che sia Gaio sia Ulpiano, che operavano un confronto del terzo capo col primo per notare l'assenza nel terzo del termine *plurimi*, passassero sotto silenzio la differenza fra l'*erit* nel terzo e il *fuit* nel

⁷⁸ Per il Daube il terzo caput avrebbe, inoltre, preso in origine in considerazione solo il ferimento di schiavi e animali, res semoventes, mentre in seguito sarebbe stato esteso agli oggetti inanimati; solo in tal momento i dies triginta proximi sarebbero stati intesi come gli ultimi 30 giorni e quindi sarebbero sorte le difficoltà per quanto riguarda la parola mancante plurimi, che in origine non avrebbe avuto ragione d'essere, in quanto, essendo l'intervallo dei trenta giorni successivi stabilito per consentire al giudice di constatare l'evoluzione della lesione, il valore massimo o minimo avrebbe avuto un'importanza relativa. Se solo Sabino, come sembra risultare da Gai 3, 218, avrebbe dato 'i tocchi finali' alla dottrina che applica il terzo caput a qualunque danno, dal momento che Labeone concede l'azione in caso di danneggiamento di un oggetto inanimato (Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 29, 3: Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur) si può ritenere, per l'autore, che il decisivo cambiamento nello scopo del terzo caput abbia preso piede nella seconda metà del I sec. a.C. Se, invece, si ritenesse che sin dall'inizio il terzo caput si riferisse al valore dell'ultimo mese precedente, questo avrebbe comportato instabilità nel modo del calcolo per alcune centinaia di anni, il che è per il Daube massimamente improbabile. Inoltre, se si parlasse del più alto valore della cosa danneggiata, anche il 3° caput, come il primo, sarebbe applicabile solo a casi di distruzione completa, mentre sappiamo che fu applicato anche a casi di distruzione parziale. Il sistema delle XII Tavole relativo al membrum ruptum e all'os fractum doveva aver portato frequentemente, per il Daube, a risultati ingiusti, in quanto il valore del denaro e dei beni fluttuava, perciò la *lex Aquilia* avrebbe fatto in modo che, a prescindere dal tipo di ferita, ogni danno reale dovesse essere risarcito, ma non tutte le conseguenze delle ferite erano subito manifeste, in quanto lo schiavo ferito poteva guarire completamente o rimanere invalido, il costo delle cure poteva essere alto o basso. Quando la *lex Aquilia* introdusse la stima individuale di ogni danno, contro la pena fissa delle XII Tavole, necessariamente intendeva prendere in considerazione, per l'autore, non l'esatto momento del ferimento ma il risultato finale, che non poteva essere posticipato troppo a lungo, ma doveva essere limitato a non più di 30 giorni. Per D. PUGSLEY, *The Origins of the Lex Aquilia*, in «LQR» 85 (1969) 50 ss., "chapter 3 of the lex aquilia was passed to provide a flexible measure of damages for personal injuries in place of the fixed penalties of the XII Tables. So that if you run down me or my slave damages will be at large, instead of being confined to 300 and 150 asses respectively", deterrente insufficiente, in quanto, trattandosi di una pena fissa non distingueva fra un milionario e un povero, tra conseguenze più o meno gravi. Per l'autore l'inserimento di plurimi sarebbe espressione di uno sconvolgimento del carattere originario del plebiscito, e risultato dell'influenza negativa del I capitolo. Mentre il primo caput sarebbe nato per i casi nei quali non vi fosse possibilità di esperire l'azione di rivendica, e avrebbe avuto alle origini natura soddisfattoria, il terzo avrebbe avuto sin dall'inizio carattere penale. Solamente agli inizi del II secolo a.C. la prima parte della *lex* avrebbe acquisito carattere penale e, integrandosi con il terzo caput, avrebbe dato origine al delitto di danneggiamento; l'opinione di Sabino sarebbe dovuta ai problemi che sorsero quando i criteri del primo caput furono applicati anche al terzo.

⁷⁹ C. H. ANKUM, *Quanti ea res erit in diebus XXX proximis dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasme florentin*, in *Melanges Ellul*, Paris 1983, 171 ss., ora in *Nueva Antología Romanística*, Madrid Barcelona, Buenos Aires Sao Paulo 2014, 93 ss., attribuisce l'errore dell'*erit* al copista della *Littera Florentina*.

⁸⁰ CANNATA, *Il terzo caput*, cit., 124.

primo *caput*. Di recente la discussione sembra, però, riaperta, in quanto, ad avviso del Corbino⁸¹, dal dettato di Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9, 2, 2 pr. (*quanti id in eo anno plurimi fuit*) e Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 5 (*quanti ea res erit in diebus triginta proximis*) risulta che, mentre il primo capitolo considerava unicamente la distruzione della cosa, il terzo disciplinava qualunque fatto potesse diminuirne il valore economico⁸². Mentre dunque il *damnum* era per il primo capitolo coincidente con il valore del bene, poteva per il terzo coincidervi se la cosa fosse risultata distrutta, ma anche non coincidere quando fosse solo diminuita nel valore economico, come nel caso di ferimento o mutilazione dello schiavo o dell'animale. L'idea che la sanzione inglobasse l'intero valore della cosa non può per il Corbino essere accolta, come dimostrato da Ulp. 50 *ad Sab.* D. 9, 2, 46: *Si vulnerato servo lege Aquilia actum sit, postea mortuo ex eo vulnere agi lege Aquilia nihilo minus potest* e Iul. 86 *dig.* D. 9, 2, 47: *Sed si priore iudicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit, exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset*. Pensare che la valutazione *ex capite tertio* si sia circoscritta alla intervenuta concreta diminuzione di valore della cosa solo per effetto di un atteggiamento interpretativo successivo, come ritiene il Cannata, è escluso, per il Corbino, dal dettato normativo dei due capi, che differisce non solo per l'*id* e l'*ea res*, ma anche per l'uso dei due diversi tempi verbali nell'indicazione di ciò che dovrà essere valutato: nel primo *caput* qualcosa di non più esistente, sicché la determinazione del valore monetario non potrà che essere riferita al passato (*fuit*), nel terzo qualcosa che può invece essere ancora esistente. Anche per il Brutti⁸³ l'idea del Cannata che ai sensi del terzo *caput* - a suo avviso relativo a qualunque fatto potesse diminuire il valore economico della *res* - il danneggiato ottenesse una sanzione che inglobasse il valore della cosa è smentita dal fatto che se si era agito *tertio capite* per il ferimento di uno schiavo e poi questo moriva, si poteva agire per il primo capo, come prova D. 9, 2, 46: l'aver agito *de vulnerato* non impediva una successiva azione *de mortuo*. Mentre nel primo *caput* il valore della condanna equivale necessariamente alla cosa nella sua interezza - ed è credibile che la cosa perduta fosse valutata con riferimento all'ultimo anno precedente il fatto - per quanto riguarda il terzo *caput*, se l'ammontare della condanna deve corrispondere alla perdita di valore per il deterioramento causato dal reo, allora sarà necessario valutare in concreto gli effetti lesivi del comportamento dannoso, dopo che si sono verificati; anche il congiuntivo perfetto *fuert* di Gaio potrebbe, d'altra parte, ben indicare una valutazione circa il danno che si sviluppa dopo l'evento. Osserva, però, di recente il Valditara⁸⁴ che da D. 9, 2, 47 si può solo ricavare che il valore massimo conseguibile, quando si sia agito prima *ex vulnerato* e poi *de occiso*, è quanto si sarebbe conseguito agendo subito *de occiso*, ammontare che poteva essere più elevato perché la stima veniva riferita all'anno e non al mese precedente. Per l'autore, come già si è detto, non vi sono motivazioni sufficienti per ritenere che il terzo *caput* portasse ad un oggetto della *condemnatio* diverso dal primo, vale a dire che non liquidasse il valore del bene, bensì il valore della lesione prodotta.

Se la tesi secondo cui per il terzo *caput* il danno doveva essere valutato nei trenta giorni successivi all'evento presenterebbe senza dubbio il vantaggio di consentire di tener conto dei

⁸¹ CORBINO, Il danno qualificato², cit., 181 ss.; ID., L'oggetto dell'aestimatio damni, cit., 699 ss.

⁸² Occorre, però, osservare che mentre in Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9, 2, 2 pr. si legge: *Lege Aquilia capite primo cavetur: ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto*, non riportano *id*, ma *ea res* Gai 3, 210: *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, <ut> si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudem numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur* e I. 4, 3 pr.: *Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam. cuius primo capite cautum est, ut si quis hominem alienum alienamve quadrupedem quae pecudem numero sit iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuit, tantum domino dare damnetur*.

⁸³ BRUTTI, Il diritto privato³, cit., 534 ss.

⁸⁴ VALDITARA, In tema, cit., 197.

danni non rilevabili al momento dell'offesa, soprattutto per quanto riguarda schiavi e animali, non si può non porre in evidenza che appare quantomeno anomalo, come già rilevato dal Cannata, che tale differenza fra il calcolo del primo *caput* e il calcolo del terzo non sia mai stata evidenziata dai giuristi, che pure commentano spesso, come già visto, la mancanza nel terzo *caput* del termine *plurimi*, presente nel primo. Sappiamo, in ogni caso, che non fu questa l'interpretazione di Giustiniano: negli sch. 20 e 21 ad Bas. 60, 3, 27, in cui si richiamano le Istituzioni di Giustiniano, lo scoliaste parla di giorni da computare *retro*:

- Bas. 60, 3, 27 (A VIII, 2757 Sch.): Τὸ δὲ τρίτον διαλαμβάνει περὶ τῆς ἄλλης ζημίας τῆς ἔξωθεν ἀναιρέσεως δούλου καὶ θρέμματος καὶ ἀποτιμᾶται εἰς ὅσον ἦν τὸ πρᾶγμα ἐν ταῖς πλησιαζούσαις τριάκοντα ἡμέραις (V, 290 Heimb.): *Tertium autem tractat de reliquo danno praeter occisionem servi et pecudis, et aestimatur, quanti ea res erat in proximis triginta diebus*
- sch. 20 ad Bas. 60, 3 (B VIII, 3124 Sch.): Διενήνοχε δέ, καθὸ τὸ πρῶτον περὶ ἀναιρέσεως οἰκέτου ἢ τοῦ ἀγεληδὸν ἰθυνομένου φησί, τὸ δὲ γ'. ποτέ, νῦν δὲ δεῦτερον, περὶ πάσης τῆς λειπομένης φησί ζημίας, καὶ ὅτι ἐπὶ μὲν τοῦ α'. Κεφαλίου ἐπὶ ἐνιαυτὸν ἀνακλᾷ εἰς αὐτὸν ὁ δικαστής, ἐπὶ δὲ τοῦ δευτέρου <ἐπὶ> λ'. ἡμέρας. Ταῦτα δὲ φησιν ἰνστιτ. Δ'. Τίτ. γ'. (V, 290 Heimb.): *Differunt plane in illo, quod primo capite agitur de servo vel pecude occisa, tertio autem quondam, nunc vero secundo de ceteris omnibus damnis, et quod in primo capite iudex retro ad annum respicit, in secundo ad triginta dies. Haec autem traduntur Instit. 4. tit. 3.*
- sch. 21 ad Bas. 60, 3 (B VIII, 3124 Sch.): Ἐν τῷ γ'. κεφ. περὶ τῶν ἄλλων πάντων ζώων ἀναιρουμένων χωρὶς οἰκέτου καὶ τῶν ἀγεληδὸν βοσκομένων θρεμμάτων φησί· καὶ εἰ τις δὲ ἢ καύσει τίποτε ἢ κλάσει ἢ διαφθεῖρει ἀδίκως ὅσου ἄξιον ἦν τὸ βλαβέν πρᾶγμα ἐντὸς λ'. ἡμερῶν τῶν πρό τῆς βλάβης διαδραμουσῶν, εἰς τοσοῦτον τῷ ἀδικηθέντι καταδικάζεται; (V, 290 Heimb.): *in tertio capite agitur de omnibus aliis animalibus occisis praeter servum et pecudem, quae gregatim pascitur. Et si quid quis iniuria usserit, fregerit, corruperit, tanti damnatur laeso, quanti res laesa fuit in triginta diebus a damno dato retro computandis.*

Se l'uso del verbo ἦν in Bas. 60, 3, 27 non indica necessariamente il passato, la spiegazione degli scoli 20 e 21 non lascia adito a dubbi: ponendo in evidenza le differenze fra primo e terzo *caput* (anzi precisando che ora questo è il secondo), si parla del fatto che l'*iudex* per il primo *retro ad annum respicit*, per il terzo *ad triginta dies*.

Se desta, dunque, delle perplessità l'idea del Daube che il terzo *caput*, riguardante in origine solo schiavi e *pecudes*, stabilisse il pagamento della perdita economica sofferta dal proprietario nei trenta giorni seguenti al danno, perplessità mi pare nascano anche nell'accogliere l'idea che esso riguardasse, invece, solo i danneggiamenti distruttivi alle *ceterae res* e non a *pecudes* e schiavi. Né pare condivisibile l'idea del Cannata che per tali danneggiamenti sarebbero rimaste in vigore le previsioni delle XII Tavole o di norme successive; per quanto riguarda le XII Tavole, perlomeno stando alle norme che ci sono pervenute, l'unico caso previsto è, infatti, quello dell'*ossis fractio* dello schiavo, a meno di non voler intendere come 'norma generale di danno' quella di

- Tab. VIII. 5 “*Rupit[ias] sarcito*”⁸⁵,
lacunosa anche con l'ausilio di
- Festo 320.24: *Rupitias* (in) XII significat damnum dederit

⁸⁵ Così, nei F.I.R.A.

- Festo 430.20: Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare ‘damnum solvito, praestato’.

In tal senso si è espresso di recente il Corbino⁸⁶, il quale, seguendo un’idea già formulata dal Gotofredo⁸⁷ e poi accolta dal Natali⁸⁸, ritiene che il versetto rappresenti una ‘norma generale del risarcimento del danno’; i Romani sin da Tab. VIII.5 avrebbero sempre descritto con l’espressione *rumpere* una condotta qualificata dall’evento materiale che essa causava, uno scindere *corpus*, una lesione distruttiva, e perciò permanente. Con il termine *rupitiae* si sarebbe indicato, pur nell’esiguità delle informazioni disponibili, la perdita legata alla distruzione fisica di un oggetto. Ma in dottrina, come è noto, non vi è accordo né sul fatto che le XII Tavole contenessero una norma siffatta né sull’interpretazione da darle se la si ritiene esistente; mentre nei *F.I.R.A.* viene riportata in Tab. VIII. 5, il Crawford non la riporta nella sua ricostruzione, opportunamente secondo il Cannata⁸⁹, che ritiene difficile parlare di norma generale di danno⁹⁰. Pare, effettivamente, difficile addurre come norma generale di danno, qualunque significato si ritenga di attribuire al termine, la norma sulle *rupitiae*⁹¹, per cui, accettando la tesi che il terzo

⁸⁶ CORBINO, Il danno qualificato ², cit., 59 s.

⁸⁷ J. GOTHOFREDUS, *Fragmenta leges XII tabularum: sius nunc primum tabulis restitute probationibus notis*, Heidelberg 1616.

⁸⁸ NATALI, La Legge Aquilia, cit., 2 ss.

⁸⁹ Osservava CANNATA, Sul testo della lex Aquilia, cit., 27 ss., che contro la tesi che vede in Tab. VIII. 5 una norma generale sul risarcimento del danno si può osservare che in Festo (*Rupitias XII significat damnum dederit rupitias*) ha forma di accusativo plurale, ma la morfologia della frase esigerebbe il nominativo, in quanto Festo declina sempre i sostantivi che spiega considerandoli elementi della proposizione chiarificatrice. Per quanto riguarda la correzione di *rupitias* in *rupit*, che appare del tutto coerente, essa rompe, però, il nesso tra i due passi di Festo, perché se la spiegazione contenuta nel primo si riferisce non a *rupitias* ma a *rupit*, può attribuirsi alla norma sul *membrum rumpit* di tab. 8. 2 invece che alla norma, qualunque essa sia, in cui si poteva leggere il sarcito spiegato nell’altro passo (*Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare ‘damnum solvito, praestato’*). Anche la spiegazione che Festo e Servio danno di sarcito può riferirsi ad altre norme perché *noxiam sarcire* compare sia in tab. VIII.10 sia in tab. VIII.14. Inoltre, poiché dall’espressione di D. 9, 4, 2, 1 si *servus furtum faxit noxiamve nocuit* si ricava che con *furtum faxit* si sintetizzano tutte le specie di furto previste nelle leggi decemvirali, con *noxiam nocuit* tutti i casi di danno, quando Festo precisava che *rupitias XII significat damnum dederit* non poteva riferirsi a una norma generale, perché l’espressione in genere usata nelle XII Tavole era *noxiam nocuit*. Sussiste, poi, un argomento, per l’autore, che rende assai improbabile che le dodici tavole contenessero una norma generale sul risarcimento dei danni, nella quale la fattispecie sanzionata venisse descritta con l’impiego del verbo *rumpere* o del suo derivato *rupitiae*, il fatto che, se l’interpretazione estensiva come *corrumpere* (D. 9, 2, 27, 13) del *rumpere* si fosse potuta basare sul corrispondente impiego del verbo *rumpere* o del suo derivato *rupitia* nel testo decemvirale, i giuristi non avrebbero mancato di notarlo.

⁹⁰ Altri autori hanno prospettato delle ipotesi, che, se pur suggestive, appaiono prive di dimostrazione: così M. VOIGT, *Die XII Tafeln*. I, Leipzig 1883, 721, che ricostruiva in tal modo il versetto: *si rupitias faxit vel alienum servum, quadrupedemve pecudem occeslit, noxiam sarcito*; VON LUBTOW, *Untersuchungen*, cit., 22 s., seguito da VALDITARA, *Damnum* ², cit., 4, ritiene che la norma sulle *rupitiae* avrebbe riguardato la *ruptio* del servo; E. POLAY, *Iniuria types in Roman Law*, Budapest 1986, 39, propone una lettura riguardante i soli *pecudes*: *rupitias si quis alterius pecudi iniuria faxsit, sarcito*.

⁹¹ pur tenendo conto anche delle glosse *noxia* ([no]xia, ut Ser. Sulpicius Ru[fus] ait, *damnum significat in XII. e sarcito* (sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare ‘damnum solvito, praestato’). Osservava DAUBE, *The Third Chapter*, cit., 3 ss., che quando è richiesto semplicemente il risarcimento, le XII Tavole parlano di *noxiam sarcire*, risarcire il danno. *Noxa* - che rimanda, però, indubbiamente, anche all’istituto della *noxae deditio*, prevista nel caso dell’*actio de pauperie* (D. 9, 1, 1 pr.), su cui infra, denoterebbe l’attuale danno o la mancanza prodotta che deve essere riparata; nei casi più seri, riparare il danno non è però abbastanza, ci deve essere in aggiunta una punizione, un dare, una spendita da parte di chi ha offeso. *Damnum decidere* significherebbe mettersi d’accordo non sull’entità della perdita, ma sull’ammenda da pagare. Per le XII Tavole dunque *noxia* sarebbe il danno attuale fatto a un oggetto o la perdita attuale prodotta portando via un oggetto, *damnum* un’ammenda consistente in una restituzione multipla, poena una multa fissa. *Damnum* nel senso di perdita incorsa alla vittima di un’offesa sarebbe stato introdotto dalla lex Aquilia e solo nel terzo caput. Di recente osserva GALEOTTI, *Ricerche*, cit., 19 ss., che non si può trarre l’esistenza di una norma generale de *damno* in Tab. VIII. 5 dalla combinazione delle glosse di Festo, se si tiene conto anche della glossa *noxia*, in quanto, dalla combinazione fra questa glossa e Lindsay 320: *Rupitias in XII significat damnum dederit*, avremmo, secondo la Galeotti la seguente concatenazione: *noxia=damnum, rumpere=damnum dare, rumpere=(noxia=damnum), dare rumpere=noxiam committere/nocere*. Il qui *rupit*, sarcito avrebbe allora valore analogo a qui *noxiam commisit* (nocuit), sarcito. Per l’autrice, se è plausibile che i termini *noxia* e *damnum* fossero

caput della *lex Aquilia* non prevedesse originariamente il *damnum iniuria datum* a schiavi e *pecudes*, tali danni, a parte l'*ossis fractio*, non risulterebbero sanzionati, stando alle norme che ci sono pervenute, sino alla successiva estensione del terzo *caput* in seguito all'*interpretatio*. Ma nelle prime testimonianze che possediamo di *interpretatio* della *lex Aquilia* si prende in considerazione proprio la *quasi ruptio* di schiavi e *pecudes* (D. 9, 2, 27, 22) e la *ruptio* di una *pecus* (D. 9.2.39 pr.) in caso di aborto, senza che tali beni siano, peraltro, distrutti.

I due passi, che vengono spesso esaminati congiuntamente dalla dottrina, presentano delle considerevoli differenze: oltre all'utilizzo da parte di Bruto del *quasi ruptio*, e di Quinto Mucio del *rumpere*, occorre rilevare che Bruto parla di una schiava⁹² e di una cavalla che in seguito a un pugno o a un colpo espellono il feto, Quinto Mucio pone l'accento sull'attività del proprietario del fondo volta a scacciare la cavalla, attività che sarebbe di per sé lecita, ma cessa di esserlo nel caso in cui egli usi le percosse o una condotta particolarmente veemente. Il caso prospettato da Quinto Mucio configura, diversamente da quello più generale di Bruto⁹³, una fattispecie di pascolo abusivo in un terreno altrui, ponendo dunque una serie di problematiche, inerenti, presumibilmente, ai rapporti tra vicini, non presenti nel passo di Bruto; gli animali potevano arrecare dei danni entrando nel campo altrui e il proprietario del campo poteva scacciarli, ma se, così facendo, provocava loro una *ruptio*, ne rispondeva ai sensi della *lex Aquilia*⁹⁴ se superava i limiti della causa di giustificazione. Il proprietario dell'animale, indubbiamente, aveva il dovere di sorvegliarlo, ma il proprietario del fondo, pur avendo il diritto di allontanarlo, doveva farlo con modalità tali da non causargli danni, trattandolo, come afferma Pomponio nel successivo paragrafo, come avrebbe fatto se fosse stato suo

- D. 9, 2, 39, 1: *Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat*⁹⁵.

equivalenti ai tempi di S. Sulpicio Rufo, non è detto che ciò fosse vero ai tempi dei decemviri, per i quali le sfere semantiche dei due termini non sembrano sovrapporsi del tutto, tanto che i sintagmi *noxiam sarcire* e *damnum decidere* designano una stessa situazione, ma valutata da poli opposti. Nell'uno, infatti, *noxia* è la perdita subita dall'offeso, mentre *damnum* designa la conseguenza cui è astretto l'offensore. Nello stesso senso, in precedenza, C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 199 nt. 146 e 147, per il quale *noxiam facere* è sinteticamente opposto a *damnum facere*, che significa subire una perdita, così come, sotto il profilo etimologico, la perifrasi *noxiam factam sarcire* è antitetica al decidere *damnum*, in cui si farebbe menzione non di una conseguenza negativa che ricade sul soggetto passivo dell'illecito, bensì di una conseguenza negativa, con ricadute sulla sfera personale dell'agente, della condotta tenuta da quest'ultimo. E' lecito per l'autore pensare a *noxia* come alla conseguenza negativa da illecito (da sanzionare) e a *damnum* come alla conseguenza negativa in funzione sanzionatoria che ricade – per volontà della civitas – entro la sfera di colui che va sanzionato.

⁹² Per BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 46 s., il riferimento alla schiava sarebbe, però, da eliminare per tre motivi: l'uso del termine *mulier*, il verbo *eicere* al singolare e il fatto che nella parallela ipotesi poi considerata da Q. Mucio in D. 9, 2, 39 pr. manchi il caso della schiava. Osservo in un mio precedente articolo, *Quasi ruptio, quasi rumpere*. Dalle XII Tavole ai Digesta, in «Min. Epig. Pap.» 2009-12 (2012) 8 ss., che il termine *mulier* viene adoperato in riferimento alla schiava in una pluralità di passi (si vedano, ad esempio, D. 9, 2, 9 pr., D. 41, 3, 44, 2, D. 42, 8, 25, 5), e che eiecerit al posto di eiecerint può essere dovuto ai noti problemi a livello paleografico. Quanto al fatto che il caso della schiava manchi nel passo di Q. Mucio, non mi pare si possa parlare di ipotesi parallela: difficilmente il giurista poteva riferirsi anche alla schiava, dal momento che prospetta l'ipotesi di una cavalla che viene scacciata dal fondo altrui nel quale stava pascolando.

⁹³ Per il Corbino, il fatto che Bruto si riferisca sia alla *mulier* sia all'*equa* mostra che non muove da un caso ma ipotizza un problema teorico. Il punto non sembra, peraltro, certo; oltre alla circostanza che non possediamo il responso di Bruto ma solo quanto riferisce Ulpiano, a me sembra difficile che un giurista risalente come Bruto possa avere affrontato il caso solo come problema teorico.

⁹⁴ V. anche E. GRÜBER, *The Roman Law of Damage to Property*, Oxford 1886.

⁹⁵ Per S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problemi della culpa*, Torino 1969, 133 ss., 306 ss., 354, mentre Q. Mucio richiede che venga superato il limite dell'eccesso doloso, Pomponio negherebbe la

4. Il proprietario del fondo dunque, secondo Pomponio, *habet proprias actiones* per i danni che l'animale può aver provocato. Vale forse la pena, prima di ritornare al parere di Quinto Mucio, di chiederci quali siano tali azioni; sappiamo che i danni arrecati dagli animali potevano essere sanzionati sin dalle XII Tavole con l'*actio de pauperie* e con una 'enigmatica'⁹⁶ *actio de pastu pecoris*

- Ulp. 18 ad ed. D. 9, 1, 1 pr.: Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre. 4. Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam 7. Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit
- Ulp. 41 ad Sab. D. 19, 5, 14, 3: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum⁹⁷

Nel caso cadano dei frutti dall'albero confinante nel fondo del vicino e questi immisso pecore depascat, secondo Aristone non può essere concessa alcuna legittima actio: né l'*actio de pastu pecoris*, né l'*actio de pauperie*, né l'*actio ex lege Aquilia*, ma si potrà agire in factum. La mancata concessione dell'*actio de pastu pecoris* sembra dovuta alla circostanza che gli animali hanno mangiato i frutti caduti nel fondo del loro dominus (*quia non in tuo pascitur*) il che indica che l'*actio* era esperibile solo in caso di pascolo abusivo nel fondo altrui. Per Aristone il proprietario dei frutti non può esperire neanche l'*actio ex lege Aquilia*; come è noto, *cessabit*

legittimità di qualsiasi eccesso. Per C.A. CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in «Labeo» 17 (1971) 64 ss., in part. 69, Q. Mucio affermava che il proprietario può cacciare l'animale intruso, ma 'col dovuto garbo', Pomponio indicava il perché del limite a tale comportamento, e precisava le modalità del comportamento lecito: occorre espellere l'animale soltanto con gli stessi mezzi che si utilizzerebbero per il proprio. Questa considerazione è notevole, secondo l'autore, perché è fatto riferimento alla *diligentia quam in suis* sia pure con uno scopo piuttosto diverso dal solito, in quanto normalmente la diligenza nei propri affari fornisce un'immunità dalla responsabilità e un debitore leggermente negligente nei propri affari non è soggetto in larga misura a una terza parte. Nel nostro caso l'espulsione è consentita in principio perché non è necessario tollerare il bestiame di qualcun altro, ma nel fare questo, nell'espellerlo, deve essere osservata la stessa diligenza che l'agricoltore usa col proprio bestiame.

⁹⁶ Così P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, Lyon-Paris 1915, 62 nt. 4.

⁹⁷ Vedi però anche Ulp. 24 ad ed. D. 10, 4, 9, 1: *Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet sive consumpta sit. Sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero. Ulpiano riporta il parere di Pomponio secondo cui nel caso i frutti siano caduti nel fondo del vicino si può esperire l'*actio ad exhibendum* se l'animale è stato immesso dolosamente nel fondo (immisso pecore) perché se ne cibasse; Ulpiano (o forse i compilatori) approva e precisa che questo vale anche se la glans consumpta sit. Se extat, si applicherà anche l'interdetto de glande legenda, in riferimento al diritto del proprietario di raccogliere i frutti che da un proprio albero (confinante) sono caduti nel fondo del vicino, recandosi in tale fondo a giorni alterni, come leggiamo nel noto tab. VII. 10. Plinius n.h. 16, 5, 15: *Cautum est – lege XII tab., ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.* (si vedano anche Ulp. 71 ad ed. D. 43,28,1: *Ait praetor: Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto. Glandis nomine omnes fructus continentur, Gai 4 ad l. XII Tab. D. 50, 16, 236, 1: Glandis appellatione omnis fructus continentur, ut lavolenus ait, exemplo graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρνα appellantur.*)*

*igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit*⁹⁸, perché l'animale non è capace di iniuria: *nec enim potest animal iniuria fecisse quod sensu caret*⁹⁹. Non è, inoltre, possibile esperire l'actio de pauperie¹⁰⁰, altra azione antichissima prevista dalle XII Tavole¹⁰¹; Aristone non spiega il motivo, che sembrerebbe da ravvisare nella mancanza del requisito che l'animale avesse tenuto un comportamento *contra naturam*¹⁰², in quanto tale non può essere qualificato il mangiare i frutti, e nella mancanza del requisito dello sconfinamento spontaneo dell'animale, in quanto dall'inciso *ego immisso pecore* si ricaverebbe un comportamento doloso o colposo del proprietario del gregge, che avrebbe spinto o almeno permesso agli animali di cibarsi delle ghiande¹⁰³.

⁹⁸ Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 5, 2.

⁹⁹ Ulp. 18 ad ed. D. 9, 1, 1, 3.

¹⁰⁰ Si vedano S. MONOSSOHN, *Actio de pauperie im System des römischen Noxalrechtes*, Berlin 1911; B. BIONDI, *Actiones noxales*, in «Annali Palermo» 10 (1925) 1 ss.; U. ROBBE, *L'actio de pauperie*, in «RISG» 7 (1932) 327 ss.; ID., s.v. *Pauperies*, in «NNDI» XII, Torino 1965, 730 ss.; J. KERR WYLIE, *Actio de pauperie*. Dig. Lib. IX, tit. 1, in Studi S. Riccobono, IV, Palermo 1936, 459 ss.; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 296 ss.; 458 ss.; E. CARRELLI, *Plinio Nat. Hist.* 18. 3. 12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII tavole, in «Annali Bari» n.s. 2 (1939) 3 ss.; A. VISCONTI, *Pauperiem facere* (note ai cc. 326 e 328 dell'Editto di Rotari e al tit. XV dell'Editto perpetuo), in Studi A. Solmi, I, Milano 1941, 155 ss.; B. NICHOLAS, *Liability for Animals in Roman Law*, in «Acta juridica» I (1958) 185 ss.; L. MÜLLER, s.v. *Pauperies*, in *Real-Enzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, suppl. 10, Stuttgart 1965, cc. 521 ss.; A. WATSON, *The Original Meaning of 'Pauperies'*, in «RIDA» 17 (1970) 357 ss.; J. MACQUERON, *Les dommages causés par des chiens dans la jurisprudence romaine*, in *Flores legum H.J. Scheltema obliti*, Groningen 1971, 133 ss.; J. MODRZEJEWSKI, *Ulpian et la nature des animaux*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano*. Roma 14-17 aprile 1973, I, Roma 1976, 177 ss.; B.S. JACKSON, *Liability for Animals in Roman Law: an Historical Sketch*, in «The Cambridge Law Journal» 37 (1978) 122 ss.; H. ANKUM, *L'a. de pauperie et l'a. legis Aquiliae dans le droit romain classique*, in Studi C. Sanfilippo, II, Milano 1982, 11 ss.; J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, «*Contra naturam*», in *Sodalitas*. Scritti A. Guarino, III, Napoli 1984, 1415 ss.; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Appunti in tema di danneggiamento causato da animali in diritto romano dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Roma 1994; EAD., *Ricerche sull'actio de pauperie*. Dalle XII Tavole ad Ulpiano, Napoli 1995; M. POLOJAC, *Actio de pauperie - domestic and wild animals*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*. Atti della 51^a Sessione della SIHDA, Crotone-Messina 16-20 settembre 1997, 1999, 463 ss.; EAD., *L'actio de pauperie ed altri mezzi processuali nel caso di danneggiamento provocato dall'animale nel diritto romano*, in «*Ius Antiquum*» VIII (2001) 81 ss.; EAD., *Actio de pauperie and Liability caused by Animals in Roman Law*, Belgrade 2003.; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*², Torino 2012, 338 ss.

¹⁰¹ Il Cannata cita la *pauperies* come esempio di danneggiamento non distruttivo che era rimasto in vigore dai tempi delle XII Tavole ed avrebbe pertanto potuto giustificare il fatto che la *lex Aquilia* non se ne occupasse, ma, oltre al fatto che nel caso di *pauperies* si tratta di danneggiamento provocato dall'animale e non all'animale, non sembra condivisibile che il danneggiamento da *pauperies* dovesse essere sempre non distruttivo

¹⁰² Si discute, come è noto, in dottrina se il requisito del *contra naturam* fosse già previsto nelle XII Tavole, se sia stato introdotto dalla giurisprudenza dei Severi oppure inserito dai giustiniani. P. F. GIRARD, *Les actions noxales*, in «NRH», 11 (1887), 409 ss., aveva ritenuto che l'actio de pauperie fosse concessa inizialmente per qualsiasi tipo di danneggiamento, e solo in un secondo momento fosse stata limitata ai comportamenti *contra naturam*. Per A. FLINIAUX, *Une vieille action du droit romain: l'action de pastu*, in *Mélanges Cornil*, I, Paris 1926, 245 ss., in part. 256 e ivi nt. 3, «cette distinction entre le dommage causé par l'animal secundum naturam et celui causé contra naturam n'a pu se dégager qu'à une époque où a été reconnu le principe de l'imputabilité, c'est-à-dire à la fin de la République». Per GIANGRIECO PESSI, *Ricerche*, cit., il *contra naturam* sarebbe di Ulpiano, in quanto, al periodo delle XII tavole, data l'accentuata rilevanza delle necessità correlate alla coltivazione della terra, è probabile che il danneggiamento da animale, comunque provocato, dovesse comportare il diritto del soggetto offeso al risarcimento. Per ROBBE, *L'actio de pauperie*, cit., 327 ss.; ID., s.v. *Pauperies*, cit., 731; KERR WYLIE, *Actio de pauperie*, cit., 471 ss.; BRANCA, *Danno temuto*, cit., 298 e nt. 2, si tratta di una rielaborazione giustiniana. Osserva di recente ONIDA, *Studi sulla condizione*, cit., 361 ss., che proprio nell'età arcaica, quando la concezione del diritto appariva fortemente intrisa di elementi sacrali e l'economia era prevalentemente agro-pastorale, vi erano già (e a maggior ragione) tutte le premesse per la formazione di un principio legato alla natura animalium.

¹⁰³ FLINIAUX, *Une vieille action*, cit., 256: «Pour ce qui est d'abord de l'actio de pauperie, c'est ce fait qu'elle se trouve nécessairement écartée toutes les fois que l'animal qui a causé le dommage a été poussé par un tiers à le commettre»; ROBBE, *L'actio de pauperie*, cit., 327 ss.; ID., s.v. *Pauperies*, cit., 730 ss.; J. KERR WYLIE, *Actio de pauperie*, cit., 518 s.: «The reason for the exclusion of the actio de pauperie is that here we have a case of non-natural pauperies and that the consumption of the fruits by the cattle was attributable to my act of immisso alone»; POLOJAC, *L'actio de*

Se nel caso previsto in D. 9, 2, 39 pr. Pomponio non intendeva probabilmente riferirsi all'esperimento da parte del proprietario del fondo dell'*actio de pauperie* per l'assenza del requisito del comportamento *contra naturam* e dello sconfinamento spontaneo dell'animale, occorre chiedersi se intendesse, invece, riferirsi all'*actio de pastu pecoris*. Tale azione sarebbe esperibile se non riteniamo la condotta del proprietario requisito necessario per l'esperimento dell'azione¹⁰⁴, e se riteniamo, con il Fliniaux¹⁰⁵ e la dottrina prevalente, che riguardasse non solo le pecore¹⁰⁶, ma più in generale il bestiame. Sembra di questo avviso anche quella parte della dottrina, sia risalente¹⁰⁷, sia recente¹⁰⁸, che parla di *actio de pastu* o di *actio de pastu* aggravata per il caso in cui il proprietario avesse portato il proprio bestiame a pascolare *noctu* e *furtim* nel terreno altrui, ricordato nelle XII Tavole secondo la testimonianza di

- Plin. n.h. 18,3,12: *Frugem quidem aratro quaesitam noctu furtim pavisse ac secuisse XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant, gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni*¹⁰⁹.

pauperie, cit., 81 ss.; GIANGRIECO PESSI, Ricerche, cit., 170 ss.; E. CAIAZZO, *Lex Pesolania de cane*, in «Index» 28 (2000) 279 ss., in part. 295 n.32, per la quale non si potrebbe esperire l'*actio de pauperie* "perché la causa dell'evento dannoso è da ricercarsi nell'azione del proprietario del gregge che spinge le pecore a cibarsi delle ghiande".

¹⁰⁴ Per la necessità della condotta del proprietario JACKSON, *Liability*, cit., 127: "on the basis of such scraps of information as have been preserved, it appears likely that only deliberate depasturation was actionable"; 137: l'*actio de pastu pecoris* "depended on proof of dolus, or assuming some liberality in the interpretation of immettere pecus, culpa". Per GIANGRIECO PESSI, Ricerche, cit., 170 ss., nell'identificazione o meno del comportamento dell'animale come causa dell'evento dannoso sarebbe da ritrovarsi l'elemento di differenziazione tra l'*actio de pauperie* e l'*actio de pastu*: nell'*actio de pastu* sarebbe necessaria la responsabilità dell'uomo in relazione al comportamento posto in essere dagli animali (la conduzione al pascolo abusivo) mentre nell'*actio de pauperie* si tratterebbe di un comportamento spontaneo dell'animale. Sembra ritenere necessaria l'immissio per l'esperimento dell'*actio de pastu* anche CAIAZZO, *Lex Pesolania de cane*, cit., 295 n.32, per la quale secondo Aristone non si potrebbe esperire tale azione perché mancherebbe l'immissio del proprio bestiame nel fondo altrui. Non del tutto chiara l'opinione di FLINIAUX, *Une vieille action*, cit., 263 s., il quale, da un lato, afferma, chiedendosi quali siano le proprie *actiones* cui allude Pomponio in D. 9.2.39.1 (che sta parlando della fattispecie descritta da Quinto Mucio), che "il s'agit de toutes les actions qui qui peuvent être intentées à l'occasion d'un dommage quelconque (et non pas seulement, croyons-nous, en vertu d'un dommage resultant du pastus) que des animaux peuvent commettre, alors qu'ils se trouvent sur le fonds d'autrui. Parmi ces actions figure au premier rang notre *actio de pastu* à la quelle il convient d'ajouter l'*actio de pauperie*, comme ce serait le cas, par exemple, si, sans provocation de la part de l'homme, l'animal avait blessé un autre animal appartenant au propriétaire du fonds, l'*action de la loi Aquilia* dans le caso où l'acte dommageable de l'animal a été provoqué par l'agissement d'un homme", dall'altro (281), che l'*actio de pastu* "implique nécessairement un acte du maître de l'animal, qui consiste dans le fait de pousser son troupeau: immettere pecus".

¹⁰⁵ Per FLINIAUX, *Une vieille action*, cit., 281 s., l'*actio de pastu* 's'applique à tous les animaux qui pascurant, c'est à dire qui se nourrissent normalment en pâturant (pecora, pecudes), par conséquent aussi bien à des quadrupèdes, comme les bœufs, les chevaux, les ânes, les mulets, les moutons, les chèvres, les porcs, qu'à des bipèdes, poulets, oies, etc'.

¹⁰⁶ In tal senso POLOJAC, *L'actio de pauperie*, cit.; v. anche *Actio de pauperie: anthropomorphism and rationalism*, in «Fundamina» 18.2 (2012) 119 ss.

¹⁰⁷ VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., 538, aveva parlato per il passo di Plinio di un caso di *pastu pecoris* aggravato; per CARRELLI, *Plinio Nat. Hist. XVIII 3 13*, cit., 1 ss., i decemviri avrebbero isolato un caso di *pastu pecoris* che, per le particolari circostanze in cui si era verificato, e per le più dannose conseguenze che aveva avuto, appariva di molto maggiore gravità, e in luogo della pena pecuniaria, avrebbero comminato la pena capitale.

¹⁰⁸ VALDITARA, *Damnum*², cit., 3 e ivi nt. 3; M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, in «RIDA» 58 (2011) 143 ss.

¹⁰⁹ L'antichissima norma che prevede l'uccisione di colui che *furtim frugem pavisse ac secuisse*, comportamento gravissimo e sanzionato nelle XII Tavole non solo con la morte ma anche con la consacrazione a Cerere, persegue, però, non solo la lesione di un interesse economico ma anche l'oltraggio alla divinità, dea della terra. La fattispecie è, indubbiamente, diversa rispetto a quella in cui gli animali si fossero introdotti spontaneamente nel terreno altrui, caso in cui, pur non conoscendosi la sanzione stabilita, doveva essere probabilmente applicata una pena pecuniaria. Molteplici le opinioni espresse in dottrina sulla qualificazione della fattispecie prevista, che sembra al confine fra il furto e il danneggiamento: mentre il Voigt aveva ritenuto che l'attività di *frugem pavisse concretasse* un caso di *pastu pecoris* aggravato e il *frugem secuisse* un caso di furto aggravato, il Karlowa parlava in tutti e due i casi di *damnum iniuria datum* con le stesse caratteristiche di quello in seguito previsto dalla *lex Aquilia*, per l'Huvelin, il

Se riteniamo che l'*actio de pastu* fosse riferita in generale al bestiame e non solo alle pecore, e fosse esperibile anche in caso di comportamento spontaneo dell'animale¹¹⁰, nel caso preso in esame da Quinto Mucio il proprietario del fondo avrebbe, dunque, potuto esperire l'*actio de pastu* se la cavalla avesse provocato dei danni, ma poteva essere convenuto con la *lex Aquilia* se, usando non solo la violenza, ma anche un *agere consulto vehementius* per allontanare l'animale, gli avesse procurato una *ruptio*. Avrebbe, infatti, superato, secondo Quinto Mucio, i limiti dell'esimente dell'esercizio del proprio diritto¹¹¹ non solo nel caso avesse usato le percosse ma anche un *agere consulto vehementius*, perché, percuotendo o agendo *consulto vehementius*, la sua condotta lesiva non poteva essere giustificata.

5. Dal passo di Quinto Mucio sembrerebbe, pertanto, ricavarsi non solo che il procurato aborto costituisca una *ruptio* della cavalla¹¹², ma anche che questa *ruptio* possa verificarsi, nel caso dell' *agere consulto vehementius*, in assenza del requisito del *damnum corpore datum*, considerato dalla dottrina prevalente in origine necessario per la concessione dell'*actio* diretta *ex lege Aquilia*. Il problema è stato ampiamente dibattuto in dottrina: per l'Albanese¹¹³ *aut consulto vehementius agisse* sarebbe stato aggiunto dai Compilatori perché Quinto Mucio non potrebbe aver pensato alla concessione di un'azione diretta indifferentemente nell'ipotesi del danno arrecato *corpore* (*si percussisset*) e nell'ipotesi del danno arrecato *non corpore* (*aut consulto vehementius egisset*)¹¹⁴. Mentre per altra parte della dottrina¹¹⁵ non sarebbe corretto

quale ritiene che l'informazione di Plinio possa derivare da Masurio Sabino, si tratta indiscutibilmente di un caso di furto, come provato dall'impiego dell'avverbio *furtim*, strettamente imparentato al termine *furtum*. Per il Mommsen si trattava in entrambi i casi di furto aggravato, l'unico caso, insieme al delitto di *fruges excantare* e *segetem alienam pellicere*, in cui le XII Tavole avrebbero colpito con pena pubblica il furto. Per il Carrelli occorre tener conto del fatto che il raccolto poteva essere mandato a male non solo immettendo il bestiame nel campo altrui e lasciandolo pascolare - nel qual caso, sia pure indirettamente, attraverso il nutrimento si sarebbe potuto parlare di una vera e propria apprensione dei frutti da parte del proprietario, e quindi di furto - ma anche quando l'animale immesso scorrazzando fra i solchi potesse fare danni ben maggiori che limitandosi a stare anche più a lungo al pascolo. Come nell'*actio de pastu pecoris* sarebbero rientrati tutti i danni che l'animale aveva compiuto pascolando, sia per il fatto di essersi nutrito dei frutti, sia per il fatto di essersi aggirato per il fondo producendovi danni vari, così doveva avvenire nei confronti di questa disposizione, con la quale si colpiva chiunque avesse volontariamente introdotto bestiame in un fondo altrui coltivato a cereali, sia che ciò venisse fatto con l'intenzione specifica di ricavarne un lucro, nutrendo il proprio gregge a spese del vicino, sia che ciò venisse fatto con l'intenzione specifica di mandare a male il raccolto. Per quanto riguarda l'ipotesi del *secuisse*, non è materialmente possibile, per l'autore, determinare se i decemviri se la siano prospettata tenendo particolarmente presente il caso di chi era andato a mietere spighe nel fondo altrui con l'intenzione di asportarle, di chi *fruges maturas subsecuit*, o il caso di chi era penetrato nel fondo altrui per mietervi un raccolto ancora in erba, con l'intento di impedire che il raccolto giungesse a maturazione; il delitto, sarebbe, però, in ogni caso, un delitto di danneggiamento. Pur non potendoci soffermare su questo aspetto, sembra importante sottolineare che non può trattarsi di due delitti distinti perché il testo parla di *pavisse ac secuisse*, dunque per realizzare la fattispecie dovevano essere tenute entrambe le condotte.

¹¹⁰ In tal senso CARRELLI, *Plinio Nat. Hist.* 18. 3. 12, cit., 4 ss.

¹¹¹ Per S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum II, I criteri di imputazione del danno tra lex e interpretatio prudentium*, Napoli 2016, 103, si tratta, invece, di un'ipotesi inquadabile come 'eccesso di difesa'.

¹¹² Per VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit., 271 s. e nt. 17, la discussione dei veteres ricordata testualmente da Pomponio non si incentrava sulle modalità di stima del danno, né tanto meno sulla considerazione del valore del puledro o del servo perduti, ma semplicemente sul fatto se si potesse considerare *rupta* la cavalla o la schiava onde applicarsi dunque il capo III della *lex*, nell'ambito di quella che appare ancora una pura *rei aestimatio*. Mi pare però che Quinto Mucio non discuta se possa considerarsi *rupta* la cavalla, circostanza che dà per scontata, ma piuttosto in quali casi scacciarla dal terreno possa considerarsi esercizio legittimo del proprio diritto e in quali no.

¹¹³ B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in «AUPA» 21 (1950) 5 ss.

¹¹⁴ FLINIAUX, *Une vieille action*, cit., 261 s., ritiene che *aut consulto vehementius egisset* o l'intera frase *si percussisset aut consulto vehementius egisset* non si trovasse nel testo originale di Quinto Mucio e sia stata introdotta dai Compilatori. (vedi anche per l'interpolazione S. RICCOBONO, *Communio e comproprietà*, in *Essays in legal History read before the International Congress of Historical Studies held in London in 1913*, Oxford 1913, 75 nt. 3). Per F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. G. NOCERA, Firenze 1968, 147 nt.1 (la nota non appare nella versione inglese), Bruto sembra avere interpretato più liberamente il *rumpere* del III *caput*, ma il passo è evidentemente alterato, perché il giurista doveva aver proposto un'*actio in factum*. VON LUBTOW, *Untersuchungen*, cit., 167 s.,

affermare che manchi il contatto *corpore*, in quanto *agere* detto di animali più che spaventarli per spingerli a correre via per proprio conto, designerebbe il condurli, cioè un diretto contatto fisico di tirare, spingere, pungolare, secondo una recente teoria¹¹⁶ occorrerebbe riconsiderare la stessa nozione di *damnum corpore datum*, con la quale i giuristi non si sarebbero riferiti, come tradizionalmente ritenuto, alla necessità di un contatto diretto e immediato tra offensore e bene offeso, ma all'assoluta certezza della riferibilità dell'evento al comportamento, 'che può estrinsecarsi sia attraverso una relazione materiale e diretta tra condotta ed evento, sia attraverso un comportamento che presenti nella sua realizzazione elementi idonei a ricondurre con immediatezza e certezza l'evento dannoso all'autore della condotta (*consulto* e *vehementius*)'¹¹⁷. Mi pare non si possano, però, escludere i sospetti di interpolazione su D. 9, 2, 39 pr. avanzati dall'Albanese, il quale aveva ritenuto che i Compilatori, nel loro lavoro di eliminazione della distinzione classica fra danni dati *corpore* e *non corpore* e della connessa *actio utilis*, avrebbero soppresso anche nel nostro passo ogni accenno al regime classico, ma anziché procedere, come negli altri casi, alla sostituzione dell'*actio utilis* con quella *in factum*, avrebbero ricompreso più sbrigativamente sotto la generica tutela della *lex Aquilia* anche il caso del danno *non corpore* costituito dall'allontanamento violento dell'animale, ma senza materiale contatto. Tali sospetti appaiono avvalorati anche dal contrasto che sembra emergere tra il passo di Quinto Mucio e il noto passo in cui Gaio afferma che viene concessa un'*actio utilis* quando il danno non è dato *corpore suo*, ma *alio modo*, includendo tra gli esempi quello in cui *iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur*:

- Gai 3, 219: Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum nomine aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur....

suppone che Mucio abbia concesso l'actio directa per l'ipotesi delle percosse e l'actio utilis per il vehementer agere e che i rielaboratori abbiano soppresso il riferimento all'actio utilis.

¹¹⁵ Così SCHIPANI, Responsabilità, cit., 134 ss. Per P. ZILLOTTO, L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum, Padova 2000, 194 ss., si concede l'actio legis Aquiliae in assenza di un rapporto di causalità immediata fra condotta ed evento lesivo sulla base della considerazione dell'elemento soggettivo – consulto – cioè sull'esistenza dell'iniuria

¹¹⁶ PIRO, Damnum corpore suo, cit., 72 ss. Per F. LA ROSA, Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia, in «Labeo» 44 (1998) 366 ss., in part. 375 s., il damnum corpore datum previsto dalla lex Aquilia è un danneggiamento compiuto con atti di violenza fisica.

¹¹⁷ Con l'espressione *consulto vehementius agere* si sottolineerebbe, pertanto, l'illiceità del comportamento ravvisata in un incitamento volutamente eccessivo, sproporzionato per intensità e veemenza rispetto al fine di espellere la cavalla dal fondo. Per BIRKS, Doing, cit., 39 nt. 25, 'D. 9.2.39 may reveal, in the word *consulto*, that early on a jurist might allow intent to filter into the question whether the defendant had done the arm'. Secondo BIGNARDI, Frangere e rumpere, cit., 53 ss., anche per Quinto Mucio, come per Bruto, è solo dalla connotazione violenta del comportamento che sorge la responsabilità. Tuttavia, nel parere di Mucio sono presenti punti di riferimento che non coincidono con quelli ai quali si era riallacciato Bruto, che denunciavano avvenuta (o in fieri) una profonda evoluzione sia nel modo di intendere la legge, sia in ordine al significato o alla funzione degli elementi richiesti, in particolare per quanto riguarda il modo di intendere la funzione svolta dal termine iniuria. La risposta di Quinto Mucio pone sullo stesso piano percutere e *consulto vehementius agere*; mentre con percutere il giurista si muove nell'alveo interpretativo che già si era colto in Bruto, con *consulto vehementius agere* dimostra di operare anche e parallelamente secondo un nuovo criterio di valutazione. Il *rumpere iniuria* non deriverebbe più solo dalla natura violenta del comportamento, ma si identificerebbe in una condotta che seppure non connotata dalla violenza, è volutamente tenuta anche quando, in relazione alla situazione specifica, è idonea a provocare un danno qualificabile come *ruptum*. Il *consulto vehementius* riferito all'agere sposterebbe sul piano dell'atteggiamento psicologico il carattere illecito che nel percutere è insito nella condotta; l'alternativa prospettata da Quinto Mucio conterrebbe già, seppure in nuce (ma vedi D. 9, 2, 31 pr.) quello spostamento dell'interpretazione di iniuria dal piano oggettivo a quello soggettivo.

Una parte della dottrina ritiene però che Gaio e Quinto Mucio, pur usando espressioni simili, potrebbero non riferirsi alla stessa fattispecie¹¹⁸, in quanto in Gai 3, 219 non si fa alcun cenno all'espulsione del feto da parte di una cavalla, ma solo al danneggiamento consistente in una *ruptio* del cavallo (*iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur*) dovuta ad un'attività che potrebbe, diversamente da quella *consulto* esaminata da Quinto Mucio, consistere anche semplicemente, come ritiene lo Schipani¹¹⁹, nell'aver sfiancato l'animale, nell'averlo fatto correre così tanto da provocargli una *ruptio*.

Se dubbi permangono sull'esistenza del requisito del contatto *corpore* nella fattispecie dell'*agere consulto vehementius* prospettata da Quinto Mucio, tale requisito, tradizionalmente inteso, potrebbe, peraltro, essere considerato mancante anche nel caso preso in esame da Bruto, se riteniamo, seguendo la tesi proposta dalla Bignardi, e poi accolta dal Cannata, che egli considerasse oggetto *ruptum* il feto; ipotesi che viene, però, oggi respinta con decisione sia dal Corbino sia dal Valditara, per i quali sia Bruto sia Quinto Mucio affrontano senza dubbio il problema dal punto di vista di una *ruptio* causata alla donna o alla cavalla. Appare allora, forse opportuno riprendere in considerazione la tesi della Bignardi, la quale, partendo dall'idea che l'oggetto *ruptum* per Bruto fosse il feto, osservava che il giurista ben poteva porsi, valutando l'ipotesi dell'aborto, nella prospettiva di considerare il feto sotto la specie di un bene futuro, tenendo conto del noto

- Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7, 1, 68 pr.: *Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius*¹²⁰

¹¹⁸ Ritiene, invece, si tratti della stessa fattispecie A. CORBINO, *Actio directa, actio utilis e actio in factum* nella disciplina giustiniana del danno aquiliano, in Studi G. Nicosia, III, Milano 2007, 1 ss., in part. 23, per il quale anche in D. 9, 2, 27, 22 e D. 9, 2, 39 pr. è oggetto di considerazione la corruzione di un animale a seguito dello sforzo al quale è stato sottoposto, che Gaio in 3, 219 comprendeva tra i casi che davano luogo all'actio utilis. Difficilmente, pertanto, i nostri passi potrebbero essere intesi da un punto di vista giustiniano come riferiti ad un'azione diversa da quella utile, come indicherebbero la presenza del quasi per Bruto e del *vehementius agere* per Q. Mucio, che discutevano probabilmente in termini di semplice concessione o diniego dell'azione diretta, che Bruto sembrerebbe avere accordato in virtù di un'assimilazione *tout court* del fatto in oggetto al *rumpere* legislativo, e Q. Mucio sulla base di un'assimilazione limitata all'ipotesi di un carattere violento dell'azione. La concessione nella fattispecie di un'actio utilis sembrerebbe la conseguenza di una mediazione successiva, poi accolta dalla giurisprudenza in età imperiale (come sembrerebbero indicare l'allusione alla fattispecie già nel testo gaiano *iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur* – e il conforme inquadramento che ne avrebbero poi fatto i compilatori in I. 4, 3, 16).

¹¹⁹ Per SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 134 ss., il contrasto fra i due passi non sarebbe, peraltro, determinante: perché in Gaio si considera un'ipotesi di *rumpere* costituita dallo sfiancare l'animale, mentre il *rumpere* di Quinto Mucio è in stretta connessione con il precedente costituito da D. 9, 2, 27, 22, che avrebbe operato 'la sussunzione del fatto abortito all'interno del concetto legislativo del *rumpere*'. I due fatti sarebbero, quindi, diversi: quello considerato da Quinto Mucio non sarebbe uguale a quello "prospettato come paradigmatico esempio di applicazione dell'actio utilis", a proposito del quale, comunque, da un lato si potrebbero riaprire dubbi sull'interpretazione dell'altro modo, dall'altro si potrebbe osservare che il nesso materiale con la condotta, anche se questo implicasse un contatto fisico con l'animale, sarebbe elastico ed aperto a diverse interpretazioni. Si veda, anche, S. SCHIPANI, *Lex Aquilia, culpa. Responsabilità*, in F. MILAZZO (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana* (Atti del Convegno di diritto romano – Copanello 1990), Napoli 1992, 133 s.

¹²⁰ Ritiene VALDITARA, in tema, cit., 204 nt. 51, che nulla abbia a che vedere con il tema in questione D. 7, 1, 68 pr., perché si presuppone che il concepito sia già nato. Sembra, peraltro, evidente che né nel saggio della Bignardi, come risulta da quanto riportato in testo, né nel mio, *Quasi rupto*, cit., 8 ss., in part. 13, richiamato dal Valditara, si intendesse che in D. 7, 1, 68 pr. e D. 9, 2, 27, 22 si prenda in considerazione lo stesso caso. Come mette in evidenza la Bignardi (42) D. 7, 1, 68 pr. 'è prova che Bruto aveva ben presenti i problemi relativi alle vicende legate alla riproduzione di persone o animali oggetto di dominio. E anche se in questa occasione l'ipotesi prospettata riguarda non il feto ma il già nato, ciò non di meno risulta con sufficiente chiarezza che la prospettiva secondo la quale si muove il giurista è quella di considerare comunque il concepito come un

Per la Bignardi Bruto avrebbe qualificato l'evento per mezzo del verbo tipico della legge, collegandolo direttamente al sorgere della responsabilità: il danno, morte del feto, sarebbe direttamente riferito al comportamento, e stabilendo con *teneri quasi rupto* <fetu> (seguendo lo scolio attribuibile secondo Heimbach all'indice di Doroteo¹²¹) una correlazione diretta fra l'evento e il riconoscimento della responsabilità, si sarebbe posto l'accento sull'esito finale al quale collegare la condotta. Appare allora opportuno esaminare

- Bas. 60, 3, 27 (A VIII, 2758 Sch): Ὁ πλήξας δούλην ἢ φοράδα καὶ παρασκευάσας ἀμβλῶναι ὑπόκειται τῷ Ἀκουιλίῳ (V,295 Heimb.): *Is, qui percutit ancillam vel equam, atque ita efficit, ut abortum faciat, tenetur Aquilia*

e lo

- sch. 132 ad Bas. 60, 3, 27 (B VIII. 3135 Sch.): Δωροθέου. Ἐὰν δούλη ἢ φορβάς μου παρὰ σοῦ πληγεῖσα ἀμβλώσῃ, ἔλεγεν ὁ βροῦτος τῷ Ἀκουιλίῳ σε κατέχεσθαι ὡσανεὶ φθαρέντος τοῦ εμβρύου. (V. 295 Heimb.) *is, qui percutit] Dorothei. Si ancilla vel equa mea a te percussa abortum fecerit, Brutus dicebat te Aquilia teneri, quasi rupto foetu.*

Doroteo intende, dunque, *quasi rupto* come ὡσανεὶ φθαρέντος τοῦ εμβρύου. Per la Bignardi, alla luce di quanto lo stesso Bruto afferma in D. 7, 1, 68 pr., sia pure espresso a diverso proposito, il *quasi*, usato come il greco ὡσανεὶ - quindi nel senso di 'quasi' e non nel senso di 'in quanto' - potrebbe essere dovuto alla natura peculiare del bene distrutto, bene solo potenziale: l'eliminazione di un bene, ancora non venuto in essere, non poteva essere indicata come un *ruptum*, ma come un *quasi ruptum*. Come evidenziava il Cannata nel suo primo lavoro¹²², l'oggetto *ruptum* potrebbe essere la cavalla¹²³, ma anche, basandosi sullo scolio di Doroteo, il feto, 'non considerato essere umano o *pecus*, ma cosa autonoma rispetto alla madre'¹²⁴. L'autore in un primo tempo aveva preferito la prima soluzione, ma in seguito, dopo le osservazioni della Bignardi¹²⁵, ha cambiato parere, ritenendo che l'oggetto *ruptum* non potesse essere la cavalla (o la schiava), alla quale non sarebbe applicabile il primo *caput* della *lex Aquilia* perchè non è stata uccisa, e neanche, secondo la sua teoria, il terzo, in quanto non fa parte delle *ceterae res* e non è stata *rupta*, cioè eliminata mediante *ruptio*, ma il feto, parte della madre e allo stesso tempo *res* autonomamente individuabile. La diffusa considerazione del feto - nel pensiero giurisprudenziale - come parte della madre, come *portio viscerum* esclude, invece, per il Corbino e per il Valditara, la possibilità che si vedesse il danno nel feto perduto; anche per il Corbino, se in discussione fosse stata la soppressione del feto, la questione avrebbe riguardato non una ipotesi di *ruptio* ma un'ipotesi di *occisio*, in particolare una morte 'occasionata'¹²⁶. Non si può, però, mancare di rilevare che l'aborto, anche posto in essere in maniera

bene'. Bruto potrebbe aver ritenuto il concepito come un bene futuro, 'un bene, in relazione al quale si dovevano definire e determinare le aspettative giuridiche ed economiche, anche se autonomamente solo dopo il distacco dalla madre', usando le parole della Bignardi.

¹²¹ F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen 1996, 51, non ha dubbi sull'attribuzione dello scolio a Doroteo: per l'autore l'interpretazione data nello scolio di Doroteo sembra, peraltro, 'inconsistent' con D. 9, 2, 39 pr., con quanto affermato da Mucio.

¹²² CANNATA, Sul testo, cit., 25 ss.

¹²³ e allora l'espressione *quasi rupto*, maschile o neutra, andrebbe intesa come generale e corrispondente a 'in quanto vi è stato un rumpere', realizzando il provocato aborto un ferimento della madre, e vedendo il ferire come un rumpere.

¹²⁴ L'autrice riteneva non insormontabili le ragioni che avevano indotto il Cannata inizialmente a rigettare tale interpretazione - e cioè che Bruto avrebbe dovuto ritenere il feto una cosa autonoma rispetto alla madre, o comunque non appartenente al *genus materno* - e che il collegamento di *rumpere* con il feto diluirebbe il nesso di causalità sul quale poggia la responsabilità *ex lege Aquilia*.

¹²⁵ BIGNARDI, *Frangere e rumpere*, cit., 11 ss.; EAD., Gai 3.219 e il principio del *damnum corpore datum*, in «AG» 220 (2000) 487 ss.

¹²⁶ Per Cannata Bruto avrebbe potuto anche ritenere che il feto, entità vivente, fosse stato in realtà ucciso, e considerare applicabile il primo capo della *lex Aquilia*, ritenendo il feto un cavallo, ma preferì un'impostazione che 'non impli-

volontaria da una donna libera, non è mai stato considerato in epoca classica come un omicidio, in quanto il feto non è sino alla nascita un uomo¹²⁷, sia che lo riteniamo un'entità dotata di una sua autonomia anche durante la gravidanza, un'entità già *in rerum natura*, sia che lo consideriamo solo una *pars matris*¹²⁸.

6. L'ipotesi che l'utilizzo da parte di Bruto del *quasi rupto* possa essere dovuto alla mancanza del contatto *corpore* viene in qualche modo rafforzato dal fatto che lo stesso sintagma viene utilizzato nello stesso senso all'interno dello stesso frammento tratto dal 18° libro *ad edictum*, nel §24, in cui Ulpiano riporta il parere di Viviano

cava alcuna valutazione forzata della realtà, perchè il feto non è un cavallo in quanto, fino alla nascita, non è un essere autonomo rispetto al corpo della madre.

¹²⁷ Se, per il Corbino, non può negarsi che l'aborto comporti la perdita di un'utilità legata alla cosa colpita, lo è però solo come spes, e rappresenta cioè un lucro cessante. Bruto avrebbe, allora, non solo ritenuto già rilevante il danno da lucro cessante ma anche considerato tale un lucro dipendente da un fatto incerto come la nascita e non stimabile anche per la ulteriore incertezza – sesso e caratteristiche individue – del bene considerato. Non si comprenderebbe, per l'autore, come per Quinto Mucio l'aborto potrebbe essere divenuto un evento di sicura rilevanza aquiliana, in quanto la considerabilità del lucro cessante sotto il profilo aquiliano sarebbe stato un problema aperto anche alcuni secoli dopo. E', inoltre, impossibile, per l'autore, che Bruto si sia limitato (senza che il testo vi accenni) ad una parte delle conseguenze materiali del comportamento descritto (la perdita del feto) e Quinto Mucio all'altra (i danni alla madre), essendo tali conseguenze in entrambi i casi necessariamente la perdita del feto (aborto) e le collegate lesioni alla cosa madre. Se Bruto in D. 9, 2, 27, 22 sembra partire dal presupposto che il feto fosse morto o avesse subito dei danni, nel caso, invece, la gestazione si fosse trovata ad un stadio avanzato, si sarebbe potuto verificare un parto prematuro e il nato sarebbe potuto sopravvivere senza subire alcun danno, così come la madre (parla solo di parto prematuro F.M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*, Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de danno, Bari 2000, 66; ritiene di recente GALEOTTI, *Ricerche I*, cit., 244, che il responsum non muterebbe nel caso di un parto prematuro). Anche Quinto Mucio, il quale ritiene che l'oggetto ruptum sia la cavalla, parte dal presupposto, nel caso esaminato, che il feto sia morto o la cavalla abbia, comunque, subito dei danni, ma se il feto fosse, invece, nato vivo, e la madre non avesse riportato altri danni, potrebbe non verificarsi alcun danneggiamento e conseguente danno economico.

¹²⁸ La convinzione della dottrina dominante che il feto fosse considerato dai giuristi romani solo una *portio mulieris* si basa principalmente, come noto, su Ulp. 24 ad ed. D. 25, 4, 1, 1: *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti, e Pap. 19 quaest. D. 35, 2, 9 pr. - 1: In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior. Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. P. CATALANO, Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas), in *Rassegna di diritto civile*, 1988, I, 45 ss., ora in *Diritto e Persone, Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino 1990, 195 ss., ha, peraltro, sostenuto che i due passi rappresentano solo delle eccezioni, convenientemente motivate, al principio di carattere generale della parità del concepito e del nato. Osservavo in un mio precedente articolo, *Conceptus pro iam nato habetur*, cit., 217 ss., che i due passi si limitano ad affermare che durante la gravidanza il feto non può essere preso in considerazione riguardo agli effetti di cui ci si sta occupando, e cioè la possibilità che la moglie divorziata possa attivare le procedure del *senatusconsultum de liberis agnoscendis* dopo aver dissimulato o negato di essere incinta e la possibilità che il figlio della schiava *nondum editus* possa accrescere l'eredità ai fini dell'applicazione della Falcidia. Ulpiano, con la nota frase *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*, alla quale si è da più parti ritenuto di poter attribuire valore decisivo, afferma semplicemente che il concepito, prima della nascita, non può essere esibito al padre, perché non è materialmente ancora venuto alla luce: solo dopo la nascita, il padre potrà domandare che il figlio *exhiberi sibi aut ducere permitti*. Non si può, d'altro canto, non tener conto della circostanza che in numerose fonti classiche il concepito è considerato già *in rerum natura*, e non solo per il suo *commodum*, come ritenuto dalla dottrina più risalente (si veda per tutti E. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, in *Studi*, I, Milano 1933, 1 ss.) Così nel noto D. 1, 5, 26, nel quale Giuliano riferisce il principio qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse non solo al concepito da una madre libera catturata dai nemici, ma anche al concepito da un'ancilla furtiva, già considerato in rerum natura durante la gravidanza. Se non si può, dunque, negare che il concepito, non solo da donna libera ma anche da schiava, sia per Giuliano in rerum natura, non si può neppure negare che solo con la nascita il concepito può acquistare determinati diritti.*

- Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 27, 24: Si navem venaliciarum mercium perforasset, Aquiliae actionem esse, quasi ruperit, Vivianus scribit

Una nave che trasporta *venaliciarum mercium* viene perforata; per Viviano si può concedere l'*actio Aquiliae, quasi ruperit*. Si discute in dottrina se il *rumpere* riguardi la nave o le merci; mentre l'Albanese¹²⁹ aveva ritenuto verosimile che l'espressione si riferisse alle merci che, in seguito al buco fatto nella nave, erano andate perdute, per il Musumeci¹³⁰ il danno era stato arrecato direttamente alla nave; per l'autore Viviano potrebbe avere inteso il *rumpere* come *corrumpere*, ma potrebbe anche averlo inteso nel senso originario, o perché ai suoi tempi il *rumpere* non era ancora equiparato al *corrumpere*, o perché potrebbe seguire ancora l'orientamento di quella minoranza di giuristi che sarebbero rimasti aderenti all'interpretazione tradizionale del *rumpere* aquiliano: poiché la nave era stata danneggiata, ma non distrutta, anche Viviano avrebbe operato, come Bruto, una forzatura interpretativa, considerando l'azione come se fosse ricompresa nel *rumpere* aquiliano. Sembra, però, poco probabile che ai tempi di Viviano la condotta di *rumpere*, per poter essere qualificata tale, dovesse portare alla distruzione del bene e non solo al suo danneggiamento. In tal senso si è espresso anche il Cannata, il quale, pur ritenendo che in origine il terzo *caput* della *lex Aquilia* comprendesse solo i casi in cui il bene veniva distrutto, sostiene che già ai tempi di Quinto Mucio esso comprendesse ogni caso di danneggiamento. Più probabile, dunque, che il problema fosse quello del danneggiamento delle merci e non della nave, che, essendo stata perforata, era stata indubbiamente *corrupta* e, in tal caso, Viviano, e a maggior ragione Ulpiano, avrebbe parlato di *rumpere* e non di *quasi rumpere*. Se Viviano si stava occupando dell'esperibilità della *lex Aquilia* relativamente al danneggiamento o alla distruzione delle merci, come farebbe pensare la precisazione che si tratta di una *navis venaliciarum mercium*, il *quasi ruperit* potrebbe essere dovuto alla mancanza di un nesso diretto tra la condotta consistente nella perforazione della nave e il danneggiamento delle merci in essa contenute, e, quindi, alla mancanza, anche in questo caso, del contatto *corpore*.

Pur non potendoci in questa sede soffermare dettagliatamente sull'esegesi dei singoli passi in cui compare il sintagma *quasi ruperit* o *quasi rupto*, a me sembra che con esso si intenda motivare la concessione della tutela aquiliana in casi nei quali la fattispecie non appariva esattamente riconducibile, quale ne fosse di volta in volta la ragione, a quella tipica del *rumpere*. Il Musumeci aveva ritenuto che Ulpiano, considerando ormai pacifico il *rumpere* come *corrumpere* e applicabile il terzo *caput* della *lex* anche ai danneggiamenti non distruttivi arrecati a schiavi e *pecudes*¹³¹, avrebbe utilizzato il *quasi rupto* con funzione esplicativa, nel senso di 'in quanto', mentre Bruto, che difficilmente poteva equiparare il *rumpere* al *corrumpere*, essendo vissuto in un'epoca abbastanza vicina a quella della emanazione della *lex Aquilia*, avrebbe utilizzato l'espressione non nel senso di 'in quanto', ma nel senso di 'come se', fin-

¹²⁹ ALBANESE, Studi, cit., 201 ss.

¹³⁰ MUSUMECI, Quasi ruperit, cit., 363 ss.

¹³¹ Il caso in questione sarebbe rientrato agevolmente nell'ambito di tale *caput*, perché il pugnus e l'ictus avevano provocato nella schiava e nella cavalla 'una sicura alterazione organica'. Era andato distrutto il feto, ritenuto parte della madre; la schiava e la cavalla avevano, dunque, subito una lesione fisica, un *corrumpere*, con conseguente danno economico (probabile diminuzione di valore, spese di cura, mancato acquisto dello schiavo o del puledro). Anche il Musumeci aderisce, dunque, alla tesi secondo cui in origine il terzo *caput* della *lex Aquilia* avrebbe fatto unicamente riferimento ad azioni che avessero provocato la distruzione delle *ceterae res*. Successivamente, specialmente in connessione con l'interpretazione, operata dai giuristi, del *ruperit* nel senso di *corruerit*, la casistica che finì per ricadere sotto il regime della *lex Aquilia* sarebbe risultata assai più ampia, includendo anche i danneggiamenti non distruttivi. Il risultato finale è per il Musumeci che si aveva *corruptio* di un bene tutte le volte che fosse rimasto danneggiato a causa di una qualsivoglia alterazione materiale, ovvero a causa solo di una sua alterazione funzionale purché definitiva.

gendo che il comportamento fosse, di per sé, riconducibile al *rumpere*¹³². Tale opinione si presta all'obiezione che Ulpiano - a meno che non si pensi che abbia utilizzato il *quasi* solo perché l'aveva trovato in Bruto - avrebbe, allora, dovuto utilizzare il *quasi* anche negli altri casi in cui faceva riferimento al *corrumpere* al posto del *rumpere*; dal momento che le fonti depongono diversamente, non sembra verosimile possa essere questo il motivo dell'utilizzo del *quasi* in D. 9,2,27,22.

7. Il Corbino, per il quale il *rumpere* si doveva riferire in origine solo ai danneggiamenti distruttivi e permanenti, ritiene però che il dubbio espresso da Bruto in D. 9, 2, 27, 22 potrebbe essere dovuto al fatto che nell'aborto si avevano fatti lesivi che, se anche distruttivi, erano temporanei, perché la particolare natura della cosa che le subiva, un essere vivente, ne consentiva anche 'il riassorbimento'¹³³. Bruto non avrebbe esteso il *rumpere* in *corrumpere*, ma avrebbe riflettuto sul fatto che il legislatore, accompagnando il verbo *rumpere* con i verbi *urere* e *frangere*, avrebbe mostrato di voler dare rilevanza anche a lesioni come quelle provocate dal fuoco o consistenti in effrazioni che non comportavano necessariamente l'eliminazione fisica della cosa e potevano non determinare una 'irreparabilità materiale' del danno causato: sarebbe rilevata anche la perdita che si verificava quando la cosa, pur conservando esistenza, 'mutava funzione economica'. L'aborto, che per l'autore determina lesioni materiali come le ferite o inabilitanti come lo spossamento, non irreversibili, e dà luogo anche, a causa della perdita del feto, ad un "deprezzamento solo temporaneo della cosa", causa sempre, dunque, lesioni che, a differenza di quelle che derivano dal *rumpere* (anche nella più lata accezione di *corrumpere*) sono temporanee, allo stesso modo delle lesioni conseguenza di un *urere* o *frangere* che potevano non impedire un ripristino di funzione, talora spontaneo, talora ottenuto attraverso opportuni interventi. La circostanza, di cui nessuno dubita, che le tre condotte di *urere frangere rumpere* fossero previste nel dettato originario del terzo *caput*, mi pare mostri, peraltro, che sin dall'inizio non vi era l'intenzione di prendere in considerazione solo i danneggiamenti distruttivi, in quanto non si rilevano differenze tra le condotte di *urere frangere* e quella di *rumpere* circa la possibilità di provocare un deterioramento del bene che non consista in una lesione permanente. Inoltre la circostanza che il *frangere* non provochi necessariamente danni distruttivi sembra avvalorata dal fatto che l'*ossis fractio* sin dai tempi delle XII tavole può indicare anche un danneggiamento non irreparabile; la spiegazione del Corbino per l'utilizzo del *quasi* in D. 9, 2, 27, 22 non sembra, pertanto, convincente.

Una spiegazione diversa per il *quasi ruptum* era stata addotta dal Cannata nell'analisi congiunta di D. 9, 2, 27, 22 col successivo D. 9, 2, 27, 23: *et si mulum plus iusto oneravit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore*, utilizzati da Ulpiano rispettando il diverso modo in cui erano enunciati, in funzione di una conclusione di più vasta portata, per la quale entrambi fornirebbero argomento. La scelta di Bruto di impennare entrambe le soluzioni sul *rumpere* sarebbe una scelta consapevole, in quanto egli identifica il membro fratturato come *ruptum*, quando, secondo la terminologia delle XII Tavole, l'avrebbe dovuto qualificare come *fractum*¹³⁴: anche se la zampa del mulo, contrariamente al feto, è una parte integrante del mulo, non ha alcuna traccia di una propria individualità, quel che verrebbe giuridicamente in considerazione sarebbe la *ruptio* della zampa, *cetera res*, e non la *ruptio* del mulo. La considerazione della zampa come una *cetera res*, che suscita forti perplessità, come già osservato dal Musu-

¹³² Questa forzatura ermeneutica avrebbe operato direttamente sulla qualificazione dell'azione lesiva, che, grazie ad essa, pur non avendo carattere distruttivo e pur riguardando una schiava ed una pecus, sarebbe stata assimilata alle azioni lesive realmente riconducibili al *rumpere* aquiliano.

¹³³ CORBINO, *Lex Aquilia*, cit., 162.

¹³⁴ non si vede, peraltro, perché le XII Tavole in questo caso avrebbero dovuto parlare di *os fractum* e non di *membrum ruptum*.

meci¹³⁵, è stata di recente accolta dalla Galeotti¹³⁶, per la quale come *pars* del mulo, la zampa è 'altro' rispetto all'animale intero, così come il feto è una *res* altra rispetto alla madre, dunque entrambi sono riconducibili alle *ceterae res*, le uniche, anche a suo avviso, previste nel dettato originario del terzo *caput* della *lex Aquilia*. Il ragionamento di Bruto in D. 9, 2, 27, 22 - 23 può essere, per l'autrice, così ricostruito: il feto è una *res* altra rispetto alla madre, tanto che la sua *ruptio* costituisce una lesione di per sé rilevante, valutabile al momento dell'espulsione; giacché innestato nell'*equa* o nella *mulier*, tuttavia il *fetus* ne costituisce una *pars* e come tale dovrà essere valutato, a causa della sua natura non commerciabile. La somma da corrispondere al *dominus* dovrà pertanto essere calcolata misurando l'incidenza che la sua perdita ha avuto sul valore della *serva* o della *pecus*. Per quanto riguarda la zampa del mulo, come *pars* dello stesso, anche essa è altro rispetto all'animale intero, dunque riconducibile alle *ceterae res* di cui tratta il terzo *caput*; poiché l'arto (o l'organo) leso può essere valutato economicamente solo come *pars rei*, in un momento successivo la giurisprudenza avrebbe dato per acquisita la regola secondo la quale rientrava fra i casi contemplati nel terzo *caput* della legge anche il ferimento delle *res se moventes* tutelate dal primo. A me pare che il caso della perdita del feto e della rottura della zampa siano diversi, perché il feto può essere separato dalla madre senza che questa ne venga danneggiata, mentre non altrettanto può dirsi per la zampa del mulo, che, diversamente dal feto, è indubbiamente una *pars rei*.

Conclusioni. Alla fine di questa disamina rimangono sicuramente aperti alcuni interrogativi, in primo luogo riguardo la previsione originaria del terzo *caput* della *lex Aquilia*. Si è visto, infatti, che esso, secondo i testi che ci sono pervenuti, prevedeva ogni *ceterum damnum*: il *rumpere frangere urere* sia schiavi e *pecudes* sia cose inanimate, mentre la dottrina oggi maggioritaria lo ritiene limitato ai soli danneggiamenti distruttivi delle *ceterae res*¹³⁷. Nessuna fonte parla, peraltro, di un'attività interpretativa volta ad estendere il significato di *rumpere* come distruzione delle *ceterae res* al danneggiamento di schiavi e *pecudes*, mentre i passi più risalenti parlano, invece, della possibilità di allargare il significato di *rumpere* relativo a schiavi e *pecudes* per comprendervi ipotesi originariamente non previste, come il caso dell'aborto.

Per quanto poi riguarda l'uso in Bruto di *quasi rupto* e in Quinto Mucio di *rumpere* (*quia equam ruperat*), una spiegazione potrebbe forse essere trovata nella circostanza che per Bruto, così come sostengono la Bignardi e il Cannata, l'oggetto *ruptum* non è la schiava o la cavalla, ma il feto, che al momento della condotta concretantesi nel *pugnis* o nell'*ictus* si trovava all'interno del corpo materno, e non poteva essere toccato materialmente, con conseguente mancanza del requisito del contatto *corpore*. Per Quinto Mucio l'oggetto *ruptum*, come d'altronde egli afferma espressamente, è, invece, la cavalla, con la quale il contatto *corpore* si è verificato. Parte della dottrina non ritiene, peraltro, possibile che Bruto considerasse oggetto *ruptum* il feto in quanto esso sarebbe sempre stato considerato solo una *pars matris*; è, tuttavia, difficile far rientrare il feto all'interno delle categorie tradizionali dei frutti o delle *partes rei*. Se durante la gestazione il feto può essere considerato una *portio mulieris*, nel momento in cui si separa dal corpo della madre appare evidente che non è una *pars rei*, ma, pur potendosi separare senza danneggiare la madre, non è neppure, per Bruto – la cui opinione prevalse, come è noto, su quella di Manilio e Publio Scevola¹³⁸ – frutto, in quanto *in fructu hominis homo esse*

¹³⁵ MUSUMECI, *Quasi ruperit*, cit., 385 nt. 106.

¹³⁶ GALEOTTI, *Ricerche*, cit., 249.

¹³⁷ La tesi sembra ancora prevalente in dottrina. Di recente CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., 197 ss., ritiene plausibile che fossero originariamente contemplate dal terzo *caput* solo le distruzioni delle *ceterae res*, in quanto solo ritenendo che il danneggiamento originariamente dovesse coincidere con la distruzione totale del bene sarebbe giustificabile l'originario computo del risarcimento sull'intero valore della cosa danneggiata nei trenta giorni precedenti.

¹³⁸ Quinto Mucio potrebbe aver seguito sul punto le idee del genitore, dal momento che Ulpiano afferma in D. 7,1,68 pr. che sulla *vexata quaestio* prevalse l'idea di Bruto, ma non dice in quale periodo. V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone giurista*, in «Marco Tullio Cicerone». Scritti commemorativi pubblicati nel bimillenario della morte, Roma 1961, 1

non potest. Se intendiamo *in fructu hominis* nel senso di 'in ciò che viene prodotto per l'uomo', la motivazione andrebbe riferita solo agli esseri umani, ma se letta nel senso di 'nel frutto della schiava' sembra presupporre una differenza ontologica tra il frutto e la cosa madre che lo produce, il che dovrebbe indurre ad escludere la natura di frutto non solo nei parti della schiava, ma anche nei parti animali¹³⁹. Anche sul *fetus pecudis*, secondo parte della dottrina, sarebbe, infatti, esistita una *quaestio* relativamente alla sua spettanza al *fructuarius* o al *nudus dominus*, e dunque alla sua natura di frutto, *quaestio* che sarebbe stata risolta solo da Sabino e Cassio, come riferisce Ulpiano in D. 7,1,68,1: *Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere*. Il *tamen* di D. 7, 1, 68, 1, insieme all'*etiam* di Gai. 2 *rer. cott.* D. 22, 1,

ss., ora in Scritti, IV, Napoli 1977, 269 ss., seguito da F. STURM, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, in «RIDA» 9 (1962) 404 ss., riteneva la controversia ancora aperta ai tempi di Cicerone (de fin. 1,4,12). Di diverso avviso A. WATSON, The Law of Property in the Later Roman Republic, 1968, 215, e M. TALAMANCA, Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio, in Società romana e produzione schiavistica, III, Bari 1981, 319-320 nt. 68, il quale osserva che se il dissenso fosse continuato in tempi più recenti, l'oratore si sarebbe riferito a giuristi più vicini, e la citazione di Bruto ad opera di Ulpiano, per quanto mediata, «sembra indicare, anch'essa, nel senso che la svolta decisiva si fosse con lui avuta». E' stata invece avanzata da J. LINDERSKI, Partus ancillae». A «vetus quaestio» in the Light of a New Inscription, in «Labeo» 33 (1987) 192 ss., l'ipotesi che l'opinione di Scevola e Manilio fosse ancora prevalente ai tempi di Augusto. L'Autore si basa su un'iscrizione funeraria trovata a Regium, dove era stata relegata Giulia, la figlia di Augusto, condannata, come è noto, per adulterio: C. Iulius Iuliae divi Aug(usti) f(iliae) l(ibertus) Celos (si)bi et C. Iulio Iul(iae divi) Aug(usti) f(iliae) l(iberto) Thiaso patr(i) sexvir(o) a)ug(ustali) (et iu)liae divae Au(gustae l(iber)lae)) malr(i) ex testamen(to). Mentre gli schiavi Thiaso e Celos vengono definiti liberti di Giulia, la madre di Celos viene detta liberta della diva Augusta, cioè Livia. Il Linderski ipotizza che Giulia potesse avere l'usufrutto sulla schiava, che viveva nella sua famiglia; il figlio di tale schiava sarebbe così spettato all'usufruttuaria, Giulia, il che proverebbe che l'opinione di Scevola e Manilio che il partus ancillae fosse frutto e quindi spettasse all'usufruttuaria era ancora prevalente a quei tempi. M. TALAMANCA, Pubblicazioni pervenute alla direzione, in «BIDR» 90 (1987) 593 s., ritiene che l'iscrizione di Regium non faccia alcuna luce sull'argomento, in quanto l'opinione del Linderski si basa su 'arbitrarie assunzioni di fatti' e 'su alcuni equivoci relativi alla valutazione tecnico-giuridica degli stessi'. Non si può, infatti, affermare, come fa il Linderski, che la schiava rimanesse giuridicamente una schiava di Livia, 'but as she lived in Julia's household Julia enjoyed the usufruct of that ancilla', perché in questo modo si inventa 'un nuovissimo modo di costituzione di questo diritto reale parziario'. Ha dissentito dall'opinione del Linderski anche A. WATSON, Partus ancillae and a recent Inscription from Regium, in «Labeo» 38 (1992) 335 ss., il quale ha ritenuto non degna di fede l'iscrizione in quanto predisposta da uno schiavo che non era in grado di cogliere le sottigliezze giuridiche legate al caso. L'autore contesta al Linderski di non aver tenuto conto del fatto che perché Giulia, in potestate patris, potesse liberare gli schiavi facenti parte del suo peculium era necessario il consenso del padre e, anche ammettendo che questo vi fosse stato, Celos e Thiaso sarebbero divenuti liberti di Augusto e non di Giulia. Il Watson è del parere che Celos, privo di adeguate conoscenze giuridiche, ritenesse erroneamente sé e il padre, che di fatto erano stati schiavi di Giulia e da lei erano stati liberati, suoi liberti, e correttamente la madre, che di Livia era stata schiava e da questa era stata liberata, liberta di Livia. Sembra invece concordare col Linderski P. A. VANDER WAERT, Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The Case of Stoicism and natural Law, in «ANRW» II.36.7, Berlin-New York 1994, 4851 ss., in part. 4857, nt. 21: «but Jerzy Linderski has now convincingly argued that the position of Mucius and Manilius was in effect in Cicero's day». Dopo aver ritenuto verosimile che la posizione di Bruto sia in linea di massima prevalsa sin dal tempo della disputa, osserva F. ZUCCOTTI, «Fruges fructusque» (studio esegetico su D. 50,16,77), Per una ricerca sulle origini della nozione di frutto, Padova 2000, 95, nt. 152 (v. anche ID., Partus ancillae in fructu non est, in Antecessori oblata. Cinque studi inediti dedicati ad Aldo Dell'Oro, Padova 2001, 185 ss.), che è tuttavia significativo che «nel silenzio del nudo proprietario, il partus ancillae potesse essere trattato come proprio dal fructuarius e che anzi nell'inazione di questi avrebbe potuto venire ritenuta valida da un punto di vista sociale una manomissione di fatto posta in essere dall'usufruttuario che si comportasse come dominus, dato che, come è ovvio, la situazione di diritto sottesa a tale fattispecie va in ogni caso fatta valere e che, nella perdurante assenza di una reazione del titolare, con il trascorrere del tempo la realtà di fatto può finire col prevalere: per tal verso, dal punto di vista che qui interessa, non è affatto irrilevante che, in concreto, il figlio dell'ancilla potesse di regola rimanere con essa presso il fructuarius, trattato da questi e considerato da tutti come suo servus, quantomeno fructuarius».

¹³⁹ Così M. KASER, Partus ancillae, in «ZSS» 75 (1958) 157 ss., il quale osserva che Ulpiano col *tamen* considera non del tutto "folgerichtig" che Sabino e Cassio abbiano equiparato agli effetti dell'usucapione i nati animali ai frutti: 'Die erste Begründung, die, obwohl sie Ulpian als seine eigene Aussage formuliert, auf Brutus zurückgehen könnte, scheint einen Fruchtbegriff zu unterstellen, der es nicht zuläßt, daß die Frucht von gleicher Gattung ist wie der Träger, der sie hervorbringt. Hiernach dürfte auch das Tierjunge nicht zu den Früchten gerechnet werden; und in der Tat empfindet es Ulpian als nicht ganz folgerichtig (tamen), daß die Begründer der sabinianischen Schule die Tierjungen im Fall des Nießbrauchs den Früchten gleichgehalten haben'.

28 pr.: *In pecudum fructu etiam fetus et sicut lac et pilus et lana*, secondo parte della dottrina potrebbe rappresentare un indizio dell'esistenza di perplessità anche sulla qualificazione dei nati animali come frutti¹⁴⁰.

Non si può, pertanto, escludere, se si legge l'affermazione secondo cui il *partus ancillae* non è frutto perché in *fructu hominis homo esse non potest* nel senso che tra frutto e cosa-madre deve esistere una differenza ontologica, che Bruto potesse da questo punto di vista accomunare nati da schiava e nati animali¹⁴¹, non considerandoli entrambi frutti. Ma la circostanza che sia il *partus ancillae* sia il *fetus pecudis* vengono espulsi e separati dalla madre senza che la madre ne venga danneggiata (in nessuno dei nostri passi si accenna infatti a ferite della madre), determina problemi anche in ordine ad un'integrale applicazione delle regole giuridiche elaborate in tema di *pars rei*. Mentre è all'interno del corpo materno, il feto ne è, però, parte, il che rende possibile che Bruto, considerandolo l'oggetto *ruptum*, abbia usato il *quasi* in quanto, trovandosi il feto al momento del *pugnus* o *ictus* all'interno del corpo materno, non si era con esso realizzato il contatto corporeo.

Recebido em: 15 out. 2017.

Aceito em: 12 fev. 2018.

¹⁴⁰ Già G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig 1843, 11 ss., osservava che la controversia sui nati animali fu risolta nel senso che i nati animali, così come gli altri frutti animali, dovessero appartenere all'usufruttuario, soluzione che venne accettata sull'autorità di Sabino e Cassio: ci si vide, così, costretti ad aggiungere i nati ai già riconosciuti tipi di frutto degli animali; H. GOPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrechtl.*, Halle 1869, parlava di una «Unsi-cherheit» sulla classificazione dei nati animali; G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* ⁹, Leipzig 1881, riteneva sus-sistente fra i più antichi giuristi una controversia riguardante la natura di frutto dei parti, anche animali, sostenendo alcuni che se si applicava al *fetus pecorum* la qualifica di frutto, altrettanto si dovesse fare anche per il *partus ancillae*. Più di recente M. SCARLATA FAZIO, s.v. *Frutti* (dir. rom.) in «ED», XVIII, Milano 1969, 191 ss., in part. 194, osserva che l'*etiam* di D. 22, 1, 28 pr. induce a pensare che sia esistita una perplessità sulla qualificazione di frutti dei nati animali, risolta in un'epoca non roppo anteriore a Gaio, che con l'*etiam* ancora la ricorda; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus. Bemerkungen zur rechtlichen Behandlung der Tierjungen bei den Romern*, in *Ars boni et aequi: Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 99 ss., ritiene che da come si esprime Ulpiano in D. 7, 1, 68, 1 si possa desumere che la questione discussa nel *principium* fosse riferita anche ai nati animali, che non sono trattati come gli altri frutti, ma sempre citati separatamente. Per R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, 97 ss., pur essendo stata risolta la controversia da Sabino e Cassio, non mancherebbero strascichi nella giurisprudenza successiva, come dimostrerebbero il *tamen* di Ulpiano, l'*etiam* di Gaio, gli elenchi di Gai. sing. de form. hypoth. D. 20,1,15 pr.: *Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur...* e le testimonianze come Pap. 7 resp. D. 22,1,8: *Equis per fideicommissum relictis post moram fetus quoque praestabitur ut fructus, sed fetus secundus ut causa, sicut partus mulieris.*

¹⁴¹ Pur considerando solo possibile l'ipotesi della necessità di una differenza ontologica fra nato e cosa madre per la qualificazione di un bene come frutto, e pur concordando col Talamanca sul rilievo che, se Bruto avesse inteso formulare tale regola, il suo modo di esprimersi sarebbe stato inadeguato, ritengo che anche la lettura di in *fructu hominis homo esse non potest* nel senso di «in ciò che viene prodotto per l'uomo non vi può essere un uomo» desti, dal punto di vista letterale, altrettante perplessità.

**¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO ROMANO?
RAZONES QUE JUSTIFICAN SU DOCENCIA E
INVESTIGACIÓN EN EL SIGLO XXI, Santiago de
Compostela, Andavira Editora S.L., 2018
Da autoria do Prof. Dr. Alfonso Murillo Villar**

António dos Santos Justo

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Por gesto simpático do Autor do presente livro, o nosso Querido Colega Doutor Alfonso Murillo Villar, eis-me aqui, com superlativa honra, para vos apresentar este livro que constitui um verdadeiro *monumento* em que lapidarmente se encontram gravadas a crise por que passa a investigação e o ensino do direito romano, a defesa intransigente da ciência jurídica romana, sugestões metodológicas e recomendações para se ultrapassar esta crise, cuja história também aí está brilhantemente documentada.

Antes de entrarmos na sua análise, diremos, à guisa simultânea de antelóquio e de conclusão, que estamos perante um livro muito bem escrito dirigido a romanistas e a não romanistas interessados, uns e outros, na sólida formação jurídica dos nossos estudantes, homens e mulheres a quem, em futuro próximo, estará confiada a administração da justiça definida superiormente por ULPIANO como “*a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que é seu*”¹.

Preocupado com o futuro da investigação e do ensino do direito romano, indispensáveis à formação dos juristas autênticos, Alfonso Murillo Villar questiona, com palavras graves e oportunas, *Para qué sirve el derecho romano*” e procura responder em duas outras perguntas ordenadas sistematicamente em obediência a uma lógica de puro quilate: *Por qué enseñar el derecho romano? E Por qué investigar el derecho romano?*

Corporiza a primeira *quaestio*, manifestando a sua preocupação com a redução do tempo no ensino do direito romano, alertando que “*somos responsables del futuro, en tanto en cuanto el futuro es una cuestión de su representación del pasado*”. E, mostrando a sua convicção da “*absoluta utilidad de la enseñanza del derecho romano*”, logo parte para uma perspetiva histórica porque, afirma, “*es una cuestión que viene preocupando desde hace siglos*”. E tem razão: remonta aos séculos XIV e XV, ou seja, aos ventos agrestes e confusos da Renascença, a ideia de que o ensino do direito romano devia ser afastado das Universidades, substituído pela *asignatura* de Direito Natural². Simplesmente, logo se contrapuseram as ideias de que continua a haver lugar para o estudo do direito romano atual (a primeira versão, pensamos nós, do *usus modenus pandectarum* que, nos séculos XVII e XVIII viria a impor-se na Alemanha), orientação que obrigaria os romanistas a afastar figuras jurídicas que o tempo havia sepultado definitivamente³. Impôs-se, no entanto, a velha orientação tradicionalista proveniente do *mos italicus* das sucessivas Escolas de Irnério e de Bártolo. Porque o novo rumo renascentista que progrediu em França, na Escola dos Jurisconsultos Cultos, Humanistas ou Cujaciana, com o método histórico-crítico, não encontrou seguidores em Portugal (e quiçá, em Espanha) por

¹ D.1,1,10pr.: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”.

² Vide A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, 2005, pp. 37-39.

³ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, 5ª. ed., com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 392-394; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 53-54.

dificuldades no conhecimento do Latim, instrumento indispensável à crítica interpolacionista. Diz-se que esta orientação do *mos gallicus* produziu mais flores do que frutos⁴.

E, assim, chegámos ao século XVIII, no qual Alfonso Murillo Villar observa “*todo un movimiento de romanofobia en el ámbito jurídico*”, criticando-se a preponderância do ensino do direito romano e “*especialmente, su verdadera utilidad para la formación del jurista*”. Dir-se-á que o ensino do direito romano abanou, mas não caiu. Pelo contrário: a famosa Lei da Boa Razão de 18 de Agosto de 1769 manda ensinar o direito romano filtrado pela boa razão iluminista, a *bona ratio* que os Estatutos Pombalinos de 1772 iriam clarificar, identificando-a com o *usus modernus pandectarum*. E, na prática, os nossos Professores continuaram a ensinar o direito romano, convencidos da sua superioridade⁵.

Mas a crítica não abrandou. Esperou, na França, pela promulgação do *Código Civil de Napoleão*, momento em que surgiu o positivismo legalista, que identificou o direito com a lei, começou por recusar a existência de lacunas e reduziu o juiz a simples *bouche de la loi*⁶. É elucidativa a afirmação de BUGNET, que citamos: “*Je ne connais que le Code de Napoleon*”. “*Afortunadamente, -- observa Alfonso Murillo -- no nos ha sucedido como en Francia, después de las reformas de 1954 y 1962, que incluyeron al Derecho romano en una asignatura que abordaba todos los Derechos de la Antigüedad*”. A França esqueceu-se de que sem a formação jurídica recebida na Escola de Cujácio⁷, POTHIER e outros juristas não teriam podido elaborar seu *Code Civil*. Código em que o direito romano está bem presente.

E prosseguiu, quase um século depois, na Alemanha, com a promulgação do B.G.B. apesar de ser, como tem sido reconhecido, as *Pandectas de Windscheid transformadas em parágrafos*.

Na base da crítica que pretende substituir o ensino do direito romano pelo estudo dos Códigos modernos está a miopia de alguns juristas que veem naquele direito um fóssil histórico. Alfonso Murillo Villar reage com a força que JUAN IGLESIAS exaltava quando afirmava: “*Toca a los romanistas, en primer término, la defensa del derecho romano, y no por propio bien, sino por bien que dice a los intereses de la sociedad*”.

Alfonso Murillo questiona se os romanistas não serão também responsáveis pela crise que atravessamos, pois, escreve, “*o convencemos con la verdadera utilidad del Derecho romano, o la desaparición será inevitable*”. E refere que “*nuestros colegas valoran nuestra actividad como absolutamente prescindible*” e “*los discentes, ni entienden ni comprenden la presencia de nuestra disciplina en su formación, con el agravante añadido de su más absoluto desconocimiento del latín*”. Se este desconhecimento é fruto duma época em que, diz o Autor citando KNÜTEL, é “*casi enemiga de la historia*” dominada pelo culto do facilitismo e sepultada nas trevas da ignorância, não faltam traduções em boa hora feitas com o rigor da sabedoria.

O que mais preocupa em Alfonso Murillo é o afastamento do jurista não romanista e o ensino dos futuros juristas. Julgamos que aqui encontramos, como uma das causas da crise, a utilização desmedida e sem rigor do método histórico crítico. Já BIONDO BIONDI, escreveu, em páginas eloquentes: “*Ofrecemos eruditas disertaciones históricas, encuadradas en una selva de discusiones que no interesan a la dogmática*” e “*presentamos textos y comentarios*

⁴ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução*. Fontes, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 96-101; e A. SANTOS JUSTO, *A crise da romanística*, no *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LXXII, Coimbra, 1996, pp. 42-43.

⁵ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 402-416.

⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico*, cit., p. 54-57.

⁷ Sobre a Escola culta ou kujaciana, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. 99; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., pp. 353-359; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 38-39.

*erizados de unciales, parentesis y otros signos casi cabalísticos, y una separación sistemática entre el derecho clásico y el justiniano, totalmente indiferente para los modernos. Nuestras obras se han hecho tan técnicas, por no decir herméticas, que el profano, aunque sea jurista, ha terminado manteniéndose alejado de nuestros trabajos, que dan la impresión de una inmersa cantera donde sólo hay ruinas y en que no se ve más que un grupo de ingenieros y obreros, siempre en continua riña sobre lo que hay que destruir o construir*⁸. Chegou a dizer-se que, nunca como agora, a ciência romanística progrediu tanto. Porém, ainda segundo BIONDI, “*se ha convertido en la ciencia de los profesores de derecho romano y de los aspirantes a la cátedra universitaria*”, afastando o jurista moderno que perdeu o interesse pelos nossos estudos⁹. Efetivamente, voltamos a citar BIONDI, “*as recentes obras civilistas já prescindem do direito romano. Não é devido a ignorância ou preguiça, mas à dificuldade de se orientar num campo que se afasta demasiadamente da mentalidade e das exigências jurídicas contemporâneas*”¹⁰. E, mais perto de nós, também o saudoso Prof. RUY DE ALBUQUERQUE notava que o romanista tem estado condenado a falar só.

BIONDI E RUY DE ALBUQUERQUE não estão isolados. Supondo erradamente que a sua *profissão de juristas* tinha acabado depois da promulgação do Código Civil alemão, os romanistas abandonaram o aspeto prático do direito romano e dedicaram-se aos estudos críticos e históricos. Mas logo surgiram os exageros que Alfonso Murillo Villar tão bem refere, citando ALBERTARIO, RICCOBONO e outros Autores¹¹. Também em Portugal, SEBASTIÃO CRUZ ensinou que “*os juristas começaram a dirigir aos romanistas críticas depreciativas*”, chamando-lhes *caçadores de interpolações*, filólogos do *Corpus Iuris Civilis* e chegaram mesmo a sustentar que o estudo do direito romano devia ser feito nas Faculdades de Letras e ser banido do programa das Faculdades de Direito¹².

Alfonso Murillo Villar não ignora a responsabilidade dos romanistas quando refere que “*nuestra disciplina es extrañada y abandonada por un gran parte de los docentes jurídicos (...) y ello sin duda, en muchas ocasiones, es responsabilidad del propio romanista*”. Por isso, o seu diagnóstico da crise é certo e louvável a sua preocupação de resgatar a investigação e o ensino do direito romano das trevas a que muitos o têm condenado.

Referência especial merece a afirmação, por vezes repetida, da grande utilidade que os estudos romanísticos conservam. Afinal, a ciência jurídica romana renascida na Escola dos Glosadores, consolidada na Escola dos Comentadores, filtrada na Escola dos Jurisconsultos Humanistas e na Escola do *Usus modernus Pandectarum* produziu os Códigos contemporâneos, cuja interpretação não dispensa o recurso ao direito romano e cuja linfa já tinha alimentado, nos séculos anteriores, a dinamização dos diversos direitos positivos, sobretudo como direito subsidiário na integração das suas lacunas. Trata-se duma vivência multiseccular, sem a qual os nossos direitos jamais teriam conhecido a perfeição que a ciência romanística continua a oferecer. No caso específico de Portugal, não passaram muitas décadas até que o direito de superfície, ignorado durante séculos, regressasse ao nosso Código Civil para a satisfação de necessidades que, afinal, já tinham sido resolvidas no direito romano. É que, como bem adverte Alfonso Murillo, “*las necesidades humanas, en orden a las relaciones jurídico-privadas, siguen siendo hoy las mismas que en Roma*”.

O método a utilizar na investigação e no ensino do direito romano constitui uma das grandes preocupações do Autor. Assim se justifica que nos ofereça uma exposição muito bem

⁸ Vide BIONDO BINDI, *Arte y ciencia del derecho*, Barcelona, 1953, p. 189.

⁹ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 189.

¹⁰ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 188.

¹¹ Vide também SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. 107.

¹² Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. 108.

elaborada de diversos métodos, cujos méritos e deméritos assinala e lhe permitem falar de uma “*federación metódica*” e optar em “*nuestra trayectoria (por) el método histórico-crítico junto com el histórico-dogmático*”, mas “*teniendo siempre presente sus limitaciones*”. Afinal, estamos perante a *Dogmengeschichte* que, nas palavras de Alfonso Murillo, “*resulta ser um método combinado, que intenta compaginar el histórico-crítico con el dogmático, estudiando una figura jurídica desde su origen en Roma hasta su recepción en el derecho vigente europeo; partiendo del Derecho romano, y atravesando el derecho común, se llega a los Códigos actuales y a la moderna dogmática*”.

Concorde-se ou discorde-se, o romanista em especial e o jurista em geral encontra neste livro, páginas excelentes sobre o problema delicado da metodologia a seguir na investigação e no ensino. Não é por acaso, que o método preconizado é atualmente o mais utilizado, sem, no entanto, devermos esquecer o contributo que os outros métodos nos possam dar em matérias específicas. Porque, aconselha Alfonso Murillo, “*hay que huir de cualquier reduccionismo metodológico*”.

É certo que, adverte o Autor, a *Dogmengeschichte* exige uma ampla formação jurídica. Mas o culto da ciência e a sua divulgação não podem estar confiados a romanistas considerados depreciativamente juristas menores. Pelo contrário, a história regista e a atualidade confirma que os romanistas sempre foram, via de regra, juristas cuja *autoritas* se impôs no mundo jurídico, porque conhecedores das figuras jurídicas com a profundidade necessária à sua interpretação e afirmação. O seu ponto de partida é o estudo do direito romano e a sua meta a formação dos juristas, contribuindo decisivamente para uma *forma mentis* pela qual passa a compreensão e, portanto, o desenvolvimento do direito positivo. Não é por acaso que, em Portugal, GUILHERME MOREIRA, civilista distintíssimo, afirmasse, nas suas aulas, que “*ninguém pode ser um grande jurista, se não for um bom civilista; e ninguém pode ser um bom civilista, se não for, pelo menos, um razoável romanista*”¹³. Nem surpreende que SIMÃO BOLÍVAR recomendasse aos seus netos, o estudo do direito romano.

Tudo isto é irrecusável. Portanto, causa estranheza que, de quando em vez, soprem os ventos agrestes que vergastam o direito romano e os seus cultores. Os fatores estão diagnosticados e o livro que aqui apresentamos não os silencia. Mas se teimosamente perguntarmos porquê, talvez a resposta tenha sido dada pelo insigne romanista JUAN IGLESIAS, para quem “*nuestra civilización se alimenta de lo que olvida, de lo que ignora y de lo que niega*”¹⁴. São tempos superficiais, alimentados pelo facilitismo e pela mediocridade. Por isso, importa resistir, proclamando apostolicamente que a utilidade do direito romano não desapareceu.

Utilidade que se pode analisar numa escala valorativamente diferente: primeiro, o seu valor formativo. O direito romano mostra, como observa BIONDO BIONDI, que “*la distanza tra il giurista moderno, ritenuto semplice conoscitore ed interprete della legge ed il giurista romano ritenuto semplice conoscitore ed interprete della legge, ed il giurista romano considerato auctor o conditor iuris, tra la interpretazione moderna meramente intelletiva e la romana interpretativo non e così enorme come sembra*”¹⁵.

Ainda neste sentido, contribui decisivamente para desmistificar o positivismo legalista que identifica a lei com o direito e, por isso, afasta a *lex iniusta*; e recusa ao jurista a tarefa apagada de mera *bouche de la loi*, substituindo-a pela nobre e exigente função de administra-

¹³ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. XXXV.

¹⁴ Vide JUAN IGLESIAS, *Estudios. Historia de Roma – Derecho romano. Derecho moderno*, Universidad Complutense de Madrid, 1985, p. 98.

¹⁵ Vide BIONDO BIONDI, *Esistenzialismo giuridico e giurisprudenza romana em Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, I, Pádua, 1950, pp. 104-113.

dor da justiça ou, como observa, CARNELUTTI, no direito romano “*la figura del giudice è veramente in primo piano*”, enquanto hoje “*il giudice fa la parte del comprimario, per no dire del servo sciocco*”¹⁶. Alfonso Murillo Villar enfatiza também o valor formativo do direito romano, referindo que “*se encuadra dentro de los aspectos históricos y científicos que lo determinan, e influye en la formación del futuro jurista*” e, por isso, “*la enseñanza del derecho romano no ha de ser un fin en sí mismo, sino que hay que utilizarlo como instrumento de formación jurídica general*”; e “*tenemos que pretender que cada licenciado o graduado en Derecho (...) lleve consigo un jurista formado*”.

Depois, a perfeição técnico-jurídica que a *iurisprudencia* romana superiormente atingiu, sempre para satisfazer as necessidades da vida de harmonia com a *iustitia*, criando regras e exceções, individualizando e distinguindo figuras jurídicas, opondo a casuística à especulação teórica e recusando às *regulae iuris* o valor de verdades intangíveis. Acresce uma terminologia bem escolhida que, só por si, distingue as figuras jurídicas, como, v.g., o *commodatum*, porque é cómodo usar uma coisa alheia sem nada pagar; ou o *mutuum*, por que o que é meu se torna teu.

Depois ainda, o interesse prático, bem claro na lição de ALVAREZ SUAREZ, para quem “*la afirmación de que el derecho romano consituye el ingrediente primordial de las legislaciones positivas modernas en la esfera del derecho privado proporciona la razón de fondo que aconseja la continuidad de su estudio*”, pois “*el jurista contemporáneo no puede desconocer las esencias de un ordenamiento que pasó a ser sustancia viva del sistema jurídico que hoy aplica en la vida diaria*”¹⁷. Será possível compreender o direito positivo sem partir da sua base romanística? A resposta é clara, nas palavras de TORRENT, citado por Alfonso Murillo: “*El Derecho romano es un buen instrumento para la crítica del derecho positivo actual*”.

Segue-se o interesse histórico, porque, ensina Murillo Villar, o direito romano “*nos transmite una experiencia completa, única, muy larga, de trece siglos, e irrepitable, con la que podemos aportar una educación jurídica no estritamente técnica y utilitarista, sino dirigida a la comprensión del Derecho, a su crítica y a su reforma, tan de moda en la actualidad, en aras de la justicia*”.

Finalmente, importa não esquecer que o direito romano é, juntamente com a filosofia grega e o cristianismo, uma das pedras sobre as quais se tem edificado a Europa a que Alfonso Murillo dedica páginas de grande elevação. Citando HAMZA, considera o direito romano o denominador comum dos direitos dos países europeus, independentemente dos seus regimes económicos e políticos. E daqui retira diversas consequências, como, v.g., aglutinador da União Europeia, fator de conexão, referente único comum, sobretudo depois da saída do Reino Unido e a presença no Projeto do Código Europeu dos Contratos. Por isso, tem razão quando refere que “*el derecho romano ha jugado y sigue jugando un papel básico en la configuración de Europa*”, função brilhantemente sintetizada na expressão: “*El derecho romano es la casa común del jurista europeo*”. E não pode surpreender que seja frequentemente invocado como fundamento das sentenças do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Sendo tudo isto inquestionável, o romanista deve erguer-se contra os ventos desfavoráveis. Perguntar-se-á: de que maneira? Alfonso Murillo Vilar aponta as vias a seguir nesta via entulhada de dificuldades, mas superáveis, como historicamente sempre foram. Importa selecionar as matérias, excluindo figuras romanas definitivamente ultrapassadas pela nova civilização; ajustar o programa de ensino ao tempo disponível, preferindo a qualidade à quantidade; afastar as subtilezas jurídicas que dificultam o entendimento e criam a ideia de inutilidade;

¹⁶ Vide F. CARNELUTTI, *Inchiesta studio e insegnamento del diritto romano em Labeo*, 2, 1956, p. 61.

¹⁷ Vide U. ARVAREZ SUAREZ, *Curso de derecho romano*, I, Madrid, 1955, pp. 70-71.

privilegiar o casuísmo em detrimento de explicações teóricas que se afastem da realidade; utilizar as novas tecnologias na divulgação da investigação e no ensino. E fazer tudo isto com uma finalidade bem clara: contribuir para formação sólida dos futuros e atuais juristas, através de um método que não se afaste da dogmática do direito positivo nem descaracterize o direito romano.

Alfonso Murillo Villar oferece-nos um livro pleno de oportunidade, marcado pela *autoritas* de um Grande Mestre sempre fundamentado na ciência e na experiência que o tornam um jurista e um romanista respeitado *intra e extra muros*.

Por isso, o felicitamos e agradecemos a atenção com que nos distinguiu e o prazer que nos deu na apresentação deste livro.

Porto, 22 de março de 2018.

António dos Santos Justo